

39.1

ISSN 2447-8709
VOLUME 39.1 NÚMERO 1
JANEIRO/JUNHO 2023

REVISTA
DA FACULDADE DE
DIREITO
DO SUL DE MINAS

FUNDADA EM 1984



**EXPEDIENTE DA FACULDADE DE DIREITO DO SUL DE MINAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – V. 39, N. 1**

ISSN (impresso) n. 1516-4551

ISSN (eletrônico) n. 2447-8709

Editor-chefe: Prof. Dr. Rafael Lazzarotto Simioni.

Secretária: Natália Carvalho Campos Azevedo.

Bibliotecária responsável: Jaqueline de Faria Monteiro Martins.

Editores associados: Adrielle Marques Braidotti, Afonso Marques Padilha Junior, Bruno Grillo Faria Dias, Jéssica Pereira Arantes Konno Carrozza, Júlia Klehm Fermino, Kaique Ruan Rezende Santos, Larissa Faria de Souza, Lidiane Cintra de Oliveira Dias, Maíra Ribeiro de Rezende e Marcela Modesto Fermino.

Conselho Editorial:

Prof. Dr. Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP;

Prof. Dr. Andrea Panzarola – Libera Università Mediterranea "Jean Monnet" Bari – Itália;

Prof^ª. Dra. Angela Araújo da Silveira Espindola – UNISINOS;

Prof^ª. Dra. Cidália Maria da Mota Lopes – Coimbra Business School – ISCAC;

Prof. Dr. Diego Germán Mejía-Lemos – National University of Singapore – Singapura;

Prof. Dr. Fredie Didier Júnior – Universidade Federal da Bahia – UFBA;

Prof^ª. Dra. Jânia Maria Lopes Saldanha – UNISINOS;

Prof. Dr. João Carlos Relvão Caetano – Universidade Aberta – Portugal.

Prof. Dr. José Ignacio Martínez Estay – Universidad de los Andes – Chile;

Prof. Dr. José Lebre de Freitas – Universidade Nova de Lisboa – Portugal;

Prof. Dr. José Manuel Aroso Linhares – Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra – Portugal;

Prof. Dr. Leonardo José Carneiro da Cunha – Universidade de Direito de Recife – UFPE;

Dr. Luiz Inácio Lucena Adams – Advocacia Geral da União;

Prof. Dr. Marcilio Toscano Franca Filho - UFPB;

Prof^ª. Dra. Paula Costa e Silva – Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa – Portugal;

Prof. Oswaldo Othon de Pontes Saraiva Filho – UCB;

Prof. Dr. Rodrigo Andrés Perez Lisicic – Universidade do Atacama – Chile;

Prof. Dr. Rui Manuel Moura Ramos - Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra – Portugal;

Prof^ª. Dra. Samyra Haydê e Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE;

Pareceristas atuantes:

Adriano da Silva Ribeiro

Almir Megali Neto

Angela Araujo da Silveira Espindola
Anna Priscylla Lima Prado
Carlos Sérgio Gurgel da Silva
Carolina Ellwanger
Cláudio Ribeiro Lopes
Cláudio Ribeiro Lopes
Davi Augusto Santana de Lelis
Denise Tatiane Girardon Santos
Doacir Gonçalves de Quadros
Douglas Cesar Lucas
Edson Ricardo Saleme
Eduardo Baldissera Carvalho Salles
Eduardo de Carvalho Rêgo
Fábio Periandro de Almeida Hirsch
Fernanda da Silva Lima
Fernanda Nunes Barbosa
Fernando César Costa Xavier

Homero Chiaraba Gouveia
Ícaro Argolo Ferreira
João Emilio de Assis Reis
Lucas Andre Viegas Carvalho de Siqueira
Lucas Catib de Laurentiis
Luís Renato Vedovato
Maurício da Cunha Savino Filó
Rafael Costa Freiria
Raimundo Wilson Gama Raiol
Rainer Bomfim
Raphael Rego Borges Ribeiro
Samuel Mendonça
Silvio Beltramelli Neto
Tatiana Cardoso Squeff
Thiago Penido Martins
Vinícius Pacheco Fluminhan

Periodicidade: O volume anual é composto de um número, com periodicidade semestral.

Linha editorial: Constitucionalismo e Democracia.

Missão: A Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas é um veículo de consolidação das linhas de pesquisas institucionais e tem por finalidade publicar trabalhos inéditos na área do Direito.

Política de responsabilidade: O corpo editorial da Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas não se responsabiliza pelas opiniões expressas nos artigos, sendo estes de responsabilidade de seus autores.

Política de livre acesso: Todo o material publicado na Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas é de acesso online e gratuito. A cessão de artigos à revista é igualmente gratuita, não sendo cobradas, tampouco, taxas para a análise e publicação. A Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas obedece aos termos da licença *Creative Commons 3.0* (<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/3.0/br/deed.pt>), atribuição não comercial e sem derivações, em consonância com a legislação autoral brasileira, Lei 9.610/98.

Indexação: Assembleia de Minas; Blook Beta; Diadorim; Latindex; Portal de Periódicos CAPES; Sumários.org; Periódicos de Minas; LivRe; Google Scholar.

Correspondência: Toda correspondência, incluindo artigos científicos a serem submetidos para avaliação, comentários aos editores, solicitação de cópias, sugestões, avisos e outras informações, deve ser feita através do site:

<https://revista.fdsm.edu.br/index.php/revistafdsm/index>, ou através do e-mail: revista@fds.edu.br, ou, ainda, através do endereço postal: Av. Dr. João Beraldo, 1075 - Centro - Pouso Alegre MG - CEP 37550-000.

Normas para a submissão: Disponíveis em:
<https://revista.fdsm.edu.br/index.php/revistafdsm/about/submissions>.

Faculdade de Direito do Sul de Minas:

Diretor: Leonardo de Oliveira Rezende

Fundador: Evaristo Toledo

Coordenador Financeiro: Luiz Otávio de Oliveira Rezende

Coordenador de Graduação: Elias Kallás Filho

Coordenador Científico e de Pós-Graduação: Rafael Lazzarotto Simioni

ISSN 1516-4551
e-ISSN 2447-8709

REVISTA
da Faculdade de
DIREITO
do Sul de Minas

FICHA CATALOGRÁFICA

Elaborada pela Biblioteca da Faculdade de Direito do Sul de Minas

Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas. Faculdade de Direito
do Sul de Minas. Programa de Pós-Graduação em Direito –
Pouso Alegre, MG, v. 39, n. 1 (jan./jun. 2023)

Semestral 2008

ISSN 1516-4551

Anual 1984-2007 – Resumo em Português e Inglês.

1. Direito – Periódicos. I Faculdade de Direito do Sul de Minas.
Programa de Pós-Graduação e Mestrado em Direito.

CDD 340.05

EDITORIAL

20 ESTRELAS

Ninguém pesquisa sozinho. Talvez em alguns momentos da história existiram eremitérios com grandes pensadores ou filósofos que, como Descartes, preferiam o isolamento do que o diálogo com outras formas de racionalidade. Talvez Kant também, como dizem, preferia uma rotina com pouca interação. Mas os diálogos platônicos entre Sócrates e sua comunidade não foram exceções. A atividade intelectual é uma atitude coletiva. Uma forma de diálogo, de comunicação. Uma “fusão de horizontes”, como afirmava Gadamer.

Cada vez mais a ciência, hoje, valoriza os trabalhos em redes de pesquisa e a organização das temáticas, problemáticas e metodologias em centros de pesquisa. Mas o estudo, dedicação e empenho continua sendo um esforço individual. Cada professor-pesquisador convive com seus alunos e com sua equipe de pesquisa. Mas possui também um lado solitário de estudos, leituras, reflexões e trabalhos administrativos que também exigem bastante atenção. O trabalho do pesquisador, hoje, combina essa paradoxal relação entre solidão e coletividade, entre os espaços individuais para o estudo e a escrita; e os coletivos da sala de aula, das conferências, bancas, rotinas administrativas e projetos de extensão.

É preciso transcender a linguagem da ciência para compreender essa relação paradoxal entre a solidão e a coletividade, o trabalho individual e o colaborativo na vida do pesquisador. Na literatura de Saint-Exupéry, autor do igualmente solitário e sábio “Pequeno Príncipe”, podemos encontrar uma belíssima imagem desse paradoxo. Mas não exatamente no Pequeno Príncipe e sim em outra obra do autor, que era piloto da Aéropostale francesa e fazia as longas e solitárias rotas entre Paris, África e América do Sul. Referimo-nos ao “Terra dos Homens”, que começa com esta belíssima passagem:

Mais coisas sobre nós mesmos nos ensina a terra que todos os livros. Porque nos oferece resistência. Ao se medir com um obstáculo o homem aprende a se conhecer; para superá-lo, entretanto, ele precisa de ferramenta. Uma plaina, uma charrua. O camponês, em sua labuta, vai arrancando lentamente alguns segredos à natureza; e a verdade que ele obtém é universal.

Assim o avião, ferramenta das linhas aéreas, envolve o homem em todos os velhos problemas.

Trago sempre nos olhos a imagem de minha primeira noite de voo, na Argentina, uma noite escura onde apenas cintilavam, como estrelas, pequenas luzes perdidas na planície.

Cada uma dessas luzes marcava, no oceano da escuridão, o milagre de uma consciência. Sob aquele teto alguém lia, ou meditava, ou fazia confidências.

Naquela outra casa alguém sondava o espaço ou se consumia em cálculos sobre a nebulosa de Andrômeda.

Mais além seria, talvez, a hora do amor. De longe em longe brilhavam esses fogos no campo como que pedindo sustento. Até os mais discretos: o do poeta, o do professor, o do carpinteiro. Mas entre essas estrelas vivas, tantas janelas fechadas, tantas estrelas extintas, tantos homens adormecidos...

É preciso a gente tentar se reunir. É preciso a gente fazer um esforço para se comunicar com algumas dessas luzes que brilham, de longe em longe, ao longo da planura.

Cada pequeno ponto de luz espalhado na escuridão da planície simboliza também o esforço individual que cada pesquisador brasileiro desempenha no cotidiano do seu trabalho na Universidade ou no Centro de Pesquisa, que muitas vezes, como a planície de Saint-Exupéry, é distante e obscuro. Um trabalho solitário, poucas vezes reconhecido em sua dignidade, em sua renúncia e potência transformadora. Pequenos pontos de luz em meio a “tantas estrelas extintas, tantos homens adormecidos...” que esperam por ser conectados.

A Edição 39.1 da Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas apresenta para a comunidade jurídica do Brasil uma série de 20 pontos de luz. São artigos inéditos, escritos por professores-pesquisadores importantes de todos os cantos dessa grande planície que é o Brasil. Vinte resultados de projetos de pesquisa estruturados e organizados em redes, Universidades e centros de pesquisa, frutos de trabalhos coletivos que envolvem professores e alunos, pesquisadores e estudantes, mas também resultados de muita dedicação individual, muitas noites escuras de estudos, leituras, escritas, revisões, renúncias e resistência.

Mais nos ensina a terra do que todos os livros, porque um livro pode ser fechado, abandonado ou guardado para continuar a leitura em outra hora ou lugar. A terra, entretanto, não pode ser fechada ou guardada. Ela nos oferece “resistência”, afirma Saint-Exupéry. Para vencê-la precisamos de instrumentos, ferramentas, técnicas ou, como se fala hoje, de tecnologia e inovação. O avião do piloto é uma dessas tecnologias. Uma dessas ferramentas que coloca o homem diante de todos os seus “velhos problemas”, inclusive o do paradoxo da solidão do trabalho coletivo. A solidão do piloto do vôo noturno da Aéropostale para, justamente, levar as cartas do correio postal que conecta as pessoas. Como o piloto, o professor também vence sozinho um longo percurso de estudos, para levar algo a seus alunos na faculdade, que os conecta entre si e consigo mesmos. Na sua solitária pilotagem dos conteúdos para as aulas ele também enxerga, na planície escura dos saberes terrenos, 20 estrelas brilhantes.

Em tempos de novas tecnologias de informação, sistemas de IA, desinformação e novas relações entre sujeitos e atores dos processos políticos da nação, a relação entre constitucionalismo e democracia se torna cada vez mais importante. A tensão entre os princípios do constitucionalismo e os valores da democracia encontram, nesta quadra da história, novas exigências de mediação. É claro que as opiniões das maiorias democráticas

precisam ser ouvidas e trabalhadas como condição da legitimidade do Estado Democrático de Direito. Mas também é fundamental que os princípios jurídicos do constitucionalismo sejam observados e afirmados como uma base sólida de direitos para todos os cidadãos brasileiros. Somente assim, sob o fio desse sensível equilíbrio entre constitucionalismo e democracia o Estado Democrático de Direito encontra a potência da sua legitimidade democrática e, ao mesmo tempo, a segurança da solidez dos seus princípios constitucionais.

Os 20 artigos inéditos que ora temos a alegria de publicar são importantes contribuições, dentro das suas diversas temáticas, problemáticas e abordagens metodológicas, a essa questão fundamental que desafia a comunidade jurídica hoje, de pensar no equilíbrio entre estas duas referências comunicativas, aparentemente contraditórias, que são o constitucionalismo e a democracia. Novas tecnologias e seus impactos nas relações de trabalho, no ensino, na comunicação e na sociedade, até as transformações no direito eleitoral, ambiental, administrativo são temas atuais que poderão ser lidos nesta edição da Revista. As complexas relações entre liberdade, igualdade, dignidade e Estado de Exceção também são abordadas com importantes provocações e inovações conceituais nas páginas que seguem. Mas não só de questões jurídicas se faz uma cultura política. A oposição entre uma retórica da imanência e outra da transcendência, muito presente hoje no imaginário filosófico que circula nas redes sociais de internet também coloca em questão o grau de novidade e a potência emancipatória da cultura jurídica que está se desenhando em nossa comunidade.

Desejamos uma excelente leitura na solidão dos seus espaços de estudos, mas uma igualmente boa experiência de multiplicação coletiva dos saberes que esta nova edição da Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas pode proporcionar. Tanto os autores quanto os leitores podem ter certeza de que todo o trabalho editorial foi realizado com o máximo de dedicação e carinho. Como um “Pequeno Príncipe” pulando de um planeta ao outro sempre podemos acabar, na “Terra dos Homens”, caindo com o avião avariado no deserto da nossa própria existência, mas com um bolso cheio de 20 estrelas, cuidadosamente reunidas nesta nova edição da Revista.

Rafael Lazzarotto Simioni

Faculdade de Direito do Sul de Minas (FDSM)

SUMÁRIO / CONTENTS

Editorial	III
A atenuante do estatuto do índio nos tribunais de justiça estaduais da região sul.....	1
<i>The attenuant of indian statute in the state courts of justice of the southern region</i> Mário Guilherme Córrea Jennings • Daize Fernanda Wagner	
A proporcionalidade no âmbito das normas penais: reconhecendo a dupla face de proibição do excesso e da proteção deficiente.....	18
<i>Proportionality within criminal law: recognizing the double face of prohibition of excess and insufficient protection</i> Carolina Carraro Gouvea	
A repercussão da educação no acesso à justiça pelas pessoas com deficiência	36
<i>The repercussion of education in access to justice by disabled people</i> Sinézio Alves Gomes Júnior • Flávia de Paiva Medeiros de Oliveira	
Acordos internacionais e o crédito rural	53
<i>International agreement and rural credit</i> Lenise Faria de Oliveira Mendes • Muriel Amaral Jacob • José Carlos de Assunção	
As decisões da corte interamericana de direitos humanos no Supremo Tribunal Federal.....	69
<i>Decisions of the inter-american court of human rights in the supreme federal court</i> Pedro Pulzatto Peruzzo • Gabriela Gabaldi Ferreira	
Constitucionalismo democrático: a paridade de participação a partir da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26 e Mandado de Injunção 4733.....	90
<i>Democratic constitutionalism: the parity of participation from the “ação direta de inconstitucionalidade por omissão” n. 26. E “mandado de injunção” 4733</i> Adriana Marques Aida • Luísa Giuliani Bernsts • Lucas Ferreira Mazete Lima	
Consultas populares previstas na EC 111, de 2021, instituto Destinado a ser efetivo ou não?.....	108
<i>Popular constultation provided by the amendment 111/21, Institute intended to be effective or not?</i> Edson Ricardo Saleme • Silvia Elena B. Saborita • Renata Soares Bonavides	

Criança, consumo e ato infracional.....	126
<i>Children, consumption and infractional act</i> Fernanda Carolina de Araujo Ifanger • Cláudio José Franzolin • Samuel Antiqueira Michelan	
Da terceirização de serviços públicos: limitação à execução indireta de atividades públicas	147
<i>Outsourcing of public services: limitation to the indirect execution of public activities</i> Gustavo Henrique Paschoal	
Direito à convivência familiar: serviços de apadrinhamento.....	164
<i>Right to family life: godfathering services</i> Mariane Contursi • André Viana Custodio	
“E daí? Não sou ambientalista”: implicações do governo Bolsonaro nas mudanças climáticas.....	182
<i>“So what? I am not an environmentalist”: implications of Bolsonaro’s government in climate change</i> Alexandre de Sousa Ferreira • Ruan Didier Bruzaca	
Estado hobbesiano, estado de exceção e big tech: a (des)proteção da liberdade individual.....	207
<i>Hobbesiano state, state of exceção and big tech: a (dis)protection of individual freedom</i> Andressa Sechi Marra • Rene Sampar • Zulmar Antônio Fachin	
Federalismo cooperativo ecológico: a fiscalização ambiental descentralizada brasileira.....	223
<i>Ecological cooperative federalism: the brazilian decentralized environmental surveillance</i> Nina Trícia Disconzi Rodrigues • Francielle Benini Agne Tybusch • Priscilla Silva	
Impeachment de Dilma Rousseff: o golpe suave.....	242
<i>Impeachment Dilma Rousseff: the soft coup</i> Camila Carvalho da Costa • Martonio Mont’Alverne Barreto Lima	
Liberdade de expressão e propaganda eleitoral: análise da jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral de 2014 a 2019.....	264
<i>Freedom of expression and electoral propaganda: analysis of the jurisprudence of the superior electoral court from 2014 to 2019</i> Lucas Catib de Laurentiis • Frederico Boldrin Ferraciolli	

Natureza jurídica da relação entre motoristas e empresas detentoras de aplicativos de transporte no Brasil: análise a partir de um estudo jurisprudencial comparado.....	280
<i>The legal nature of the relationship between drivers and companies that run transportation applications in Brazil: an analysis based on a comparative jurisprudential study</i> Leandro Faria Costa • Silvio Beltramelli Neto	
O papel da tecnologia no processo de inovação: a inteligência artificial como instrumento e objeto de políticas públicas.....	309
<i>Technology's role in the innovation process: artificial intelligence as a tool and an object of public policies</i> Fernando Sérgio Tenório de Amorim • Milton Pereira de França Netto	
O papel do STJ na formação dos precedentes em matéria tributária.....	331
<i>The role of stj in the formation of precedents in tax matters</i> Bruno Almeida de Sousa • Vinícius Pinheiro Marques	
Pacto antenupcial como garantidor da autonomia privada dos nubentes.....	348
<i>Prenuptial agreement as guarantee of the private autonomy of grooms and brides</i> Marco Antônio Sousa Alves	
“Processo e democrazia”: il garantismo processuale nelle lezioni messicane del 1952 di Piero Calamandrei... ..	369
<i>“Julgamento e democracia”: garantias processuais nas palestras mexicanas de Piero Calamandrei de 1952</i> Andrea Panzarola	

A ATENUANTE DO ESTATUTO DO ÍNDIO NOS TRIBUNAIS DE JUSTIÇA ESTADUAIS DA REGIÃO SUL

THE ATTENUANT OF INDIAN STATUTE IN THE STATE COURTS OF JUSTICE OF THE SOUTHERN REGION

Mário Guilherme Côrrea Jennings^{1*}
Daize Fernanda Wagner^{2**}

RESUMO

Trata-se de pesquisa desenvolvida no âmbito do projeto “Identidades étnicas em juízo”, executado na Universidade Federal do Amapá. Este estudo se propõe a desvelar como os indígenas são reconhecidos em decisões dos tribunais estaduais da Região Sul do Brasil, a partir do estudo da aplicabilidade da atenuante prevista no artigo 56, caput, do Estatuto do Índio. A pesquisa objetivou mapear acórdãos dos Tribunais Estaduais da Região Sul que discutam a identidade étnica indígena, desvelando sua compreensão que exsurge nos julgados. Como metodologia, utiliza-se abordagem baseada em pesquisa bibliográfica e em pesquisa documental, sendo utilizado o método indutivo na catalogação de julgados. Os resultados obtidos apontam para a seguinte conclusão: os tribunais ainda perpetuam um pensamento assimilacionista e de integração dos indígenas, nos moldes previstos pela legislação anterior à CF/88 e em descompasso com toda a inovação por esta imposta.

Palavras-chave: Identidade étnica indígena; Poder Judiciário; Tribunais de Justiça da Região Sul; Estatuto do Índio; Constituição de 1988.

ABSTRACT / RESUMEN

This is a research developed within the scope of the project “Ethnic identities in court”, carried out at the Federal University of Amapá. This study aims to reveal how indigenous people are recognized in decisions of state courts in the Southern Region of Brazil, based on the study of the applicability of the mitigation provided for in article 56 of the Statute of the Indian. The research aimed to map judgments of the Courts of the South Region that discuss the indigenous ethnic identity, revealing their understanding that emerges in the courts. As a methodology, an approach based on bibliographic and documentary research is used, using the inductive method in the cataloging of judges. The results obtained point to the following conclusion: the courts still perpetuate an assimilationist and integrationist thought of the indigenous people, in the manner provided for the legislation prior to Brazilian Constitution of 1988 and out of step with all the innovation imposed by it.

Key-words: Indigenous Ethnic identity; Judicial branch; Courts of Justice in the South Region; Indigenous People Statute; Constitution 1988.

^{1*}Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Amapá, Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7599222328080375>, ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-0064-2463>, e-mail para contato: mariojennings.12@gmail.com.

^{2**}Doutora em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), Professora do Programa de Pós-Graduação em Estudos de Fronteira e do curso de Direito da Universidade Federal do Amapá, Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8232540501482095>, ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-3879-6983>, e-mail para contato: daizefernandawagner@gmail.com.

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por objetivo discutir o conteúdo de decisões judiciais dos tribunais estaduais da Região Sul do país nos casos em que a identidade étnica e a pertença indígena aparecem como assunto relevante a ponto de influenciar sua decisão. Insta pontuar que este trabalho é fruto dos estudos desenvolvidos no Projeto de Pesquisa “Identidades étnicas em juízo”, iniciado em 2018 na Universidade Federal do Amapá (UNIFAP), e ainda em vigor, no qual foi desenvolvida a Iniciação Científica “Desvelando os direitos constitucionais dos povos indígenas nos tribunais brasileiros”.

Ao longo do desenvolvimento da iniciação científica mencionada, buscou-se discutir a identidade étnica nos tribunais brasileiros, iniciando os trabalhos pelos Tribunais que integram a Região Norte do Brasil. A partir disso, objetivou-se compreender a concretização dos direitos constitucionais dos indígenas. A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CF/88) foi a que mais inovou no que se refere aos direitos dos povos indígenas. Ela rompeu com a política assimilacionista e de integração dos indígenas, tal como previa a legislação que a antecedeu, a exemplo do Estatuto do Índio (Lei 6.001/1973) e da Convenção 107 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), de 5 de junho de 1957, ratificada pelo Brasil.

Nesse cenário, observou-se que os Tribunais que integram a Região Norte do Brasil não têm acompanhado a evolução da legislação pátria, embasando a prestação jurisdicional, ao lidar com os indígenas, na égide vigente no período anterior à CF/88. Muitas decisões judiciais pautaram-se na classificação apresentada pelo artigo 4º do Estatuto do Índio para interpretar de que maneira o direito se aplicaria aos indígenas. Quanto mais elementos dos “não-índios” estivessem presentes, mais próximo da aculturação se chegava, de tal maneira que os indígenas nem mais eram reconhecidos como tais.³

Segundo Wagner⁴, não é possível determinar um entendimento único acerca da identidade étnica indígena, pois vários e distintos são os indígenas, seja no que se refere às diferentes etnias que congregam, seja no que se refere a seus modos de vida, igualmente múltiplos e diferentes. Logo, os esforços não deveriam ser empreendidos no sentido de buscar a resposta para o questionamento “o que é ser índio?”, mas sim em compreender o “ser” do índio.

No presente artigo optou-se por extrair uma parcela das demais investigações trabalhadas na iniciação científica. Nesse sentido, escolheu-se como objeto de investigação as decisões dos Tribunais da Região Sul do Brasil, sendo verificados os acórdãos de seus tribunais estaduais em que fosse discutida a aplicabilidade do artigo 56, caput, do Estatuto do Índio.

O recorte foi feito tendo em vista que a aplicação desse comando normativo implica em compreender se essa tendência anteriormente mencionada também se repete, de tal

³WAGNER, D. F.; CARMO, J. A.; JENNINGS, M. G. C. Identidades étnicas em juízo: a identidade étnica indígena na visão dos tribunais estaduais da região norte. In: SOUZA FILHO, C. F. M. et al. *Indígenas, Quilombolas e outros povos tradicionais* v. 2. Curitiba: CEPEDIS, 2019, p. 169-192.

⁴WAGNER, D. F. *Identidades étnicas em juízo: o caso Raposa Serra do Sol*. Belo Horizonte: Initia Via, 2019.

maneira que representaria um desvirtuamento dos direitos constitucionais dos povos indígenas, pois a inovação trazida pela CF/88 não estaria sendo aplicada, reforçando, ao final, a política assimilacionista do Estatuto do Índio.

A CF/88 resguardou direitos aos indígenas até então inéditos no ordenamento jurídico brasileiro. Esta trouxe dispositivos de proteção e reconhecimento aos indígenas, considerados inovadores quando comparados com as constituições que a antecederam.⁵ Conforme Souza Filho, a CF/88 rompeu com a visão de assimilação, e pela primeira vez, o índio tem o direito de ser índio, conforme se depreende, sobretudo, no seu art. 231.⁶

Seguindo essa linha, recentemente o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) publicou a Resolução n. 287, de 25 de junho de 2019, para estabelecer procedimentos ao tratamento das pessoas indígenas acusadas réis, condenadas ou privadas de liberdade, apontando diretrizes para assegurar os direitos dessa população no âmbito criminal do Poder Judiciário.⁷

Em consonância com a CF/88 e a Convenção 169 da OIT sobre Povos Indígenas e Tribais⁸, a Resolução do CNJ prevê expressamente que o reconhecimento do indivíduo como indígena se dará a partir da autoidentificação, abandonando a visão assimilacionista e de integração do indígena. Tal inovação reflete, aliás, na seara criminal, uma vez que a imposição de pena ao réu indígena agora dependerá da análise de uma série de fatores, não mais adotando como parâmetro o “grau de integração” do indígena para aplicação do direito, conforme dispõe o art. 9º da Resolução CNJ n. 287/2019.

Em sentido contrário, o Estatuto do Índio é uma lei nacional, editada no ano de 1973 e ainda em vigor. Por ser anterior ao ordenamento constitucional vigente, possui disposições controversas acerca do tratamento dispensado aos indígenas, sobretudo, no que se refere à adoção expressa da política assimilacionista e de integração dos indígenas. Exemplo disso pode ser observado a partir da leitura de seu artigo 4º, que estabelece uma classificação dos indígenas a partir do contato que tinham com a sociedade envolvente.

O problema desta pesquisa, enquanto fruto de um trabalho anteriormente realizado, se propõe a dar continuidade aos estudos e, portanto, continuar a busca pela resposta do seguinte questionamento: teria o Poder Judiciário, em suas decisões, conseguido romper com a percepção assimilacionista e de integração estabelecido pelo Estatuto do Índio? Além disso, teriam essas decisões representado a extensão das mudanças no reconhecimento aos indígenas, tal como expressas na CF/88? Esses questionamentos estão relacionados, na medida em que articulam compreensões acerca da identidade étnica indígena.

⁵ WAGNER, D. F., *op cit.*

⁶ SOUZA FILHO, C. F. M. *O renascer dos povos indígenas para o Direito*. Curitiba: Juruá, 1998.

⁷ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Resolução nº 287, de 25 de junho de 2019*.

Jus Brasil, Brasília, DF, 2 jul. 2019. p. 2-3. Disponível em:

https://atos.cnj.jus.br/files/resolucao_287_25062019_08072019182402.pdf. Acesso em 30 nov. 2020.

⁸ ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Convenção n. 169 sobre povos indígenas e tribais e resolução referente à ação da OIT*. Brasília: OIT, 2011. Disponível em: <https://www.oas.org/dil/port/1989%20Conven%C3%A7%C3%A3o%20sobre%20Povos%20Ind%C3%ADgenas%20e%20Tribais%20Conven%C3%A7%C3%A3o%20OIT%20n%20%20%C2%BA%20169.pdf>. Acesso em 11 nov. 2021.

Para responder tais questionamentos levou-se em consideração o disposto no artigo 56, caput, do Estatuto do Índio, pois ele prevê um benefício aos indígenas, independentemente dos “graus de integração”. Diz o artigo 56, caput: “No caso de condenação de índio por infração penal, a pena deverá ser atenuada e na sua aplicação o Juiz atenderá também ao grau de integração do silvícola [...]”.⁹

Este trabalho tem como objetivo identificar como os Tribunais da Região Sul do Brasil aplicam a atenuante criminal posta pelo artigo 56, caput, do Estatuto do Índio. A partir daí, pretende verificar a interpretação prevalente entre os magistrados daqueles tribunais acerca da identidade étnica indígena.

A pesquisa está abrangida na vertente jurídico-sociológica pois se propõe a discutir a realização concreta de dispositivos da CF/88, especialmente o artigo 231 e sua relação com outras normas contidas no Estatuto do Índio, Lei n. 6.001/1973, e na Convenção 169 da OIT, Decreto n. 10.088/2019. Também utiliza o raciocínio indutivo, partindo de dados particulares e localizados – o estudo de julgados – e, a partir deles, se dirige a constatações gerais. Por fim, é pesquisa teórica, na medida em que utiliza conteúdos de textos legislativos, jurisprudenciais e doutrinários sobre o tema.

A luta dos indígenas por reconhecimento

A problemática do Poder Judiciário brasileiro em reconhecer a identidade étnica indígena em suas decisões reside no fato de que, segundo Caleffi, esta identidade foi inicialmente atribuída, ao invés de reconhecida.¹⁰ Tal afirmação, aliás, encontra respaldo na própria legislação nacional. Sob a ótica do Estatuto do Índio, artigo 4º, aos indígenas, em suma, são atribuídas 3 categorias, quais sejam, “índios isolados”, “índios em vias de integração” e “índios integrados”.

Essa categorização acaba por reforçar a ideia de um “índio genérico”, na expressão de Cardoso de Oliveira, ou mesmo primitivo, fadado à perda de sua identidade à medida em que alcançasse o “status máximo”, qual seja, o índio integrado.¹¹ Nessa compreensão estabelecida pelo Estatuto do Índio, é como se houvesse maneiras de ser mais ou menos indígena, a depender da classificação estabelecida pelos não-índios.

Não obstante a legislação infraconstitucional, houve significativa inovação na legislação nacional acerca da compreensão sobre a identidade étnica indígena, a qual rompe com a égide constitucional autoritária sob a qual foi promulgado o Estatuto do Índio. A CF/88 vem, enfim, reconhecer aos indígenas, em seu artigo 231, sua organização social, seus costumes, idiomas, crenças e tradições.

Conforme afirma Luciano:

⁹ BRASIL. Lei n. 6.001, de 19 de dezembro de 1973. Dispõe sobre o Estatuto do Índio.

Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6001.htm. Acesso em 14 nov. 2020.

¹⁰ CALEFFI, P. O que é ser índio hoje? A questão indígena na América Latina/Brasil no início do século XXI. *Diálogos Latinoamericanos*, n. 7, p. 20-42, 2003.

¹¹ CARDOSO DE OLIVEIRA, R. *Caminhos da identidade: ensaios sobre etnicidade e multiculturalismo*. São Paulo: Editora Unesp; Brasília: Paralelo 15, 2006.

[...] identidade implica a alteridade, assim como a alteridade pressupõe diversidade de identidades, pois é na interação com o outro não-idêntico que a identidade se constitui. O reconhecimento das diferenças individuais e coletivas é condição de cidadania quando as identidades diversas são reconhecidas como direitos civis e políticos, conseqüentemente absorvidos pelos sistemas políticos e jurídicos no âmbito do Estado Nacional.¹²

A partir dessa afirmação, percebe-se que a identidade possui um aspecto relacional, a qual, inevitavelmente, implica em reconhecimento pelos “outros”, no caso os “não-índios”, que não integram aquele grupo étnico. A partir desse contexto, observa-se a participação de lideranças indígenas na Assembleia Nacional Constituinte de 1987/1988, a qual foi fundamental para a inovação jurídica realizada a partir da criação de um regramento específico e próprio aos indígenas.

Conforme Wagner, na busca por reconhecimento, os povos indígenas, em um constante processo de luta, incorporaram simbologias próprias dos “não-índios”, com o intuito de fazerem-se compreender e respeitar. Para tanto, contaram também com o apoio de não-índios, que se identificavam com sua causa e seus interesses, a exemplo de integrantes da ABA, do CIMI e de outras organizações não-governamentais.¹³

Cardoso de Oliveira aponta que, em razão desse engajamento, os povos indígenas iniciaram um verdadeiro processo na busca por reconhecimento. Assim, começaram a se reunir em assembleias e organizações próprias, marcadas pela diversidade étnica das relações formadas com os não-índios, com destaque para a União das Nações Indígenas do Brasil (UNI), em 1980, a qual foi responsável por liderar os movimentos de autorrepresentação frente as autoridades constituídas e organizar uma proposta com pauta mínima de reivindicações de direitos a serem defendidos nas discussões constitucionais à época.¹⁴

Essa organização de esforços em busca de visibilidade e reconhecimento ficou conhecida como “movimento indígena”, que teve atuação significativa a partir da década de 1970 e culminou na participação de suas lideranças na Assembleia Nacional Constituinte.¹⁵

A principal pauta nada mais era do que a exigência de respeito a suas formas próprias de ser e viver: reconhecimento as suas identidades e culturas tradicionais, que a muito haviam sido denegadas. Não bastasse isso, a política assimilacionista estava, até então, enraizada no ordenamento pátrio, com ditames taxativos e fixos que insinuam como se “deve ser índio”.

Apesar disso, tomaram o Congresso Nacional, conscientes de que, mesmo que não compreendessem tudo que era ali falado, tratava-se de momento relevante para o reconhecimento formal de suas formas próprias de ser e viver.¹⁶ E, portanto, a

¹² LUCIANO, G. S. *O índio brasileiro: o que você precisa saber sobre os povos indígenas no Brasil de hoje*. Brasília: MEC/SECAD; LACED/Museu Nacional, 2006. Disponível em: [http://www.dominiopublico.gov.br/pesquisa/DetalheObraForm.do?select action=&co obra=88685](http://www.dominiopublico.gov.br/pesquisa/DetalheObraForm.do?select%20action=&co%20obra=88685). Acesso em 11 nov. 2021.

¹³ WAGNER, D. F., *op cit*.

¹⁴ CARDOSO DE OLIVEIRA, R., *op. cit*.

¹⁵ *Ibid.*, p. 42.

¹⁶ WAGNER, D. F., *op cit*.

permanência dessas identidades étnicas distintas, específicas e não generalizáveis dos indígenas, restou reconhecida no texto final da CF/88. Assim, rompeu-se, ao menos formalmente, o paradigma assimilacionista, exigindo uma nova forma de conceituação do que seja ser indígena.¹⁷

Posteriormente, a Convenção n. 169 da OIT foi incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro por meio do Decreto Legislativo n. 143, de 20/06/2002 e do Decreto Presidencial n. 5.051, de 19/04/2004. Mais atualmente, foi consolidada pelo Decreto Presidencial n. 10.088, de 5/11/2019.

Tal qual a CF/88, essa norma também rompeu com o paradigma assimilacionista e de integração dos indígenas, pois afirma que a autoidentificação como indígena é um critério fundamental para a definição dos grupos ou comunidades indígenas, conforme estabelecem seu artigo 1º, item 2 e o artigo 10.

Por consequência, a partir da CF/88 e da Convenção 169 da OIT, vários dispositivos do Estatuto do Índio não têm aplicabilidade, na medida em que não foram recepcionados pela nova ordem constitucional, a exemplo do artigo 4º.

A identidade étnica indígena e o artigo 56 do Estatuto do Índio

A noção de identidade étnica indígena é central na pesquisa em desenvolvimento. Ela pode ser considerada um constructo que foi se delineando ao longo do tempo, a partir da contribuição de vários estudiosos de diferentes campos e, principalmente, do protagonismo de vários indígenas.¹⁸

A noção de etnia se encontra desde sempre mesclada a outras concepções que lhe são conexas como as de raça, povo e nação, com as quais mantém relações de ambiguidade desde o início de seu uso pelas ciências sociais, no século XIX.¹⁹

Precursor desse debate, Max Weber, na obra *Economia e Sociedade*, de 1922, dedicou o capítulo “Comunidades Étnicas” ao tema.²⁰ A partir de Weber, então, é possível afirmar que grupos étnicos existem pela crença subjetiva que seus membros têm de formar uma comunidade e pelo sentimento de honra social compartilhado por todos que alimentam essa crença. A identidade étnica do grupo é construída a partir da diferença em relação aos outros, que não compõe o grupo. Há como que uma atração entre os que se sentem parte do “nós” e uma repulsa em relação aos que são “outros”. A pertença, então, não está fundada no isolamento, mas antes na comunicação das diferenças em relação aos outros.

¹⁷ OLIVEIRA, J. P. A problemática dos “índios misturados” e os limites dos estudos americanistas: um encontro entre antropologia e história. In: SCOTT, Parry; ZARUR, George (Org.). *Identidade, fragmentação e diversidade na América Latina*. Recife: Editora Universitária da UFPE, 2003, p. 176..

¹⁸ WAGNER, D. A Convenção 169 da OIT e o controle de convencionalidade nos tribunais da região Norte do Brasil. *Revista de Direitos Humanos em Perspectiva*, v. 6, n. 1, p. 18-37, 2020. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/direitoshumanos/article/view/6438>. Acesso em 11 nov. 2021.

¹⁹ POUTIGNAT, P.; STREIFF-FENART, J. *Teorias da etnicidade*. Seguindo de grupos étnicos e suas fronteiras de Fredrik Barth. São Paulo: Fundação Editora da UNESP, 1998.

²⁰ WEBER, M. *Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva*. 3. Ed. Tradução de Regis Barbosa e Karem Elsabe Barbosa. Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 1994.

Essa ideia de pertença étnica descrita por Weber será apropriada e desenvolvida por Fredrik Barth.²¹ Avançando na ideia da cultura como traço distintivo da identidade étnica, “Barth vai perceber que nem os grupos étnicos se definem por portarem culturas específicas nem o contato dilui as etnias.”²² Barth propõe uma nova definição de grupos étnicos, segundo a qual, então,

As fronteiras [entre os grupos étnicos] persistem apesar do fluxo de pessoas que as atravessam. [...] As distinções de categorias étnicas não dependem de uma ausência de mobilidade, contato e informação. [...] As distinções étnicas não dependem de uma ausência de interação social e aceitação, mas são, muito ao contrário, frequentemente as próprias fundações sobre as quais são constituídos os sistemas sociais englobantes. A interação em um sistema social como este não leva a seu desaparecimento por mudança e aculturação; as diferenças culturais podem permanecer apesar do contato interétnico e da interdependência dos grupos. [...] Os grupos étnicos são categorias de atribuição e identificação realizadas pelos próprios atores e, assim, têm a característica de organizar a interação entre as pessoas. [...] Uma atribuição categórica é uma atribuição étnica quando classifica uma pessoa em termos de sua identidade básica mais geral, presumivelmente determinada por sua origem e seu meio ambiente. Na medida em que os atores usam identidades étnicas para categorizar a si mesmos e outros, com objetivos de interação, eles formam grupos étnicos neste sentido organizacional.²³

Barth substituiu uma concepção estática de identidade étnica por uma concepção dinâmica. A partir de seus estudos foi possível compreender que a identidade étnica, tal como outras identidades coletivas, é construída e transformada na interação de grupos sociais, seja em processos de inclusão, seja de exclusão, sempre numa dinâmica de se estabelecer os limites entre tais grupos e aqueles que os integram ou não.²⁴

Havia, então, a compreensão de que a identidade étnica seria estática, fixada em características imutáveis. Todavia, como sugere Silva, é preciso insistir na importância da ampliação do entendimento do conceito de identidade étnica – “[i]dentidade não é sinônimo de unicidade.”²⁵ Aí reside relevância dos estudos de Barth, que compreendeu que os processos de organização social através dos quais mantêm-se de forma duradoura as distinções entre “nós” e “os outros” podem se alterar e que tais alterações não são capazes de suprimir a diferença entre o “nós” e “os outros”.²⁶ “[A]s diferenças culturais podem permanecer apesar do contato interétnico e da interdependência dos grupos”.²⁷

Para Barth, o traço fundamental dos grupos étnicos é a atribuição e a pertença. Assim, pouco importa que traços culturais ou outras diferenças “objetivas” se modifiquem e pouco importa as diferenças que os membros do grupo possam ter em seus

²¹ BARTH, F. *Ethnic groups and boundaries: the social organization of culture difference*. Long Grove: Waveland Press, 1969.

²² SILVA, I. B. P. *Vilas de índios no Ceará Grande: dinâmicas locais sob o Diretório Pombalino*. Campinas: Pontes Editores, 2005, p. 30.

²³ BARTH, F. Grupos étnicos e suas fronteiras. In: POUTIGNAT, P.; STREIFF-FENART, J. *Teorias da etnicidade*. São Paulo: Fundação Editora da UNESP, 1998, p. 188, 189, 193-194.

²⁴ POUTIGNAT, P.; STREIFF-FENART, J., *op. cit.*

²⁵ *Ibid.*, p. 44.

²⁶ LAPIERRE, J. W. Prefácio. In: POUTIGNAT, P.; STREIFF-FENART, J. *Teorias da etnicidade*. Seguido de grupos étnicos e suas fronteiras de Fredrik Barth. São Paulo: Fundação Editora da UNESP, 1998, p. 9-14.

²⁷ BARTH, F., 1998, p. 188.

comportamentos manifestos: “se eles dizem que são A, em oposição a outra categoria B da mesma ordem, eles estão querendo ser tratados e querem ver seus próprios comportamentos interpretados e julgados como de As e não de Bs, ou seja, eles declaram sua sujeição à cultura compartilhada pelos As.”²⁸

Então, em síntese, com Barth é possível afirmar que grupos étnicos são organizações sociais cujas fronteiras se definem pelo pertencimento que cada ator manifesta em relação ao grupo, mesmo que os sinais diacríticos possam se modificar. Os traços culturais devem ser compreendidos muito mais como produzidos pelo grupo do que como formatadores da identidade étnica do grupo. Portanto, é indígena quem se considera e é considerado indígena por seu grupo.²⁹

Essa compreensão repercutiu juridicamente e considera-se que está na base da definição de quem é indígena na Convenção 169 da OIT, artigo 1o, item 2. Se por um lado a identidade étnica indígena é afirmada pelo próprio indígena e pelo grupo do qual faz parte, por outro, implica em reconhecimento pelos demais, que não integram aquele grupo étnico.

Se a formação e manutenção de nossa identidade se dá na alteridade, então, o reconhecimento tornar-se central na discussão acerca da identidade, inclusive étnica. Da mesma forma, a ausência de reconhecimento pode efetivamente causar prejuízo ao grupo ou à pessoa que o sofre.³⁰

Tecidas tais considerações acerca da identidade, o próximo passo consiste na abordagem do artigo 56, caput, do Estatuto do Índio. Essa lei é fruto de seu tempo: nasceu sobre a égide constitucional autoritária (Constituição de 1967). Seguiu os postulados do Código Civil Brasileiro de 1916, segundo o qual, os índios eram “relativamente incapazes” e deveriam ser tutelados por um órgão indigenista estatal: inicialmente, de 1910 a 1967, o Serviço de Proteção ao Índio (SPI) e, posteriormente, a Fundação Nacional do Índio (FUNAI) até que eles estivessem “integrados à comunhão nacional”, ou seja, à sociedade brasileira, como assim o estabelecia o artigo 4º. da referida lei.

Não obstante, chama atenção uma ambivalência peculiar na mencionada lei. Se por um lado o art. 4º adota expressamente a política assimilacionista, o artigo 56, em certo grau, caminha no sentido contrário a esse pensamento. De acordo com o caput da referida norma “no caso de condenação de índio por infração penal, a pena deverá ser atenuada e na sua aplicação o Juiz atenderá também ao grau de integração do silvícola”.³¹

Denota-se, portanto, que nos casos em que o indígena cometer qualquer infração penal, sua penalidade deve ser atenuada, independentemente de qualquer grau de integração. Neste caso, o art. 4º funciona somente como parâmetro para estabelecer o quantum da pena a ser reduzida, sendo certo que, independentemente do índio ser considerado isolado, em vias de integração, ou integrado, o Estado, no exercício da jurisdição, deve diminuir a penalidade aplicada.

²⁸ BARTH, F., 1998, p. 195.

²⁹ CUNHA, M. C. *Os direitos do índio: ensaios e documentos*. São Paulo: Brasiliense, 1987.

³⁰ WAGNER, D. F., 2019.

³¹ BRASIL, 1973.

Esse dispositivo, apesar de nascido em tempos difíceis, dialoga com o ordenamento constitucional vigente, pois reforça, ainda que parcialmente, o reconhecimento dos indígenas pela autoafirmação, ao impor a atenuante nos casos em que praticado crime por indígena simplesmente pelo fato de ser indígena. Ele reforça a compreensão de Barth, no sentido de que se os povos indígenas dizem que são A, em oposição a outra categoria B da mesma ordem, eles estão querendo ser tratados e querem ver seus próprios comportamentos interpretados e julgados como de As e não de Bs, ou seja, eles declaram sua sujeição à cultura compartilhada pelos As.³² Contudo, é muito comum o desvirtuamento na interpretação do caput do comando normativo.

Ocorre que a parte final do caput, ao invés de balizar o quantitativo aplicado na penalidade, passa a funcionar como parâmetro para definição de quem é ou não é indígena, semelhante a um “catálogo”. Os magistrados simplesmente tentam encaixar o réu indígena em uma das 3 categorias, para avaliar, no caso concreto, o direito à atenuante. Dessa forma, não raro o benefício é denegado em razão de magistrados considerarem que aquele indígena já foi “integrado a comunhão nacional”.

Além disso, o Estatuto do Índio não define o que é “comunhão nacional”. Trata-se, dessa forma, de um conceito jurídico indeterminado, o qual é valorado no caso concreto pelo magistrado para aproximar-se de uma definição e lograr êxito na aplicação da norma. Entretanto, no caso concreto, as valorações utilizadas pelos magistrados, usualmente, remetem-se a simbologias próprias dos “não-índios” que, justificam, ao final, o indeferimento da atenuante. É o caso, por exemplo, do indígena possuir documentos de identificação, tais como carteira de identidade, CPF ou CNH, exercem uma profissão ou, até mesmo, sabem ler e escrever para que sejam considerados integrados³³, conforme será abordado na etapa seguinte desta pesquisa.

A pesquisa conduzida no projeto Identidades Étnicas em Juízo

O projeto de pesquisa “Identidades étnicas em juízo” está em desenvolvimento na Universidade Federal do Amapá, tendo iniciado no ano de 2018. Como parte de suas atividades, houve a execução da iniciação científica “Desvelando os direitos constitucionais dos povos indígenas nos tribunais brasileiros”. Parte de seus resultados é, então, aqui discutida.

O projeto opera como um observatório de jurisprudência. Consequentemente, é atividade de pesquisa que conjuga, a um só tempo, investigação científica com ferramenta de controle social. As decisões proferidas por juízes e tribunais impactam na vida social e são capazes de mudar a postura do país sobre determinados temas.³⁴ Por consequência,

³² BARTH, F., 1998.

³³ WAGNER, D. F. Identidade étnica, índios e direito penal no Brasil: paradoxos insustentáveis. *Revista Direito GV*, [S.l.], v. 14, n. 1, p. 123-147, mai. 2018. ISSN 2317- 6172. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogy/article/view/74844>. Acesso em 15 nov. 2020.

³⁴ MEDEIROS; F. L.F. de; PETTERLE, S. R. *Observatórios de Jurisprudência: um modo de (re)pensar o direito do século XXI*. In: Encontro de Internacionalização do CONPEDI, I, 2015, Barcelona. Anais... Barcelona: Ediciones Laborum, 2015. Disponível em: <https://www.conpedi.org.br/wp->

investigar a maneira pela qual os tribunais julgam torna-se importante, pois pode contribuir para a transparência das decisões. Além disso, também contribui na consolidação do Estado Democrático de Direito, fundado na dignidade da pessoa humana e comprometido com a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, que visa promover o bem de todos, nos termos da CF/88.

Ao proferirem suas decisões, os tribunais vão delimitando entendimentos e dando efetividade (ou não) aos direitos constitucionais dos povos indígenas e de cada indígena individualmente considerado. Aclarar os sentidos da identidade étnica presentes em julgados implica em utilizar-se de um olhar marcado pelo estranhamento, que é essencialmente o olhar antropológico, conforme aponta Lima; Baptista.³⁵ Estranhamento esse que não significa suspeição, mas sim surpreender-se com tudo o que para o outro parece natural. “O fazer antropológico pressupõe a relativização de verdades consagradas.”³⁶ Esse estranhamento pode ser interessante mecanismo para desnaturalizar a interpretação das normas jurídicas que tratam da temática indígena.

Para a presente pesquisa, os julgados foram coletados nos endereços eletrônicos dos três tribunais estaduais que integram a região Sul do Brasil, a partir dos seguintes termos de busca: índio; indígena; 56. Os termos índio e indígena foram escolhidos pois são usualmente utilizados para referir os indígenas, seja individualmente, seja coletivamente. O número 56 foi acrescido a cada uma das buscas para delimitar os casos nos quais o artigo 56 do Estatuto do Índio poderia ser mencionado.

Os dados coletados constituem o resultado final dentro do recorte proposto a ser investigado, qual seja, a aplicabilidade da atenuante prevista no artigo 56, caput, do Estatuto do Índio nos três tribunais de justiça estaduais que integram a Região Sul do país.

As decisões envolvendo a aplicação do artigo 56 do Estatuto do Índio nos Tribunais Estaduais da Região Sul do Brasil

A pesquisa nos endereços eletrônicos dos tribunais foi realizada entre os dias 23 de junho e 15 de julho de 2020. Os julgados referem-se ao período de pouco mais de uma década, ou seja, de 01 de janeiro de 2010 até 31 de março de 2020. Esse recorte temporal foi escolhido por possibilitar um olhar mais atual acerca do assunto e também observar se houve mudanças de compreensão acerca da temática ao longo desses dez anos. Além disso, inferiu-se que as inovações no reconhecimento aos direitos dos indígenas trazidas pela CF/88 já se fariam sentir na prática dos tribunais estaduais, dada a distância temporal significativa – mais de trinta anos – de sua promulgação.

De todos os julgados encontrados, foram selecionados apenas aqueles nos quais houve algum debate ou argumento pugnando pela aplicação do disposto no *caput* do artigo 56 do Estatuto do Índio. Conforme proposto por Bardin, realizou-se uma primeira

content/uploads/2016/01/NOVO-Miolo-CONPEDI-vol.-5-em-moldes-gr%C3%A1ficos-1.pdf. Acesso em 11 nov. 2021.

³⁵ LIMA, R. K. de; BAPTISTA, B. G. L. Como a antropologia pode contribuir para a pesquisa jurídica? Um desafio metodológico. *Anuário Antropológico*, Brasília, v. 39, n. 1, p. 9-37, 2014. Disponível em: <https://periodicos.unb.br/index.php/anuarioantropologico/article/view/6840>. Acesso em 11 nov. 2021.

³⁶ *Ibid.*, p. 9.

“leitura flutuante” com o intuito de selecionar os julgados para, a partir daí, estudá-los de maneira mais detida.³⁷

Observou-se que os endereços eletrônicos de cada tribunal são bastante distintos entre si, inclusive quanto às opções de filtros e buscas na aba de jurisprudência. Tanto quanto possível, procurou-se utilizar os mesmos critérios e marcadores, de maneira a padronizar a busca entre os três tribunais. Além disso, não se pode perder de vista que, eventualmente, podem ocorrer distorções quanto ao número de decisões encontradas, na medida em que os bancos de dados disponíveis nos endereços eletrônicos dos tribunais podem não contemplar a totalidade das decisões em seus sistemas de busca.³⁸

Os julgados do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná (TJPR) foram coletados a partir do acesso ao endereço eletrônico www.tjpr.jus.br, na aba Jurisprudência e, após, na pesquisa de jurisprudência. No campo de pesquisa livre foram realizadas duas buscas: uma com os termos índio e 56 e outra com os termos indígena e 56. Além disso, em ambas as buscas, foram também marcados outros aspectos: na parte pesquisa por campos específicos colocou-se o período a ser verificado quanto ao julgamento – inicial 01/01/2010 e final 31/03/2020. No campo de filtros colocou-se ambos (inteiro teor e ementa), na base de consulta, tribunal de justiça e nos tipos de decisão, acórdãos. Para a primeira busca, com os termos índio e 56, obteve-se o resultado de 80 julgados e para a segunda, com os termos indígena e 56, 35 julgados. Ao todo, portanto, 115 julgados.

Desses 115 julgados, após exclusão daqueles que se repetiam e também daqueles que não apresentavam nenhuma discussão quanto ao caput do artigo 56 do Estatuto do Índio, chegou-se a 6 julgados relevantes para a presente pesquisa – ou seja – que debatem a aplicação da atenuante prevista no caput do artigo 56 do Estatuto do Índio a réu indígena.

Em 5 julgados, o argumento utilizado pelos Desembargadores para afastar a incidência da atenuante do artigo 56, caput, do Estatuto do Índio, foi a compreensão de que os réus indígenas já estavam integrados/aculturados, conforme estabelece o inciso III do artigo 4º do Estatuto do Índio e, portanto, não fariam jus ao benefício³⁹. Em apenas um dos julgados, a fundamentação utilizada pelos magistrados foi no sentido de que a concessão da atenuante representaria *bis in idem*.⁴⁰

³⁷ BARDIN, L. *Análise de conteúdo*. Lisboa: Edições 70, 1977.

³⁸ Nessa direção apontou o estudo de Veçoso *et al.*, que tratou especificamente da busca de julgados nos endereços eletrônicos do STF e do STJ. VEÇOSO, F. F. C. et al. A pesquisa em direito e as bases eletrônicas de julgados dos tribunais: matrizes de análise e aplicação no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça. *Revista de Estudos Empíricos em Direito*, v. 1, n. 1, p. 105-139, jan. 2014, p. 117.

³⁹ São os seguintes julgados: 1) Apelação Criminal n. 630.700-6 da comarca de Manoel Ribas, relator Desembargador (Des.) Ronald J. Moro, julgamento em 12/07/2010; 2) Apelação Criminal n. 1.657.570-3 do foro central da comarca da região metropolitana de Curitiba, relator Des. José Cichocki Neto, julgamento em 24/08/2017; 3) Apelação criminal n. 1442319-3 de Laranjeiras do Sul, relator Benjamim Acacio de Moura e Costa, julgamento em 01/06/2017; 4) Apelação criminal n. 002-50.1995.8.16.0122 da vara criminal da comarca de Ortigueira, relator Benjamim Acacio de Moura e Costa, julgamento em 17/05/2018; 5) Apelação criminal n. 0022494-53.2015.8.16.0019 da comarca de Ponta Grossa – Tribunal do Júri, relator Des. Clayton Camargo, julgamento em 21/02/2019.

⁴⁰ PARANÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. *Apelação Criminal n. 139345-8*. Relator: Macedo Pacheco. DJ: 10/12/2015. Disponível em: <https://tj-pr.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/299162044/apelacao-apl-13934568-pr-1393456-8-acordao/inteiro-teor-299162058>. Acesso em 30 nov. 2020.

Portanto, em todos os 6 julgados encontrados, nos quais há considerações acerca do caput do artigo 56 do Estatuto do Índio, a decisão dos Desembargadores foi por não aplicar a atenuante. Em sua ampla maioria (5 julgados), o argumento central para negar o benefício refere-se à integração do indígena.

Os julgados do Tribunal de Justiça de Estado de Santa Catarina (TJSC) foram coletados a partir do acesso ao endereço eletrônico www.tjsc.jus.br, na aba Pesquisa de Jurisprudência. Nesta, na aba de busca avançada foram marcadas as seguintes opções: abrangência da busca – ambos (ementa e inteiro teor); pesquisar em – Acórdãos do Tribunal de Justiça; com todas as palavras – índio e 56; período entre 01/01/2010 e 31/03/2020; órgão julgador – direito criminal. Para esta pesquisa obteve-se o resultado de 33 julgados encontrados. Após, utilizando os mesmos critérios, mas utilizando como termos de busca indígena e 56, obteve-se o resultado de 49 julgados. Totalizando, assim, 82 julgados. Destes, excluindo-se aqueles repetidos e aqueles que não se referiam ao caput do artigo 56 do Estatuto do Índio, chegou-se a 13 julgados relevantes para a pesquisa.

Dos 13 julgados encontrados, 11 negaram a aplicação da atenuante sob o argumento de que os indígenas envolvidos já estariam aculturados/integrados à sociedade nacional⁴¹. A título exemplificativo, destaca-se um trecho extraído no bojo dos autos n. 0010573-03.2016.8.24.0064:

[...] melhor sorte não assiste ao apelante, já que, conforme posicionamento do STJ acerca do tema, somente tem incidência quando se tratar de indígena não integrado socialmente, não sobre aquele já incorporado à comunhão nacional e no pleno exercício dos seus direitos civis [...], como é o caso em tela, onde o apelante se mostra completamente integrado, tendo estudado até o primeiro ano do ensino fundamental, possui documentos de identidade e CPF, vide fl. 22.⁴²

Em 2 julgados, a aplicação da atenuante foi afastada em razão da pena base ter restado fixada no mínimo legal e, portanto, diminuí-la representaria afronta ao conteúdo da Súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça (STJ), que afirma “A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal”.⁴³

Destarte, no TJSC, em nenhum dos 13 julgados encontrados a atenuante foi deferida, ainda que em 2 deles a justificativa tenha sido a incidência da Súmula 231 do

⁴¹ São os seguintes julgados: 1) processo n. 0010573.03.2016.8.24.0064, relator Luiz Antonio Zanini Fornerolli, julgamento em 28/03/2019; 2) processo n. 2013.076634-2, relator Rui Fortes, julgamento em 03/03/2015; 3) processo n. 2013.086669-7, relator Roberto Lucas Pacheco, julgamento em 24/04/2014; 4) processo n. 2012.075145-8, relator Jorge Schaefer Martins, julgamento em 13/02/2014; 5) processo n. 2013.084105-9, relator Sérgio Rizelo, julgamento em 11/08/2014; 6) processo n. 2007.055821-0, relator Moacyr de Moraes Lima Filho, julgamento em 06/02/2008; 7) processo n. 0000786-86.2009.8.24.0001, relator Ariovaldo R. Ribeiro da Silva, julgamento em 28/03/2019; 8) processo n. 2011.091478-9, relatora Marli Mosimann Vargas, julgamento em 03/07/2012; 9) processo n. 1999.000631-0, relator José Roberge, julgamento em 24/03/1999; 10) processo n. 2010.076818-9, relator Irineu João da Silva, julgamento em 05/04/2011; 11) processo n. 2006.038040-1, relator Alexandre D'Ivanenko, julgamento em 09/09/2008.

⁴² SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. *Apelação Criminal n. 001057303.2016.8.24.0064*. Relator: Luiz Antônio Zanini Fornerolli. DJ: 28/03/2019. JusBrasil, 2019. Disponível em: <https://tjsc.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/941312861/apelacaocriminalapr105730320168240064-sao-jose-0010573-0320168240064>. Acesso em 30 nov. 2020.

⁴³ São os seguintes julgados: 1) Apelação criminal n. 2013.084105-9, de Chapecó, relator Sérgio Rizelo, julgado em 11/08/2015; 2) Apelação criminal n. 2002.026621-9, relator Jaime Ramos, julgamento em 11/03/2003.

STJ. O que se destacou, tal como nos julgados do TJPR, é a compreensão de que os indígenas foram considerados integrados à comunhão nacional e, portanto, a eles não mais se aplica o caput do artigo 56 do Estatuto do Índio.

Por fim, os julgados do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (TJRGS) foram coletados a partir do acesso ao endereço eletrônico www.tjrgs.jus.br, na aba Jurisprudência. Nesta, optou-se pela busca avançada com as palavras-chave índio e 56, depois, em nova busca, com as palavras-chave indígena e 56. Em ambas as buscas também se optou por pesquisar em inteiro teor e ementa e utilizou-se os seguintes filtros disponíveis: tribunal – tribunal de justiça; órgão julgador – todos; data julgamento inicial 01/01/2010 final 01/03/2020; tipos de decisão – acórdãos. Inseridos os termos de busca indígena e 56, obteve-se 36 julgados. Ao repetir a busca, com os termos índio e 56, obteve-se 38 julgados. Totalizando, portanto, 74 julgados. Destes, 9 foram considerados para a presente pesquisa, pois referiam-se à aplicação do caput do artigo 56 do Estatuto do Índio.

Dos 9 julgados encontrados, em 6 deles há a negativa à atenuante aos réus por estarem já integrados e aculturados.⁴⁴ Em um julgamento, a não aplicação da atenuante fundamentou-se na Súmula 231 do STJ.⁴⁵ Por fim, em 2 julgados houve a aplicação do caput do artigo 56 e, portanto, a atenuação da pena aos indígenas réus.⁴⁶ Num destes, o processo n. 0143648-04.2018.8.21.7000, ao apreciar a incidência da atenuante, afirmou o relator que:

[...] Também não é caso de afastamento da atenuante prevista no artigo 56, caput, da Lei nº 6.001/1973, sob a alegação de que os réus, índios, estavam integrados à sociedade urbana.

Isso porque o dispositivo em questão estabelece que “No caso de condenação de índio por infração penal, a pena deverá ser atenuada e na sua aplicação o Juiz atenderá também ao grau de integração do silvícola.”, ou seja, quando se tratar de réu índio, sempre incidirá a atenuante em questão, e o grau de integração do silvícola servirá tão somente para determinar a forma de aplicação da pena, e o quantum de redução a ser aplicado. [...]⁴⁷

Portanto, dos 28 julgados encontrados nos três tribunais estaduais da região Sul selecionados, apenas 2 aplicaram a atenuante do Estatuto do Índio. A grande maioria daqueles que negaram sua incidência, totalizando 22 julgados, fixaram-se em argumentos

⁴⁴ São os seguintes julgados: 1) Apelação criminal n. 0395786-95.2017.8.21.7000, relator Ivan Leomar Bruxel, julgamento em 19/04/2018; 2) Apelação criminal n. 0352927-64.2017.8.21.7000, relatora Naele Ochoa Piazzeta, julgamento em 13/12/2017; 3) Apelação criminal n. 0366311-31.2016.8.21.7000, relatora Genacéia da Silva Alberton, julgamento em 21/02/2017; 4) Apelação criminal n. 0346433-23.2016.8.21.7000, relator Diógenes V. Hassan Ribeiro, julgamento em 15/02/2-17; 5) Apelação criminal n. 70050610484, relatora Laura Louzada Jaccottet, julgamento em 29/11/2012; 6) Apelação criminal n. 0395786-95.2017.8.21.7000, relator Ivan Leomar Bruxel, julgamento em 19/04/2018.

⁴⁵ É a apelação criminal n. 700043284405, relator João Batista M. Tovo, julgamento em 24/11/2011.

⁴⁶ São os seguintes acórdãos: 1) Apelação criminal n. 0143648-04.2018.8.21.7000, relator Victor Luiz Barcellos Lima, julgamento em 25/10/2018; 2) Apelação criminal n. 0119929-95.2015.8.21.7000, relatora Bernadete Coutinho Friedrich, julgamento em 10/12/2015.

⁴⁷ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Apelação Criminal n. 0143648-04.2018.8.21.7000*. Relator: Victor Luiz Barcellos Lima. Julgamento 25 out. 2018. Disponível em: https://www.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal%20de%20Justi%C3%A7a%20do%20RS&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mas_k=&num_processo=70077784361&codEmenta=7706337&temIntTeor=true. Acesso em 16 maio 2021.

vinculados a integração dos indígenas à sociedade envolvente. Para além destes, 4 negaram a atenuante por outros motivos, como já exposto.

De todos os julgados inicialmente encontrados, foram considerados apenas aqueles que mencionaram a aplicação do caput do artigo 56 do Estatuto do Índio. Todavia, relevante mencionar que na maioria dos julgados a discussão dizia respeito à aplicação do parágrafo único do artigo 56 do Estatuto do Índio, que prevê regime especial para cumprimento de pena aos indígenas condenados por infração penal. Nestes julgados, o debate acerca da aculturação e da integração dos indígenas também se faz presente. Todavia, não foram considerados pois extrapolavam as delimitações inicialmente estabelecidas para esta pesquisa.

Por derradeiro, cumpre mencionar também que não foram encontrados processos nos quais se discutia a aplicabilidade ou não do art. 56, caput, do Estatuto do Índio posteriores à publicação da Resolução n. 287, de 25 de junho 2019. Dessa forma, não foi possível verificar se na aplicação deste comando normativo os tribunais estaduais que integram a Região Sul têm seguido as orientações do CNJ expostas no referido ato normativo.

Considerações Finais

No que se refere à competência da justiça estadual quanto a demandas envolvendo indígenas, os processos encontrados nos tribunais de justiça estaduais referem-se a casos de indígenas que cometeram algum ilícito penal. Tendo em vista o disposto no artigo 56 do Estatuto do Índio, o simples fato de ser indígena impõe a aplicação da atenuante no cálculo da pena. Ocorre que nessa interpretação, a grande maioria dos julgados encontrados inicialmente reconhece a identidade indígena do réu, mas a desconsidera na aplicação da atenuante, sob o argumento de que aquele indígena já está aculturado e, portanto, não faz mais jus a tal benefício.

Nesses casos, percebeu-se que os tribunais, em sua maioria, parecem estar ainda vinculados e utilizando aquela percepção culturalista da identidade étnica, segundo a qual, a partir do contato com os não-índios, o indígena perderia sua identidade étnica e deixaria de ser índio para se tornar brasileiro. Essa interpretação não encontra abrigo na Convenção 169 da OIT e nem no reconhecimento do direito à diferença, estabelecido pela CF/88, artigo 231. Tanto é assim que muitos desses julgados referem o artigo 4º do Estatuto do Índio e não fazem qualquer consideração acerca do texto constitucional ou mesmo da Convenção 169 da OIT sobre o assunto.

No universo ao qual esta pesquisa se propôs adentrar, conclui-se que predomina, ainda, uma compreensão assimilacionista e de integração dos indígenas nas decisões colhidas nos Tribunais Estaduais da Região Sul do Brasil. Ao que tudo indica, para seus magistrados, os povos indígenas resumem-se ao mencionado “índio genérico e abstrato” implicando em um verdadeiro desvirtuamento não só da aplicação do artigo 56, caput, do Estatuto do Índio, mas da própria CF/88, artigo 231.⁴⁸

⁴⁸ CARDOSO DE OLIVEIRA, R., 2006.

O estudo, ademais, indica que não há uma divergência de pensamento ao abordar a temática da identidade étnica dos indígenas no universo escolhido. O argumento em grande parte é igual, dispondo do mesmo fundamento para construir sua argumentação, isto é, discute os “graus de integração do indígena”. A posição majoritária é no sentido de que simples fatores como possuir documentos, conduzir veículo automotor, possuir bens, saber ler e escrever e exercer profissão são indícios suficientes para que sejam considerados indígenas aculturados. Como consequência, a eles não se aplica a atenuante prevista no caput do artigo 56 do Estatuto do Índio.

Verificou-se também que é necessário um maior esforço no sentido de buscar desvelar a maneira de compreender o indígena. Observou-se que os indígenas são taxados, rotulados, nomeados de acordo com o art. 4º do Estatuto do Índio. Nessa linha, chamou atenção o fato de que os magistrados sequer mencionaram a CF/88 ou a Convenção 169 da OIT, mesmo naqueles casos em se decidiu pela aplicabilidade da atenuante.

A tendência anteriormente verificada em decisões dos tribunais estaduais que integram a Região Norte também se repete aqui, em relação aos tribunais estaduais que integram a Região Sul do país: em sua ampla maioria, as decisões verificadas não acompanharam a inovação imposta pela CF/88 no reconhecimento de direitos aos indígenas e nem as disposições da Convenção 169 da OIT. Seguem classificando os indígenas conforme graus de integração e, a partir daí, negam a aplicação do caput do artigo 56 do Estatuto do Índios aos indígenas que respondem processos criminais. Assim, em tais decisões, os tribunais estudados caminham em sentido contrário às garantias constitucionais dos povos indígenas, o que representa verdadeira afronta à legislação nacional e, sobretudo, à própria existência dos indígenas.

REFERÊNCIAS

BARDIN, L. *Análise de conteúdo*. Lisboa: Edições 70, 1977.

BARTH, F. *Ethnic groups and boundaries: the social organization of culture difference*. Long Grove: Waveland Press, 1969.

BARTH, F. Grupos étnicos e suas fronteiras. In: POUTIGNAT, P.; STREIFFFENART, J. *Teorias da etnicidade*. São Paulo: Fundação Editora da UNESP, 1998, p. 185-227.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em 14 nov. 2020.

BRASIL. *Lei n. 6.001, de 19 de dezembro de 1973*. Dispõe sobre o Estatuto do Índio. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6001.htm. Acesso em 14 nov. 2020.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Resolução nº 287, de 25 de junho de 2019*. JusBrasil, Brasília, DF, 2 jul. 2019. p. 2-3. Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/files/resolucao_287_25062019_08072019182402.pdf. Acesso em 30 nov. 2020.

BRASIL. *Decreto nº 10.088, de 5 de novembro de 2019*. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 4 dez. 2019. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/decreto-n10.088-de-5-de-novembro-de-2019-231356812>. Acesso em 30 nov. 2020.

CALEFFI, P. O que é ser índio hoje? A questão indígena na América Latina/Brasil no início do século XXI. *Diálogos Latinoamericanos*, n. 7, p. 20-42, 2003.

CARDOSO DE OLIVEIRA, R. *Caminhos da identidade: ensaios sobre etnicidade e multiculturalismo*. São Paulo: Editora Unesp; Brasília: Paralelo 15, 2006.

CUNHA, M. C. *Os direitos do índio: ensaios e documentos*. São Paulo: Brasiliense, 1987.

LAPIERRE, J. W. Prefácio. In: POUTIGNAT, P.; STREIFF-FENART, J. *Teorias da etnicidade*. Seguindo de grupos étnicos e suas fronteiras de Fredrik Barth. São Paulo: Fundação Editora da UNESP, 1998, p. 9-14.

LIMA, R. K. de; BAPTISTA, B. G. L. Como a antropologia pode contribuir para a pesquisa jurídica? Um desafio metodológico. *Anuário Antropológico*, Brasília, v. 39, n. 1, p. 9-37, 2014. Disponível em: <https://periodicos.unb.br/index.php/anuarioantropologico/article/view/6840>. Acesso em 11 nov. 2021.

LUCIANO, G. S. *O índio brasileiro: o que você precisa saber sobre os povos indígenas no Brasil de hoje*. Brasília: MEC/SECAD; LACED/Museu Nacional, 2006. Disponível em: http://www.dominiopublico.gov.br/pesquisa/DetalheObraForm.do?select_action=&co_obra=88685. Acesso em 11 nov. 2021.

MEDEIROS; F. L.F. de; PETTERLE, S. R. *Observatórios de Jurisprudência: um modo de (re)pensar o direito do século XXI*. In: Encontro de Internacionalização do CONPEDI, I, 2015, Barcelona. Anais... Barcelona: Ediciones Laborum, 2015. Disponível em: <https://www.conpedi.org.br/wp-content/uploads/2016/01/NOVO-Miolo-CONPEDI-vol.-5-em-moldes-gr%C3%A1ficos-1.pdf>. Acesso em 11 nov. 2021.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Convenção n. 169 sobre povos indígenas e tribais e resolução referente à ação da OIT*. Brasília: OIT, 2011. Disponível em: <https://www.oas.org/dil/port/1989%20Conven%C3%A7%C3%A3o%20sobre%20Povos%20Ind%C3%ADgenas%20e%20Tribais%20Conven%C3%A7%C3%A3o%20OIT%20n%20%C2%BA%20169.pdf>. Acesso em 11 nov. 2021.

OLIVEIRA, J. P. A problemática dos “índios misturados” e os limites dos estudos americanistas: um encontro entre antropologia e história. In: SCOTT, Parry; ZARUR, George (Org.). *Identidade, fragmentação e diversidade na América Latina*. Recife: Editora Universitária da UFPE, 2003.

PARANÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. *Apelação Criminal n. 139345-8*. Relator: Macedo Pacheco. DJ: 10/12/2015. Disponível em: <https://tj-pr.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/299162044/apelacao-apl-13934568-pr-13934568-acordao/inteiro-teor-299162058>. Acesso em 30 nov. 2020.

POUTIGNAT, P.; STREIFF-FENART, J. *Teorias da etnicidade*. Seguindo de grupos étnicos e suas fronteiras de Fredrik Barth. São Paulo: Fundação Editora da UNESP, 1998.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Apelação Criminal n. 70071362396*. Relator: Diógenes Vicente Hassan Ribeiro. DJ: 15/02/2017. Disponível em: <https://www.tjrs.jus.br/buscas/jurisprudencia/exibe.html.php>. Acesso em 30 nov. 2020

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Apelação Criminal n. 0143648-04.2018.8.21.7000*. Relator: Victor Luiz Barcellos Lima. Julgamento 25 out. 2018. Disponível em: https://www.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal%20de%20Justi%C3%A7a%20do%20RS&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=&num_processo=70077784361&codEmenta=7706337&temIntTeor=true. Acesso em 16 maio 2021.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. *Apelação Criminal n. 001057303.2016.8.24.0064*. Relator: Luiz Antônio Zanini Fornerolli. DJ: 28/03/2019. JusBrasil, 2019. Disponível em: <https://tjsc.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/941312861/apelacaocriminalapr105730320168240064-sao-jose-0010573-0320168240064>. Acesso em 30 nov. 2020.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. *Apelação Criminal n. 2013.084105-9*. Relator: Sergio Rizelo. Disponível em: http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only_ementa=&frase=&id=AAAbmQAACAA Nrr3AAZ&categoria=acordao. Acesso em 12 maio 2021.

SILVA, I. B. P. *Vilas de índios no Ceará Grande: dinâmicas locais sob o Diretório Pombalino*. Campinas: Pontes Editores, 2005.

SOUZA FILHO, C. F. M. *O renascer dos povos indígenas para o Direito*. Curitiba: Juruá, 1998.

VEÇOSO, F. F. C. et al. A pesquisa em direito e as bases eletrônicas de julgados dos tribunais: matrizes de análise e aplicação no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça. *Revista de Estudos Empíricos em Direito*, v. 1, n. 1, p. 105-139, jan. 2014.

WAGNER, D. F. Identidade étnica, índios e direito penal no Brasil: paradoxos insustentáveis. *Revista Direito GV*, [S.l.], v. 14, n. 1, p. 123-147, mai. 2018. ISSN 2317- 6172. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/74844>. Acesso em 15 nov. 2020.

WAGNER, D. F. *Identidades étnicas em juízo: o caso Raposa Serra do Sol*. Belo Horizonte: Initia Via, 2019.

WAGNER, D. A Convenção 169 da OIT e o controle de convencionalidade nos tribunais da região Norte do Brasil. *Revista de Direitos Humanos em Perspectiva*, v. 6, n. 1, p. 18-37, 2020. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/direitoshumanos/article/view/6438>. Acesso em 11 nov. 2021.

WAGNER, D. F.; CARMO, J. A.; JENNINGS, M. G. C. Identidades étnicas em juízo: a identidade étnica indígena na visão dos tribunais estaduais da região norte. In: SOUZA FILHO, C. F. M. et al. *Indígenas, Quilombolas e outros povos tradicionais* v. 2. Curitiba: CEPEDIS, 2019, p. 169-192.

WEBER, M. *Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva*. 3. Ed. Tradução de Regis Barbosa e Karem Elsabe Barbosa. Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 1994.

Data de Recebimento: 12.11.2021.

Data de Aprovação: 27.04.2022.

A PROPORCIONALIDADE NO ÂMBITO DAS NORMAS PENAIS: RECONHECENDO A DUPLA FACE DE PROIBIÇÃO DO EXCESSO E DA PROTEÇÃO DEFICIENTE

PROPORTIONALITY WITHIN CRIMINAL LAW: RECOGNIZING THE DOUBLE FACE OF PROHIBITION OF EXCESS AND INSUFFICIENT PROTECTION

Carolina Carraro Gouvea*

RESUMO

A proporcionalidade no direito brasileiro possui uma ampla variação de aplicação. A falta de critérios e a simplificação de seu uso acaba por descontextualizar o sentido original, encobrendo toda técnica e tradição baseadas em critérios objetivos e de contenção do poder estatal na restrição de direitos. Considerando esse cenário, o presente trabalho aborda a proporcionalidade no âmbito das normas penais, a qual manifesta-se de dois modos: como proibição de excesso (*Ubermassverbot*) e proibição de proteção deficiente (*Untermassverbot*). Por meio de revisão bibliográfica, a abordagem destaca essas duas faces como critérios para aferir e fundamentar a violação dos bens jurídicos protegidos constitucionalmente por meio da atuação do legislador penal, que está vinculado aos direitos fundamentais. Assim, se busca uma leitura coerente da proporcionalidade, com parâmetros concretos, possibilitando identificar as falhas no exercício do poder estatal, seja por proibição de proteção insuficiente, seja por proibição do excesso.

Palavras-chave: Proporcionalidade; *Ubermassverbot*; *Untermassverbot*; Equanimidade

ABSTRACT

Proportionality has a wide variation in its application in Brazilian law. The lack of criteria and the simplification of its use decontextualize its original meaning, concealing all the technique and tradition based on objective measures and criteria to limit the state power to restrict rights. Taking this context into account, this study examines proportionality within criminal law. The principle presents itself in two ways: the prohibition of excess (*Ubermassverbot*) and the prohibition of insufficient protection (*Untermassverbot*). By means of literature review, this analysis features these two aspects as criteria to gauge and support the violation of constitutionally protected legal goods through the penal legislator's performance, which is attached to the fundamental rights. Hence, this paper seeks to achieve a coherent reading of proportionality using concrete parameters, enabling the identification of flaws in the exercise of the state power by means of prohibition of insufficient protection or prohibition of excess.

Key-words: Proportionality. *Ubermassverbot*. *Untermassverbot*. Equanimity.

* Doutora e Mestra em Direito Público e Evolução Social (UNESA/RJ). Pós-Graduada em Ciências Criminais (CERS). Graduada em Direito (FIVJ) e Letras (UFJF). Professora. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2770342769917783>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-5940-0074>. E-mail: carolinacarrarog@gmail.com.

INTRODUÇÃO

A proporcionalidade no direito brasileiro possui uma ampla variação de aplicação, não possuindo um sentido unívoco, sendo utilizada em contextos totalmente diferentes. Assim, o significado do termo fica comprometido devido à falta de objetividade e clareza, se tornando uma ferramenta que serve para justificar qualquer decisão tomada.

Essa falta de critérios e a simplificação na aplicação da proporcionalidade acaba por descontextualizar o seu sentido original, encobrendo toda técnica e tradição baseadas em critérios objetivos e de contenção do poder na restrição de direitos.

O presente trabalho aborda a proporcionalidade como um instrumento a ser observado e capaz de corrigir incongruências legislativas, evitando arbitrariedades e discricionariedades do legislador. A proporcionalidade será abordada como equanimidade.

Devido à amplitude do tema e a impossibilidade de esgotá-lo, o recorte foi realizado no estudo da proporcionalidade e suas duas faces especificamente no âmbito das normas penais, representada pelos ensinamentos de autores como Lenio Streck e Luciano Feldens.

Assim, considera-se que a proporcionalidade se manifesta de duas maneiras: como proibição de excesso (*Übermassverbot*) e proibição de proteção deficiente (*Untermassverbot*). A desproporcionalidade por infringir alguma das faces será porque ocorreu a violação de algum bem jurídico previsto constitucionalmente.

Com a mudança de paradigma para o Estado Democrático de Direito, a Constituição passou a elaborar as diretrizes e mandamentos para a atuação do legislador na proteção dos bens jurídicos, individuais e coletivos, por meio do direito penal.

Os direitos fundamentais passam a proteger os cidadãos frente aos possíveis abusos que possam ser praticados pela intervenção do Estado, mas também, por meio do Estado buscam a proteção em caso de violação por terceiros.

Por meio de revisão bibliográfica, a presente abordagem pretende contribuir para a elaboração de um ordenamento penal coerente, em conformidade com os ditames estabelecidos na Constituição Federal, utilizando a proporcionalidade como instrumento para conter o subjetivismo do legislador e que funcione como embasamento para a inconstitucionalidade das normas, precisamente as penais, tendo em vista a necessidade de estabelecer critérios e parâmetros na sua utilização, caso contrário, a proporcionalidade será utilizada para ampliar a discricionariedade e arbitrariedade.

Para isso, o trabalho foi demarcado em três momentos.

No primeiro serão analisados alguns aspectos e reflexões históricas para contextualizar a proporcionalidade, retomando seu sentido original no Código Geral Prussiano, como contenção, e passando pelo modo como Robert Alexy a desenvolve. Em contraponto, realça-se a abordagem hermenêutica da proporcionalidade, contexto em que o trabalho se insere.

No segundo momento se busca demonstrar a inequívoca interação entre o direito penal e a Constituição, verificando uma alta demanda de dispositivos constitucionais que requerem proteção, seja de possíveis violações pelo Estado, seja a proteção por meio do

Estado. Daí a proporcionalidade ser entendida em duas faces: como proibição de excesso (Übermassverbot) e proibição de proteção deficiente (Untermassverbot).

Por fim, a pesquisa explora situações em que o legislador penal violou preceitos constitucionais incorrendo em desproporcionalidade, em suas duas faces, ocasionando o que Feldens chama de “incoerência endonormativa” do sistema jurídico penal, demonstrando a falta de equanimidade que acompanha o ordenamento penal.

Uma visão panorâmica da proporcionalidade

A proporcionalidade é adotada e desenvolvida de muitas maneiras pela doutrina e jurisprudência brasileiras. A variação de definições, bem como de modelos de aplicação utilizando o termo podem ser facilmente encontrados e não seguem o mesmo padrão, dando margem para discricionariedades e arbitrariedades.

A presente abordagem não pretende esgotar seu estudo, devido à limitação de espaço, porém cumpre analisar nesse tópico alguns aspectos e influências históricas da proporcionalidade com a finalidade de desenvolver uma melhor compreensão acerca da complexidade do tema.

Enquanto que na Alemanha, a proporcionalidade consiste em um mecanismo redutor de subjetividades, o qual restringe o poder subjetivo do Tribunal, no Brasil acaba por se tornar o fomentador de subjetividade, por isso é necessário problematizar esse importante mecanismo e estabelecer parâmetros concretos de aplicação.

Em 1792 o Código Geral Prussiano trazia alguns princípios que deveriam ser aplicados e, por força do artigo 10, na décima parte, a autoridade policial poderia elaborar medidas necessárias à preservação da segurança e ordem públicas, além do artigo 79 prevendo que leis ou atos estatais poderiam limitar a liberdade dos cidadãos na medida do interesse comum¹.

Como expõe Laurentiis², nas sequências de decisões expedidas pelo Superior Tribunal Administrativo prussiano esses dispositivos começaram a ter concreção e gerou grande reflexo na literatura jurídica, surgindo a proporcionalidade com feição unidimensional:

[...] Sua finalidade era controlar excessos de poder e arbitrariedades e sua feição era similar às figuras do excesso e desvio de poder administrativo. Ela continha dois elementos, ou subtestes. Existindo a comprovação da relação entre meio e fim, ou seja, comprovada a adequação da medida restritiva, a única variável a ser analisada era seu grau. Se considerada essas duas variáveis, a medida aplicada pudesse ser substituída por outra menos gravosa ao direito individual, a intervenção estatal seria considerada desproporcional. Caso contrário, o meio implementado seria preservado. Adequação e necessidade eram, portanto,

¹ Para maiores detalhes acerca do desenvolvimento da proporcionalidade no direito constitucional: LAURENTIIS, Lucas Catib de. A proporcionalidade no direito constitucional: origem, modelos e reconstrução dogmática. *Tese de doutorado*. Universidade de São Paulo: Faculdade de Direito, 2015. 250 p.

² LAURENTIIS, Lucas Catib de, op.cit., p.48.

critérios voltados a limitar a discricionariedade do uso da força pela administração. Não continham ponderação, nem se valiam dela.

Assim, a proporcionalidade tinha como critérios a adequação e a necessidade para limitar a discricionariedade e arbitrariedade, não se utilizando a ponderação. Ela foi amplamente recepcionada pelo direito constitucional, logo começou a transitar e ser aplicada pelos tribunais constitucionais.

O desenvolvimento da jurisprudência do Tribunal constitucional alemão fez com que Robert Alexy elaborasse suas complexas teorias, sendo necessário, portanto, analisar a distinção estrutural entre regras e princípios que incide todo o estudo teórico do autor.

Para ele³, as regras valem e incidem sob um determinado fato, realizando exatamente o que elas exigem (subsunção); os princípios são tidos como mandamentos de otimização, satisfeitos em graus variados e, em caso de colisão entre eles, um deles deverá ceder em relação ao outro, utilizando a ponderação.

Para Alexy⁴, o caráter principiológico das normas de direito fundamental implica a necessidade de sopesamento, que ocorrerá por meio da máxima da proporcionalidade subdividida em adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. As duas primeiras relacionadas em esclarecer as possibilidades fáticas, já a última é responsável pela solução das possibilidades jurídicas do conflito⁵.

Contudo, na teoria de Alexy existe margem para a discricionariedade estrutural, permitindo ao legislador ou tribunal agir ou não agir⁶.

Em contraponto, a Crítica Hermenêutica do Direito se apresenta de maneira mais adequada, considerando que reduz o espaço de discricionariedade do legislador e do intérprete da lei:

A diferença entre a hermenêutica e a teoria da argumentação é que enquanto esta última compreende os princípios (apenas) como mandados de otimização, portanto, entendendo-os como abertura interpretativa, o que chama à colação, necessariamente, a subjetividade do intérprete (filosofia da consciência), a hermenêutica – aqui sob a ótica da Crítica Hermenêutica do Direito – parte da tese de que os princípios introduzem o mundo prático no Direito, “fechando” a interpretação, ou seja, diminuindo, ao invés de aumentar, o espaço da discricionariedade do intérprete⁷.

As regras e os princípios são normas que formam o Direito. Os princípios estão contidos nas regras, realçando o mundo prático escondido no enunciado imposto pela regra, na “medida em que o mundo prático não pode ser dito no todo – porque sempre

³ ALEXY, 2008 apud BARBA, Rafael Giorgio Dalla. *Nas Fronteiras da Argumentação: a discricionariedade judicial na Teoria Discursiva de Robert Alexy*. 2 ed. ver. e atual. Salvador: Juspodivm, 2018, p.70.

⁴ ALEXY, 2008 apud BARBA, Rafael Giorgio Dalla. *Nas Fronteiras da Argumentação: a discricionariedade judicial na Teoria Discursiva de Robert Alexy*. 2 ed. ver. e atual. Salvador: Juspodivm, 2018, p.71.

⁵ STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário da Hermenêutica: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do Direito*. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2017, verbete Ponderação.

⁶ BARBA, Rafael Giorgio Dalla, op.cit., p.99-101.

⁷ STRECK, Lenio Luiz, op.cit..

sobra algo – o princípio traz à tona o sentido que resulta desse ponto de encontro entre texto e realidade, em que um não subsiste sem o outro”⁸ (grifo do autor).

Como explica Dalla Barba⁹, “na medida em que uma regra jurídica não consegue abarcar por si só todas as diversas possibilidades que faticamente acontecem sob o manto de seu campo semântico [...]”, os princípios atuam de maneira “a dar espaço aos acontecimentos reais que não podem ser transportados de antemão a uma previsão legal”. Desse modo, a interpretação dependerá do contexto fático e temporal e nunca será produzida a partir de conceitos gerais.

Ressalta-se a importância de resgatar a feição original da proporcionalidade, que trabalhava com parâmetros concretos e que oferecia maior controle na restrição de direitos: era abordada como um teste que relacionava atos reais e fatos que deles decorriam; sua atuação era voltada à comparação desses fatos com outros, também verificados na prática, com diferentes consequências, talvez menos gravosas ao titular de direitos fundamentais¹⁰.

Como ensina Streck¹¹, a proporcionalidade não pode ser considerada isoladamente, devendo estar presente em toda a *applicatio*, obedecendo uma equanimidade como, por exemplo, uma justa proporção entre as penas do direito penal. Para o autor, desproporcionalidades irão ocorrer pela violação da isonomia ou da igualdade, isso porque a proporcionalidade está relacionada à igualdade na proteção de direitos e a concretização da igualdade é a ideia nuclear da coerência e integridade¹² do Direito.

Sustentando o fundamento hermenêutico da proporcionalidade, Morais¹³ destaca que esse elemento é primordial à decisão judicial e ao combate à discricionariedade. Ele destaca que a proporcionalidade pode ser qualificada como um elemento metódico de índole constitucional que objetiva solucionar as questões relacionadas à restrição, violação e concretização dos direitos fundamentais:

[...] quando se compreende o princípio da proporcionalidade como uma necessidade de por em diálogo a interpretação, como *applicatio*, do problema jurídico diante de uma leitura coerente com a integridade do sistema jurídico, seria possível identificar as falhas no exercício do poder, sejam elas por excesso ou deficiência. Essa claridade na reflexão provocada pelo critério duplo da proporcionalidade coloca o intérprete diante de uma responsabilidade junto ao sistema jurídico, devendo apontar argumentativamente que a sua compreensão

⁸ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 11 ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014, p.116-117.

⁹ BARBA, Rafael Giorgio Dalla, op.cit., p.125.

¹⁰ LAURENTIIS, Lucas Catib de, op.cit., p.80. Importante destacar que o autor não recorre à figura da proteção deficiente, afirmando que existem algumas inconsistências no seu uso. Consultar páginas 76 até 81.

¹¹ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p.536.

¹² STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário da Hermenêutica: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do Direito*. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2017, verbete Coerência e Integridade.

¹³ MORAIS, Fausto Santos de. Descobrimo o pressuposto hermenêutico do princípio da proporcionalidade. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)*. 6(1), jan-jun. 2014, p.54 à 59.

evidenciou falhas quanto ao dever de proteção do Estado. Pode-se dizer que essa postura proporciona um salto democrático qualitativo ao fazer com que o intérprete apresente a falha do ato impugnado diante de uma obrigação do Estado consagrada no sistema jurídico. Nessa postura, a utilização decisionista do princípio da proporcionalidade é substituída por uma publicidade e transparência democrática decorrente da necessidade de demonstração intersubjetiva da violação do dever de proteção¹⁴.

Para Streck¹⁵, é “irrelevante epitetar a exigência de proporcionalidade como princípio ou não”, sendo a proporcionalidade o nome a ser dado à necessidade de coerência e integridade de qualquer decisão:

[...] Por exemplo quando se está dizendo que determinada lei é inconstitucional porque fere o princípio da proporcionalidade, em realidade, antes disso, a referida lei é inconstitucional porque, por certo, violou determinado preceito constitucional (com perfil de princípio ou não)¹⁶.

Assim, é por meio da adequação constitucional que se enfrenta a discricionariedade e as arbitrariedades que possam ocorrer a partir do uso da proporcionalidade.

O Estado possui o dever de proteção, portanto, deve-se observar as possíveis violações desse dever, seja por excesso ou por insuficiência.

A proporcionalidade, portanto, se manifestará em duas faces: quando a lei é inconstitucional por excesso, porque o Estado ultrapassou os limites (proibição de excesso – *Übermassverbot*); ou quando a lei é inconstitucional porque o Estado agiu de maneira insuficiente (proibição de proteção deficiente – *Untermassverbot*).

Deve-se considerar essas duas manifestações da proporcionalidade e os limites e possibilidades da atuação estatal, mais especificamente na elaboração de uma legislação penal coerente.

Na relação que envolve direito penal e direitos fundamentais, a proporcionalidade deve ser tida como uma ferramenta hermenêutica, tendente a reduzir a arbitrariedade com o menor grau de subjetivismo¹⁷, principalmente porque esse ramo lida com a liberdade dos cidadãos.

¹⁴ MORAIS, Fausto Santos de. A proporcionalidade como princípio epocal do Direito: O (des)velamento da discricionariedade judicial a partir da perspectiva da nova crítica do Direito. *Dissertação de Mestrado*. Universidade do Vale do Rio dos Sinos: São Leopoldo, 2010, 220p., p.159.

¹⁵ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p.536

¹⁶ STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário da Hermenêutica: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do Direito*. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2017, verbete Ponderação.

¹⁷ FELDENS, Luciano. *Direitos Fundamentais e Direito Penal: a Constituição Penal*. 2 ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p.13.

A dimensão constitucional fundante do Direito Penal

As demandas da sociedade variam de acordo com as necessidades e desenvolvimento em cada época.

No final do século XVIII e durante o século XIX, no Estado Liberal de Direito, a classe burguesa verificava nos poderes públicos as maiores ameaças a seus direitos fundamentais, uma vez que ela não se preocupava com os particulares lesando seus direitos, afinal, os burgueses eram os sujeitos privados mais poderosos naquele tempo¹⁸.

Influências históricas se manifestam até os dias atuais (em certa medida), refletindo a ideia dos liberais-individualistas em que o Estado é o opressor e, com isso, deve valer-se do direito penal para proteger o indivíduo e resguardar os direitos fundamentais.

Com a passagem para o século XX, no Estado Democrático de Direito superou-se a contraposição sociedade-Estado e o legislador não possui mais a liberdade para legislar como havia no paradigma liberal-individualista¹⁹.

De acordo com Maria Luiza Schafer Streck²⁰:

[...] Trata-se de uma questão que envolve um novo olhar sobre o direito. Trata-se de rupturas paradigmáticas. Afinal, ao legado do liberalismo (proteção do indivíduo contra o estado) agora se agregam as demandas de um constitucionalismo que passa a se importar com a sociedade. Assim, se no liberalismo o patamar é o indivíduo e no estado social é o grupo, no Estado Democrático de Direito é o conjunto dos cidadãos envolvidos na transformação social, que implica até mesmo, no limite, considerar inconstitucional determinadas omissões do legislador.

Cada vez mais exige-se a intervenção estatal na proteção dos direitos individuais dos cidadãos, mas não apenas isso, sendo exigida também a “presença efetiva dos poderes públicos para limitar atuações individuais que afetam, impedem e danificam direitos e interesses de grupos ou comunidades”²¹.

De acordo com Streck e Copetti²², a norma constitucional possui a função de unificação do ordenamento em torno de determinados valores, porém, ocorre um impasse nessa unidade e integração a ser cumprida pela Constituição. Para os autores, quando se adentra no campo de produção de normas infraconstitucionais penais existe uma dificuldade na coexistência de princípios e valores tradicionalmente imputados ao direito

¹⁸ FELDENS, Luciano, op.cit., p.43.

¹⁹ STRECK, Lenio Luiz. A dupla face do princípio da proporcionalidade: da proibição de excesso (*übermassverbot*) à proibição de proteção deficiente (*untermassverbot*) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. *Revista da Ajuris*, v.32, n. 97, março 2005, pp.172-201, p.177.

²⁰ STRECK, Maria Luiza Schafer. O direito penal e o princípio da proibição de proteção deficiente: a face oculta da proteção dos direitos fundamentais. *Dissertação de Mestrado*. Universidade do Vale do Rio dos Sinos: São Leopoldo, 2008. 161p, p.63.

²¹ STRECK, Lenio Luiz; COPETTI, André. O direito penal e os influxos legislativos pós-Constituição de 1988: um modelo normativo e eclético consolidado ou em fase de transição? *Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS*. São Leopoldo, Editora Unisinos, 2003, p.7.

²² STRECK, Lenio Luiz; COPETTI, André, op.cit., p.9 e ss.

penal pelas vertentes liberais-iluministas, de caráter individualista, além de uma gama de princípios e valores que sustentam a legitimidade de novas matrizes normativas dirigidas à proteção de bens não individuais.

A Constituição Federal de 1988 possui um extenso catálogo de dispositivos que exigem a atuação do Estado, seja na proteção de bens individuais ou não individuais. Nas palavras de Luisi²³:

[...] as Constituições contemporâneas tem, ao lado dos princípios até agora analisados, uma série de preceitos destinados a alargar a incidência do direito criminal no sentido de fazê-lo um instrumento de proteção de direitos coletivos, cuja tutela se impõe para que haja uma justiça mais autêntica, ou seja, para que se atendam as exigências de Justiça material. [...].
Esse tipo de normas constitucionais tem sido chamadas de “cláusulas de criminalização”, sendo algumas expressas e inequívocas, e outras facilmente deduzíveis do contexto das normativas constitucionais.

O amplo rol de bens enquadra indicações constitucionais criminalizadoras e ampliadoras da intervenção estatal. Disso resulta, como explica Streck²⁴, na transferência do “princípio da intervenção estatal penal de uma posição minimalista para uma situação de adequação de sua magnitude numa relação direta com a gama de bens constitucionalizados merecedores de tutela jurídica”.

Para Feldens²⁵, existem três níveis de interação entre a Constituição e o direito penal: o primeiro consiste no limite material do direito penal, relacionando-se com a elaboração de tipos penais e limitando o legislador na criminalização de determinadas condutas; o segundo nível consiste na fonte valorativa do direito penal, tendo a Constituição função orientadora na escolha dos bens suscetíveis de proteção; por fim, o terceiro nível consiste no fundamento normativo do direito penal, apontando as zonas obrigatórias de intervenção penal.

O reconhecimento de uma dimensão constitucional fundante do Direito Penal, para Cunha²⁶, decorre dos conceitos de dignidade penal, legislador penal e bem jurídicos-penais. Existem, de fato, princípios constitucionais que conferem dignidade penal; o legislador penal deve estar em conformidade com a Constituição; e os bem jurídicos-penais consistem naqueles que “os penalistas retiram como pedra de toque do conjunto da ordem constitucional vigente, já que, não podendo pautar-se, numa sociedade pluralista e a rondar o anômico, por autônomos valores de pura axiologia, têm de arrimar-se ao apoio constitucional”:

²³ LUISI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. Porto Alegre: Santo Antonio Fabris Editor, 1991, p.41.

²⁴ STRECK, Lenio Luiz. A dupla face do princípio da proporcionalidade e o cabimento do mandado de segurança em matéria criminal: superando o ideário liberal-individualista-clássico. *Revista do Ministério Público*, n. 53. Porto Alegre, 2004, p.233.

²⁵ FELDENS, Luciano, op.cit., p.70. O autor demonstra a divisão estabelecida pelo Tribunal Constitucional da Alemanha.

²⁶ CUNHA, Paulo Ferreira da. *A Constituição do Crime: da substancial constitucionalidade do Direito Penal*. Coleção *Argumentum* 10. Coimbra: Coimbra Editora, 1998, p.89.

Se recordarmos a especial força, solenidade e rigidez constitucionais, passaremos a aderir certamente à ideia segundo a qual o Direito Penal acaba por ser tão absolutamente fundamental que de algum modo se eleva ao todo da pirâmide normativa, qual braço armado da Constituição. Não armado para a servir a ela, mas para, imbuído dos seus princípios, servir a sociedade. Ou seja: não é direito de duplicação, mas direito que fundamentalmente estrutura a ordem jurídica e lhe dá uma especial feição. Isto é: não se trata apenas do conhecido fenómeno de constitucionalização do Direito Penal, mas do reconhecimento do mesmo como matéria que, não sendo de Direito Constitucional *proprio sensu*, é juridicamente *constitucional*, ou fundante²⁷.

Feldens²⁸ destaca que com a evolução da dogmática constitucional foram propiciados significativos avanços e os direitos fundamentais projetados em dois sentidos: direitos de defesa e imperativos de tutela. No primeiro, indica-se que o Estado tem o dever de respeitá-los (perspectiva negativa); no segundo, o Estado tem o dever de protegê-los ativamente contra ameaças de terceiros (perspectiva positiva).

Nesse sentido, Streck²⁹ pontua que a Constituição Federal determina (explícita ou implicitamente) que os direitos fundamentais protejam o cidadão frente ao Estado; bem como através do Estado, por meio do direito punitivo que ele possui, uma vez que o cidadão também deve ter seus direitos fundamentais protegidos nos casos de violência de terceiros.

Dessa determinação, resulta as duas faces da proporcionalidade, visando reduzir as margens de discricionariedade do legislador, uma quanto à proibição do excesso (*Ubermassverbot*), outra quanto a proibição de proteção deficiente (*Untermassverbot*). Ambas serão abordadas a seguir, em tópicos apartados.

Proibição do excesso (*Ubermassverbot*)

A proporcionalidade atuando como proibição de excesso é amplamente abordada pela doutrina. No geral, indica que a atuação estatal não pode exceder os limites impostos pelos direitos fundamentais, proibindo a intervenção que seja demasiadamente além do necessário.

Como demonstrado anteriormente, inequívoca é a relação entre a Constituição e a atuação do direito penal na proteção dos bens jurídicos fundamentais. Assim, o Estado tem o dever de protegê-los, não podendo, no entanto, exceder de maneira desproporcional, como expõe Sarlet³⁰:

²⁷ CUNHA, Paulo Ferreira da, op.cit., p.89-90.

²⁸ FELDENS, Luciano, op.cit., p.13 e 42.

²⁹ STRECK, Lenio Luiz. A dupla face do princípio da proporcionalidade e o cabimento do mandado de segurança em matéria criminal: superando o ideário liberal-individualista-clássico. *Revista do Ministério Público*, n. 53. Porto Alegre, 2004, p.243.

³⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição, proporcionalidade e direitos fundamentais: o direito penal entre proibição de excesso e de insuficiência. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*. n. 10, Madrid: 2006, pp. 303-354, p.334.

[...] Com efeito, para a efetivação de seu dever de proteção, o Estado – por meio de um dos seus órgãos ou agentes – pode acabar por afetar de modo desproporcional um direito fundamental (inclusive o direito de quem esteja sendo acusado da violação de direitos fundamentais de terceiros). Esta hipótese corresponde às aplicações correntes do princípio da proporcionalidade como critério de controle de constitucionalidade das medidas restritivas de direitos fundamentais que, nesta perspectiva, atuam como direitos de defesa, no sentido de proibições de intervenção [...].

Assim, ao se deparar com algum excesso, o julgador poderá utilizar-se do importante mecanismo que democratiza a jurisdição constitucional que é o controle difuso de constitucionalidade, permitindo que juízes singulares ou tribunais deixem de aplicar leis ou dispositivos de leis inconstitucionais, a partir da análise do caso concreto³¹.

Assim, o Estado tem o dever de respeitar os direitos fundamentais, sem que exceda ou ultrapasse seus limites de atuação, se orientando pela proporcionalidade.

Contudo, como ensina Streck³², “o direito penal não pode ser tratado como se existisse apenas uma espécie de garantismo negativo, a partir da garantia de proibição de excesso”.

O direito penal também deve ser analisado a partir do garantismo positivo, ou seja, da proibição de proteção deficiente.

Proibição da proteção deficiente (*Untermassverbot*)

No que diz respeito à face da proporcionalidade relacionada à proibição de proteção deficiente (ou proibição de proteção insuficiente) se pressupõe um dever de proteção do Estado como imperativo de tutela:

[...] na função de *imperativos de tutela*, os direitos fundamentais têm sua eficácia densificada a partir da obrigação, imposta ao Estado, de adotar uma postura ativa na sua efetivação; o objetivo central da função de imperativo de tutela é o de *proteger* os bens jurídicos fundamentais diante de intervenções fáticas por parte de outros sujeitos de direito privado, assegurando, assim, sua efetiva capacidade funcional.³³

³¹ STRECK, Lenio Luiz. A dupla face do princípio da proporcionalidade: da proibição de excesso (*übermassverbot*) à proibição de proteção deficiente (*untermassverbot*) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. *Revista da Ajuris*, v.32, n. 97, março 2005, pp.172-201, p.177.

³² STRECK, Lenio Luiz. A dupla face do princípio da proporcionalidade: da proibição de excesso (*übermassverbot*) à proibição de proteção deficiente (*untermassverbot*) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. *Revista da Ajuris*, v.32, n. 97, março 2005, pp.172-201, p.177.

³³ FELDENS, Luciano, op.cit., p.48. Como nos ensina Maria Luiza Schafer Streck, em 1975, o Tribunal Constitucional alemão decidiu pela inconstitucionalidade da possibilidade de interromper a gravidez dentro dos três primeiros meses da gestação e, apesar de não falar em proibição de proteção deficiente, a decisão mostrou a “estreita relação entre proporcionalidade e obrigatoriedade de proteção dos direitos fundamentais por parte do estado, no caso, necessidade de conferir proteção penal à vida intrauterina”. STRECK, Maria Luiza Schafer. O direito penal e o princípio da proibição de proteção deficiente: a face oculta da proteção dos direitos fundamentais. *Dissertação de Mestrado*. Universidade do Vale do Rio dos Sinos: São Leopoldo, 2008. 161p, p.85.

Assim, o Estado não poderá ficar aquém dos níveis necessários à proteção dos bens jurídicos previstos constitucionalmente, nem poderá deixar de atuar sob pena de omissão inconstitucional, tendo a “proibição de insuficiência como critério para aferição da violação dos deveres estatais de proteção”³⁴.

Como ressalta Streck³⁵, a ordem de legislar traz implícita a necessidade de “hierarquização que deve ser feita na distribuição dos crimes e das penas, razão pela qual o estabelecimento de crimes, penas e descriminalizações não pode ser um ato absolutamente discricionário, voluntarista ou produto de cabalas” (grifo do autor).

Mais uma vez, demonstra-se a proporcionalidade (no sentido de proteção insuficiente) agindo de maneira a conter a discricionariedade do legislador, que não possui a liberdade de criminalizar ou descriminalizar o que entender mais conveniente. Deve haver consonância com os dispositivos constitucionais que oferecem critérios e limites de atuação.

Assim, a atuação do legislador é vinculada aos direitos fundamentais, não dispondo ele de liberdade para definir qualquer norma penal ou cominar penas em abstrato que lhe aprouver. Nas palavras de Streck³⁶:

Não há dúvida, pois, que as baterias do direito penal do Estado Democrático de Direito devem ser direcionadas para o combate dos crimes que impedem a concretização dos direitos fundamentais nas suas diversas dimensões. Neste ponto, aliás, entendo que é neste espaço que reside até mesmo uma obrigação implícita de criminalização, ao lado dos deveres explícitos de criminalizar constantes no texto constitucional. Nesse sentido, aliás, veja-se o art. 5, XLIII, da Constituição Federal, que determina a criminalização das condutas que consubstanciem prática de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e terrorismo.

Assim, se o legislador supostamente, agindo de maneira absurda, decidir descriminalizar a tortura, violaria diretamente o direito fundamental de não ser torturado, previsto na Constituição Federal, ocorrendo a proteção deficiente desse direito.

Antes de violar a proporcionalidade, o legislador estaria violando o preceito constitucional que proíbe a tortura. Assim, incorrendo em proteção deficiente.

Portanto, a Constituição Federal ao definir os bens jurídicos que merecerão a tutela penal será o parâmetro orientador do legislador na criação dos crimes e cominação das penas. Dessa forma, o homicídio foi tipificado porque na Constituição existe o direito à

³⁴ SARLET, Ingo Wolfgang, op.cit., p.335.

³⁵ STRECK, Lenio Luiz. A dupla face do princípio da proporcionalidade: da proibição de excesso (*übermassverbot*) à proibição de proteção deficiente (*untermassverbot*) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. *Revista da Ajuris*, v.32, n. 97, março 2005, pp.172-201, p.177.

³⁶ STRECK, Lenio Luiz. Constituição, bem jurídico e controle social: a criminalização da pobreza ou de como “la ley es como la serpiente; solo pica a los descalzos”. *Revista de Estudos Criminais*. Out-dez 2008, pp.65-96, p.91.

vida; a lesão corporal é crime porque a Constituição garante a integridade física; o roubo é crime porque a Constituição protege o patrimônio; e assim por diante.

Percebe-se que a Constituição estabelece balizas no Estado Democrático de Direito e a proporcionalidade deve ser utilizada como um mecanismo adequado a evitar discricionariedades e arbitrariedades por parte do Estado e seus mais diversos órgãos.

Para Sarlet³⁷:

“[...] proporcionalidade, Estado democrático de Direito e garantismo (não apenas na esfera penal) são grandezas indissociáveis, complementares e reciprocamente determinantes, mas não necessariamente imunes a tensões na sua convivência [...]”.

Realizadas tais considerações, no próximo tópico, para melhor visualização, serão analisadas situações em que ocorreram desproporcionalidades por parte do legislador penal, seja como proibição de excesso ou como proibição de proteção deficiente.

Explorando situações concretas

Como foi analisado no decorrer do trabalho, a proporcionalidade utilizada como uma ferramenta hermenêutica visa conter a subjetividade e reduzir a arbitrariedade da ação estatal, obrigando o jurista a se expor com maior grau de precisão na situação que o levou a aplicar determinada medida³⁸:

De toda essa discussão, importando-se fazer constar que a ideia de proporcionalidade está relacionada ao âmbito de proteção do direito fundamental. Como antes referimos, é, pois, o direito fundamental, e não a proporcionalidade em si, o objeto de violação quando diante de uma ação estatal tida por inadequada, desnecessária ou concretamente excessiva, sendo o exame da proporcionalidade a ferramenta hermenêutica [...] que permite o intérprete aproximar-se, para afirmá-lo, de um juízo de (des)proporcionalidade da medida questionada.

Como ensina Cunha³⁹, o “Direito tem de ser coerente (não pode, aliás, deixar de o ser)”. Com relação ao direito penal, a pena deve depender da culpa do agente e da gravidade da infração, sendo essa relação tida com o máximo de cautela. Quanto mais grave o crime, maior deve ser a pena.

Existe, no direito penal brasileiro, uma série de incoerências quanto à criação de tipos penais, cominação de penas e nas decisões proferidas, violando a proporcionalidade em suas duas faces. Como a proporcionalidade está vinculada a diferentes princípios

³⁷ SARLET, Ingo Wolfgang, op.cit., p.340.

³⁸ FELDENS, Luciano, op.cit., p.150 à 170.

³⁹ CUNHA, Paulo Ferreira da, op.cit., p.75-85.

constitucionais, como por exemplo o da legalidade e o da presunção de inocência, acaba por também violar tais princípios, implicando na inconstitucionalidade dos dispositivos.

De maneira elucidativa, no presente tópico serão abordados alguns tipos penais que ora violam a proporcionalidade por excesso, ora por proteção deficiente.

Começando pela face da proibição do excesso, o Código Penal contém diversos tipos penais que excedem o âmbito de proteção.

Um exemplo tradicional de excesso do legislador, ao enquadrar no mesmo tipo penal diversas condutas com graus variados é o artigo 273⁴⁰.

Com a simples leitura do tipo penal percebe-se o excesso do legislador ao estabelecer pena de 10 a 15 anos para condutas tão diversificadas, igualando-as como se fossem valoradas no mesmo patamar. Apesar de algumas serem potencialmente graves, outras, como a adulteração de cosméticos, não possui o grau de reprovabilidade que mereça pena mínima de 10 anos.

Quando comparado com o tráfico de drogas, cujas penas são entre 5 a 15 anos, a evidência fica ainda mais exposta da desproporcionalidade das penas estabelecidas no artigo 273 do CP.

Outro exemplo de flagrante desproporcionalidade por excesso na atuação do legislador consiste no artigo 217-A do Código Penal, onde a pena é de 8 a 15 anos de reclusão para quem tenha conjunção carnal ou pratique outro ato libidinoso com menor de 14 anos.

Sem dúvidas os menores de 14 anos requerem proteção, porém, neste tipo penal estão abordadas condutas de graus diferentes quando se diz “qualquer outro ato libidinoso”.

Assim, é equivocado aplicar pena mínima de 8 anos de reclusão como resposta penal a graus diversos do injusto embora sejam condutas da mesma espécie.

Para Streck e Souza⁴¹ é necessário utilizar-se como mecanismo regulador/hermenêutico a minorante genérica da tentativa (artigo 14 do CP) para adequar a reprimenda diante das situações claramente menos graves que envolvam outro ato libidinoso, avaliando os “critérios de necessidade e suficiência para a prevenção do

⁴⁰ Art. 273, CP: Falsificar, corromper, adulterar ou alterar produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais:

Pena - reclusão, de 10 (dez) a 15 (quinze) anos, e multa. § 1º - Nas mesmas penas incorre quem importa, vende, expõe à venda, tem em depósito para vender ou, de qualquer forma, distribui ou entrega a consumo o produto falsificado, corrompido, adulterado ou alterado. § 1º-A - Incluem-se entre os produtos a que se refere este artigo os medicamentos, as matérias-primas, os insumos farmacêuticos, os cosméticos, os saneantes e os de uso em diagnóstico. § 1º-B - Está sujeito às penas deste artigo quem pratica as ações previstas no § 1º em relação a produtos em qualquer das seguintes condições: I - sem registro, quando exigível, no órgão de vigilância sanitária competente; II - em desacordo com a fórmula constante do registro previsto no inciso anterior; III - sem as características de identidade e qualidade admitidas para a sua comercialização; IV - com redução de seu valor terapêutico ou de sua atividade; V - de procedência ignorada; VI - adquiridos de estabelecimento sem licença da autoridade sanitária competente.

⁴¹ STRECK, Lenio Luiz; SOUZA, José Conrado Kurtz de. Artigo 217-A do CP: a vagueza que vitamina a desproporcionalidade. *Revista Consultor Jurídico*, 6 de abril de 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-abr-06/streck-kurtz-vagueza-vitamina-desproporcionalidade>. Acesso em 07 abril 2022.

crime, atendendo-se desse modo ao princípio da individualização da pena sem excessos e, ao mesmo tempo, sem proteções deficientes”.

Nesse sentido, deve-se recorrer ao emprego da analogia em favor do réu, sempre que possível, naqueles casos em que, embora censuráveis, não assumam tamanha gravidade, buscando no “corpo do ordenamento jurídico, parâmetros razoáveis que autorizem a aplicação de uma pena justa, sob pena de ofensa ao princípio da proporcionalidade”⁴².

Nos dois exemplos de tipos penais que acabam sendo desproporcionais por excesso de ação estatal verifica-se uma amplitude semântica que absorve uma série de situações de fato, muitas completamente distantes com relação à gravidade. Para Feldens⁴³:

Situações como essa se verificam quando o legislador se utiliza de tipos penais de conteúdo múltiplo ou variado (abarcando diversos verbos nucleares) ou quando promove, após a penalização da conduta principal, diversas equiparações legais (“nas mesmas penas incorre quem...”), expandindo o âmbito da incriminação, que passa a se distanciar do núcleo fático que a despertou.

O ordenamento jurídico, como dito em momento anterior do presente trabalho, deve ser coerente e íntegro e a proporcionalidade (equanimidade) “da regulação jurídica e da atuação estatal, mesmo na punição de delitos, é essencial para a manutenção do *rule of law*”⁴⁴.

Com relação à proporcionalidade em sua face de proibição de proteção deficiente⁴⁵ o Estado está proibido de se omitir para proteger um direito fundamental.

Como ensina Streck⁴⁶, em vez de dizer que um artigo é inconstitucional porque feriu o princípio da proporcionalidade na sua face de proteção deficiente, é mais correto afirmar que é inconstitucional pois o Estado não pode se omitir, principalmente na proteção de um preceito constitucional.

⁴² FELDENS, Luciano, op.cit., p.183.

⁴³ FELDENS, Luciano, op.cit., p.181.

⁴⁴ STRECK, Lenio Luiz; SOUZA, José Conrado Kurtz de. Artigo 217-A do CP: a vagueza que vitamina a desproporcionalidade. *Revista Consultor Jurídico*, 6 de abril de 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-abr-06/streck-kurtz-vagueza-vitamina-desproporcionalidade>. Acesso em 07 abril 2022.

⁴⁵ A primeira vez que ela foi utilizada no Brasil foi no RE 418.376 em 2007. Na época, o agente pedia extensão à união estável na aplicação do artigo 107, VII do CP (atualmente o inciso foi revogado) que previa a extinção da punibilidade do autor do estupro na hipótese de casamento com a vítima.

⁴⁶ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p.239.

Exemplo significativo quanto a atuação do legislador na proibição de proteção deficiente aparece na punição dos crimes econômicos e fiscais, como no artigo 168-A, § 2º do CP⁴⁷ e nesse mesmo sentido, o artigo 337-A do CP⁴⁸.

Ainda, a Lei 9.249/95 que trata sobre o imposto de renda das pessoas jurídicas é expressa no artigo 34 que a punibilidade será extinta nos crimes definidos na Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990 (crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo) e na Lei nº 4.729, de 14 de julho de 1965 (crime de sonegação fiscal), quando o agente promover o pagamento do tributo ou contribuição social, inclusive acessórios, antes do recebimento da denúncia.

Como abordado por Maria Luiza Schafer Streck⁴⁹:

Ao que parece, estamos diante de uma verdadeira institucionalização da sonegação de tributos. Ora, a prevenção geral é uma das funções clássicas do Direito Penal, e é assentada na ideia de que o agente que pretende cometer algum ilícito não o fará porque tem algo a perder, no caso, sua liberdade. A pergunta que se faz é: se de antemão ele sabe que não tem nada a perder, porque não arriscar? Se for pego paga a dívida, se não, sai com o lucro de sua ação criminosa.

Nesse sentido, “[...] deveria causar espanto à comunidade jurídica o fato de o legislador não abrir mão de direito penal para combater delitos menos relevantes – no que pertine a sua danosidade social – como o furto e a apropriação indébita”, e naqueles crimes mais graves como os delitos fiscais, que atingem a coletividade, “agir de outro modo, oferecendo a possibilidade de o sonegador efetuar o ressarcimento do valor amealhado dos cofres públicos”⁵⁰.

Com esses exemplos supracitados, verifica-se a deficiência de proteção nos casos de crimes econômicos e fiscais. Percebe-se que o legislador se preocupa mais com a proteção dos bens individuais do que os bens coletivos, por ter mais rigor na punição daqueles.

Outra atuação do legislador que pode ser considerada desproporcional em face da proibição de proteção deficiente consiste nas penas cominadas na Lei 10.741/03 (Estatuto do Idoso). Entre os artigos 96 até 108 são estabelecidos os crimes contra a

⁴⁷ Art. 168-A do CP: Deixar de repassar à previdência social as contribuições recolhidas dos contribuintes, no prazo e forma legal ou convencional: [...] § 2º É extinta a punibilidade se o agente, espontaneamente, declara, confessa e efetua o pagamento das contribuições, importâncias ou valores e presta as informações devidas à previdência social, na forma definida em lei ou regulamento, antes do início da ação fiscal.

⁴⁸ Art. 337-A. Suprimir ou reduzir contribuição social previdenciária e qualquer acessório, mediante as seguintes condutas: [...] § 1º É extinta a punibilidade se o agente, espontaneamente, declara e confessa as contribuições, importâncias ou valores e presta as informações devidas à previdência social, na forma definida em lei ou regulamento, antes do início da ação fiscal.

⁴⁹ STRECK, Maria Luiza Schafer. O direito penal e o princípio da proibição de proteção deficiente: a face oculta da proteção dos direitos fundamentais. *Dissertação de Mestrado*. Universidade do Vale do Rio dos Sinos: São Leopoldo, 2008. 161p, p.143.

⁵⁰ STRECK, Lenio Luiz. A dupla face do princípio da proporcionalidade: da proibição de excesso (*übermassverbot*) à proibição de proteção deficiente (*untermassverbot*) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. *Revista da Ajuris*, v.32, n. 97, março 2005, pp.172-201, p.192.

pessoa idosa e, no artigo 94 fica configurado que nesses crimes, cuja pena máxima não ultrapasse 4 anos, aplica-se o procedimento da Lei 9.099/95 (Lei dos Juizados Especiais).

Para melhor visualização, o artigo 99 dispõe que a pena será de detenção de 2 meses a 1 ano quando se expõe “a perigo a integridade e a saúde, física ou psíquica, do idoso, submetendo-o a condições desumanas ou degradantes ou privando-o de alimentos e cuidados indispensáveis, quando obrigado a fazê-lo, ou sujeitando-o a trabalho excessivo ou inadequado”.

Não parece proporcional essa quantidade de pena aplicada a quem pratica esse fato de tamanha reprovação contra a pessoa idosa. E, se desse fato, resulta lesão corporal de natureza grave, a pena é de reclusão de 1 a 4 anos.

Em situações como essas evidencia-se a necessidade de alteração. A proporcionalidade é violada em sua face de proibição de proteção deficiente e “não é porque está na lei que não devemos questionar sua validade constitucional”⁵¹.

Portanto, os exemplos supracitados nesse tópico evidenciam o que Feldens⁵² define como “incoerência endonormativa” do sistema jurídico-penal: são aquelas situações que existem onde o legislador introduz uma nova figura penal ou atribui uma nova pena, a qual foge do *standard* de sanções previstas de fatos semelhantes. A incoerência endonormativa é um problema de proporcionalidade.

O autor apresenta três critérios – os quais ele chama de “proporcionalidade ordinal” – que devem existir na elaboração da legislação penal: a paridade das penas (delitos semelhantes com penas semelhantes); o escalonamento das penas (que varia com a gravidade dos delitos, ou seja, quanto maior a severidade das penas, maior a gravidade dos delitos); e, o distanciamento das penas:

[...] a incoerência endonormativa do sistema de proteção penal poderá indicar, dependendo da base de análise, o superávit penal de uma norma, ou mesmo o déficit penal de outra.

Essa questão há de encontrar sua resposta em face do conjunto do ordenamento. Considerando o déficit penal não é suscetível de reparo pelo juiz, o único meio de restabelecimento da congruência é aquele que leve ao afastamento, do cenário jurídico, do preceito secundário mais gravoso.

Dessa forma, baseando-se na Constituição Federal e no entendimento do ordenamento jurídico como um todo, são necessárias alterações para que se tenha um ordenamento penal coerente e íntegro, que proteja devidamente os bens jurídicos constitucionais diante da complexidade da sociedade contemporânea.

⁵¹ STRECK, Maria Luiza Schafer. O direito penal e o princípio da proibição de proteção deficiente: a face oculta da proteção dos direitos fundamentais. *Dissertação de Mestrado*. Universidade do Vale do Rio dos Sinos: São Leopoldo, 2008. 161p, p.138.

⁵² FELDENS, Luciano, op.cit., p.184-185.

Conclusão

Atualmente, no Brasil a proporcionalidade tem sido utilizada como argumento para diversas decisões tomadas, sem qualquer tipo de critério. A aplicação simplificada encobre a técnica e tradição desse mecanismo cunhado na Alemanha e descontextualiza o sentido original.

Resgatando a feição original da proporcionalidade, foi possível perceber que ela exigia parâmetros concretos que traziam a comparação entre fatos reais, sendo um instrumento de contenção de poder na restrição de direitos.

O presente trabalho buscou abordar a proporcionalidade no âmbito das normas penais, demonstrando que a atuação do legislador é vinculada aos direitos fundamentais.

Assim, destacando que a proporcionalidade se manifesta como proibição de excesso ou proibição de proteção deficiente por parte do Estado, essas duas faces serão os critérios para aferir e fundamentar a violação dos bens jurídicos protegidos constitucionalmente.

Assim, deve ser utilizada como um instrumento hermenêutico para conter eventuais arbitrariedades e discricionariedades por parte do legislador e dos tribunais, que não podem atuar como bem entender, devendo se basear nas orientações da Constituição Federal, com coerência e integridade.

Portanto, em caso de violação de direitos fundamentais, por excesso ou proteção deficiente, a proporcionalidade será a ferramenta capaz de afastar a subjetividade e requerer argumentos que fizeram o intérprete a aplicar determinada medida, reduzindo o subjetivismo de conceitos abstratos.

REFERÊNCIAS

- BARBA, Rafael Giorgio Dalla. *Nas Fronteiras da Argumentação: a discricionariedade judicial na Teoria Discursiva de Robert Alexy*. 2 ed. ver. e atual. Salvador: Juspodivm, 2018.
- CUNHA, Paulo Ferreira da. *A Constituição do Crime: da substancial constitucionalidade do Direito Penal*. Coleção *Argumentum* 10. Coimbra: Coimbra Editora, 1998.
- FELDENS, Luciano. *Direitos Fundamentais e Direito Penal: a Constituição Penal*. 2 ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.
- LAURENTIIS, Lucas Catib de. *A proporcionalidade no direito constitucional: origem, modelos e reconstrução dogmática. Tese de doutorado*. Universidade de São Paulo: Faculdade de Direito, 2015. 250 p.
- LUISI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. Porto Alegre: Santo Antonio Fabris Editor, 1991.
- MORAIS, Fausto Santos de. *Descobrimo o pressuposto hermenêutico do princípio da proporcionalidade. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)*. 6(1), jan-jun. 2014.

MORAIS, Fausto Santos de. A proporcionalidade como princípio epocal do Direito: O (des)velamento da discricionariedade judicial a partir da perspectiva da nova crítica do Direito. *Dissertação de Mestrado*. Universidade do Vale do Rio dos Sinos: São Leopoldo, 2010, 220p.

SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição, proporcionalidade e direitos fundamentais: o direito penal entre proibição de excesso e de insuficiência. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*. n. 10, Madrid: 2006, pp. 303-354.

STRECK, Lenio Luiz; SOUZA, José Conrado Kurtz de. Artigo 217-A do CP: a vagueza que vitamina a desproporcionalidade. *Revista Consultor Jurídico*, 6 de abril de 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-abr-06/streck-kurtz-vagueza-vitamina-desproporcionalidade>. Acesso em 07 abril 2022.

STRECK, Lenio Luiz. Constituição, bem jurídico e controle social: a criminalização da pobreza ou de como “la ley es como la serpiente; solo pica a los descalzos”. *Revista de Estudios Criminales*. Outubro 2008, pp.65-96.

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 11 ed. rev., atual. e ampl.. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.

STRECK, Lenio Luiz. A dupla face do princípio da proporcionalidade e o cabimento do mandado de segurança em matéria criminal: superando o ideário liberal-individualista-clássico. *Revista do Ministério Público*, n. 53. Porto Alegre, 2004.

STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário da Hermenêutica: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do Direito*. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2017.

STRECK, Lenio Luiz. A dupla face do princípio da proporcionalidade: da proibição de excesso (*übermassverbot*) à proibição de proteção deficiente (*untermassverbot*) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. *Revista da Ajuris*, v.32, n. 97, março 2005, pp.172-201.

STRECK, Lenio Luiz; COPETTI, André. O direito penal e os influxos legislativos pós-Constituição de 1988: um modelo normativo e eclético consolidado ou em fase de transição? *Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS*. São Leopoldo, Editora Unisinos, 2003.

STRECK, Maria Luiza Schafer. O direito penal e o princípio da proibição de proteção deficiente: a face oculta da proteção dos direitos fundamentais. *Dissertação de Mestrado*. Universidade do Vale do Rio dos Sinos: São Leopoldo, 2008. 161p.

Data de Recebimento:

Data de Aprovação:

A REPERCUSSÃO DA EDUCAÇÃO NO ACESSO À JUSTIÇA PELAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA

THE REPERCUSSION OF EDUCATION IN ACCESS TO JUSTICE BY DISABLED PEOPLE

Sinézio Alves Gomes Júnior¹
Flávia de Paiva Medeiros de Oliveira²

RESUMO

Este artigo trata da repercussão da educação na efetivação do Acesso à Justiça previsto na CF/88 em relação ao PCD. Partindo-se do questionamento de como a educação pode influenciar a vida do PCD e garantir o seu acesso à justiça, busca-se entender a sua importância por ser um dos impulsionadores na efetivação de outros direitos, em especial, o acesso à justiça. Para tanto, utilizar-se-á como metodologia as pesquisas bibliográficas acerca do acesso à justiça e da importância da efetividade deste direito, em especial para os grupos vulneráveis, como o das pessoas com deficiência. Observou-se que a educação está intimamente ligada ao grau de desenvolvimento social e à igualdade entre os grupos vulneráveis, devendo ser, portanto, pauta constante na administração pública direcionando suas metas. Concluiu-se que o Acesso à Justiça possui estreita ligação com a Educação despertando a consciência cidadã e revelando-se como meio e forma de acesso à justiça.

Palavras-chave: Acesso à Justiça; Agenda 2030; Educação; Pessoa com Deficiência.

ABSTRACT

This article deals with the impact of education on the implementation of Access to Justice provided for in CF/88 in relation to PCD. Starting from the question of how education can influence the life of the PCD and guarantee their access to justice, we seek to understand its importance as one of the drivers in the realization of other rights, in particular, access to justice. To this end, bibliographic research on access to justice and the importance of the effectiveness of this right will be used as a methodology, especially for vulnerable groups. It was observed that education is closely linked to social development and equality among vulnerable groups, and should therefore be a constant agenda in administration directing its goals. It was concluded that

¹ Mestre em Direito com área de concentração em Direito e Desenvolvimento Sustentável pelo Centro Universitário de João Pessoa-UNIPÊ. Graduado em Direito pelo Instituto de Ensino Superior da Paraíba-IESP. Técnico Judiciário do TJ/PB. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4950204655373029> ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-5532-8850>. E-mail: sinezioj@hotmail.com

² Doutora em Direito do Trabalho e Previdência Social pela Universidade de Valencia-Espanha, com diploma revalidado pela UFPB (2005). Mestre em Direito pela Universidade Federal do Ceará. Graduada em Direito pela Universidade Estadual da Paraíba-UEPB. Professora do Programa de Mestrado em Direito e Desenvolvimento do Centro Universitário de João Pessoa (UNIPÊ). Advogada. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2046560540604336>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-7806-5056>. E-mail: flaviadepaivamedeirosde@gmail.com

Access to Justice has a close connection with Education, awakening citizen awareness and revealing itself as a means and form of access to justice.

Keywords: Access to Justice; Agenda 2030; Education; People with Disabilities.

INTRODUÇÃO

A pessoa com deficiência, segundo a lei brasileira de inclusão, é aquela que enfrenta obstáculos para a participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas em virtude de impedimentos de longo prazo que ocasionam barreiras físicas ou lógicas. Estas barreiras se constituem como verdadeiros obstáculos ao exercício de diversos direitos, como o de ir e vir, o de acesso à justiça, ao trabalho digno, dentre outros.

Neste trabalho destacamos a discussão acerca das barreiras ao Acesso à Justiça pelas pessoas com deficiência, mas especificamente o não acesso a jurisdição em virtude do desconhecimento dos seus direitos ou, quando conhecidos, a inabilidade na busca da manifestação do Poder Judiciário.

O problema que norteia o presente artigo consiste em: como a garantia do direito social à educação pode contribuir para o acesso à justiça das pessoas com deficiência e influenciar na transposição das barreiras que impedem à concretização deste direito?

Para tanto, far-se-á uma análise do direito social a educação e de suas relações com os demais direitos, ora atuando como garantia e, em outros momentos, como meio de se pleitear a sua efetivação, já que é essencial o conhecimento dos direitos, bem como a forma e o caminho de se exigí-los, tentando estabelecer um liame entre a educação e o acesso à justiça, ambos previstos constitucionalmente.

A pesquisa esboçará, ainda, a visão das Nações Unidas, através da Agenda 2030 e da Declaração de Salamanca, acerca da importância da Educação inclusiva e sem qualquer espécie de barreira com o fito de construir uma sociedade equânime, asseverando os pontos de convergência com o ordenamento jurídico pátrio.

Quanto aos aspectos metodológicos, será utilizado o método dedutivo estudando-se os conceitos pacificados na doutrina e jurisprudência, e trazendo como complemento o posicionamento doutrinário sobre a importância da educação como instrumento de inclusão social da pessoa com deficiência no tocante do acesso à justiça, amparando-o a nível nacional no Estatuto da Pessoa com Deficiência e na própria Constituição Federal, e, a nível internacional, nos tratados e os convenções acerca da temática, como a Declaração de Salamanca e a Agenda 2030 da ONU. Acrescentando-se ainda, para fins de validação do pensamento, os dados do censo populacional do IBGE realizado em 2010.

De posse deste aparato legal, teórico e estatístico, observaremos que a Educação possui um valor imensurável, tornando-se crucial para as populações vulneráveis, em especial as pessoas com deficiência. Possuindo estreita ligação com o grau de inclusão de uma sociedade e a perspectiva de desenvolvimento de suas capacidades.

A educação e o Acesso à Justiça na Agenda 2030

A Agenda 2030³ se configura como um plano de ação para os seres humanos composto de 17 Objetivos de Desenvolvimento Sustentável subdivididos em 169 metas. Possui um foco no planeta e na prosperidade, aqui vista sob a ótica da sustentabilidade englobando os aspectos social, econômico e ambiental. Em que pese esta visão tripartida, não se trata de um documento inaugural em seu propósito pois surge em substituição aos Objetivo do Milênio, documento também elaborado pela ONU.

O teor da Agenda 2030, assim como nos antigos Objetivos do Milênio, é, por meio de parcerias colaborativas e medidas transformadoras, direcionar o mundo para um caminho sustentável, igualitário e resiliente, sem qualquer espécie de discriminação. Em seus termos, como já afirmado, constam 17 Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS), os quais se subdividem em 169 metas, que percorrem os diversos campos do desenvolvimento humano, sempre aferindo uma melhor qualidade de vida humana e a busca de uma maior inclusão social, daí a sua imprescindibilidade para a educação da pessoa com deficiência.

A Agenda é fruto do trabalho conjunto de governos e cidadãos de todo o mundo para criar um modelo global que possa acabar com a pobreza, promover a prosperidade e o bem-estar de todos, proteger o ambiente e combater as alterações climáticas. A partir de então, as Nações Unidas desenvolveram formações de cooperação e parcerias com governos, sociedade civil e outros agentes sociais, a fim de tornar possível um projeto tão ambicioso⁴

A Agenda 2030 possui os seus objetivos interligados, ou seja, o avanço em um dos ODS necessariamente está vinculado a evolução em outro. Por exemplo, é impossível obter avanços significativos no ODS nº 4, que trata da educação de qualidade, sem tratar em conjunto com o ODS nº 10 que trata da redução da desigualdade. Desta forma, ao adotar a visão da Agenda 2030 em relação ao acesso à justiça e a construção de instituições inclusivas e eficazes previsto no ODS nº 16, bem como em relação à garantia de educação inclusiva, prevista no ODS nº 4, faz-se necessário analisar com maior profundidade estes dois dispositivos.

O ODS nº 4 tem por alvo assegurar a educação inclusiva, equitativa e de qualidade, e promover oportunidades de aprendizagem ao longo da vida para todos, possuindo como meta derivada (4.a) construir e melhorar instalações físicas para educação, que sejam apropriadas para crianças e sensíveis às suas deficiências e ao gênero, proporcionando ambientes de aprendizagem seguros e não violentos, inclusivos e eficazes para todos.

³ONU. Organização das Nações Unidas. Transformando Nosso Mundo: A Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável. 2015. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2015/10/agenda2030-pt-br.pdf>. Acesso em: 01 nov. 2020.

⁴ CASTRO FILHO, C. M. Agenda 2030 para o desenvolvimento sustentável: uma leitura de política pública na clave da biblioteca escolar. RDBCI: Rev. Digit. Bibliotecon. Cienc. Inf., Campinas, v. 16, n. 3, p. 357, set./dez. 2018. DOI:0.20396/rdbci.v16i3.8650931. Disponível em: <https://periodicos.sbu.unicamp.br/ojs/index.php/rdbci/article/view/8650931>. Acesso: 07 mar. 2021.

A educação inclusiva é um processo de educar de maneira conjunta, nas classes de ensino regular, os alunos ditos “normais” com aqueles que apresentam necessidades educacionais especiais, considerando as suas particularidades. Segundo a Comissão Econômica para a América Latina e o Caribe - CEPAL, em relatório⁵ emitido no ano de 2018, as ações para o alcance pleno do ODS nº 4 têm apresentado preocupante prognóstico de estagnação, em vista de serem muitos os desafios nas conjunturas política e social dos países, que impedem o desenvolvimento da educação em todos os seus níveis, da básica à superior, e que poderá incidir na vida das pessoas de forma negativa, destacando-se a crescente onda de desigualdade e pobreza, apesar dos avanços positivos obtidos até o ano de 2015.

Como observado, o crescimento da pobreza nos últimos anos na América Latina, aliado à desigualdade, são fatores que afetam diretamente o acesso à educação de qualidade inviabilizando o ODS nº 4, e os demais correlacionados, pois acaba incentivando a evasão escolar em virtude da necessidade de uma renda maior. Camillo⁶ defende que, quando há fomento à educação de qualidade na sociedade, as pessoas tendem a tomar outros rumos nas suas vidas. Elas são capazes de adentrar outras dimensões de desenvolvimento humano, atuar formalmente no mercado de trabalho, apropriar-se do produto advindo da fruição entre informação, conhecimento, cultura e educação, aprender ao longo da vida e romper com muitas das suas limitações na vida.

Observa-se que o ODS nº 4 acaba sendo uma releitura do direito social à educação previsto na Constituição Federal e se manifesta igualmente como um direcionador das políticas governamentais. Além disto, concede especial atenção à pessoa com deficiência ao estabelecer como meta não somente fornecer educação, mas garantir que tal direito seja inclusivo e viabilize igualdade de oportunidades.

O ODS nº 16 objetiva promover sociedades pacíficas e inclusivas para o desenvolvimento sustentável, proporcionando o acesso à justiça e construindo instituições eficazes, responsáveis e inclusivas em todos os níveis. A ONU, ao editar este ODS, não se limitou ao entendimento de que o acesso à justiça tem de ser garantido a todos no sentido da Justiça gratuita, sem ônus, mas suplantou esta ideia na perspectiva de que o acesso à justiça gere para o Poder Judiciário a obrigação de produzir uma decisão em tempo hábil, que viabilize a concretização dos direitos pleiteados.

A justiça está fundamentalmente conectada ao modo como as pessoas vivem e não meramente à natureza das instituições que as cercam. Desta forma, a justiça, em sentido amplo, não se resume a dizer com quem está o direito, mas de garantir que os cidadãos tenham uma igualdade de oportunidades na concretização de suas garantias⁷.

⁵ COMISIÓN ECONÓMICA PARA AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE (CEPAL). La Agenda 2030 y los Objetivos de Desarrollo Sostenible: una oportunidad para América Latina y el Caribe. Santiago: Naciones Unidas, 2018, p.10. Disponível em: https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/40155/24/S1801141_es.pdf. Acesso em: 07 mar. 2021.

⁶ CAMILLO, Everton da Silva. Diretrizes para formular políticas públicas de promoção do livro, leitura e bibliotecas: foco no ODS 4 da Agenda 2030. Dissertação de Mestrado – Universidade Estadual Paulista, Universidade Estadual Paulista. 2020. p.53.

⁷ SEN, Amartya. A ideia de justiça. 1ª Ed. Companhia das Letras, 2011. p.28.

Observa-se que o Acesso à Justiça, bem como a garantia de uma educação inclusiva e de qualidade encabeçam dois Objetivos do Desenvolvimento Sustentável da Agenda 2030 em virtude da relevância para com o desenvolvimento econômico-social de uma nação. Ao delimitar seus efeitos ao microcosmo da pessoa com deficiência, tornam-se ainda mais relevantes por introduzir dois conceitos essenciais em uma sociedade inclusiva: o de mínimo existencial e o de cidadania.

Apesar do seu reconhecimento normativo, Sarmiento⁸ afirma que o mínimo existencial não é de fato assegurado a parcelas expressivas da população brasileira, que não desfrutam de acesso efetivo a bens e direitos essenciais para uma vida digna. Legiões de pessoas ainda vivem na mais absoluta miséria, expostas à insegurança alimentar, sem acesso à moradia adequada, ao saneamento básico, à saúde e à educação de mínima qualidade.

O mínimo existencial deve ser anterior ao princípio da dignidade da pessoa humana, devendo o Estado oferecer para os cidadãos um núcleo com um conteúdo básico, tendo em vista que a efetivação do mínimo é condição *sine qua non* para a classificação de um ser digno ou indigno perante as características do ambiente em que reside.

Já a cidadania pode ser entendida como o direito a ter direitos. Alexandre de Moraes⁹ afirma que a cidadania é um status do ser humano, capacitando-o para participar da vida política, ouvir e ser ouvido. É a capacidade de exercer plenamente os direitos e cumprir com os seus deveres como cidadão.

O cumprimento do ODS nº 4 e do ODS nº 16, são manifestações claras da cidadania na perspectiva da efetivação dos direitos que devem ser minimamente garantidos, mínimo existencial, para o cidadão, em especial a pessoa com deficiência. No entanto, a garantia a educação pode servir como propulsor de um Acesso à Justiça eficaz quando garantida desde tenra idade.

A educação das pessoas com deficiência conforme a Declaração de Salamanca

Quando se fala em educação para pessoas com deficiência e práticas inclusivas na esfera internacional, a Declaração de Salamanca¹⁰ assume grande relevância no debate. Trata-se de um documento elaborado em 1994 na Conferência Mundial sobre Educação Especial em Salamanca, Espanha, com o objetivo de fornecer diretrizes básicas para a formulação e reforma de políticas e sistemas educacionais de acordo com o movimento de inclusão social, em especial na área das necessidades educativas especiais.

Menezes¹¹ a considera como um dos principais documentos que visam a inclusão social, ao lado da Convenção de Direitos da Criança (1998), e atribui a sua edição a uma

⁸ SARMENTO, Daniel. O mínimo existencial. Revista de Direito da Cidade. 2006, vol.8, nº4, p.1644-1689.

⁹ MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 28ªed. São Paulo: Atlas, 2012, p.128;

¹⁰ UNESCO. Declaração de Salamanca sobre Princípios, Políticas e Práticas em Educação Especial. Salamanca (Espanha), junho de 1994. Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/seesp/arquivos/pdf/salamanca.pdf>. Acesso em: 04 jun. 2020;

¹¹ MENEZES, Ebenezer Takuno de; SANTOS, Thais Helena dos. Verbete Declaração de Salamanca. *Dicionário Interativo da Educação Brasileira - Educabrazil*. São Paulo: Midiamix, 2001. Disponível em: <<https://www.educabrazil.com.br/declaracao-de-salamanca/>>. Acesso em: 08 jun. 2020.

tendência mundial à época, responsável pela consolidação da educação inclusiva, que foi fruto dos movimentos de direitos humanos cujas consequências foram a implantação de mudanças a nível global.

Em sua abertura, a Declaração de Salamanca proclama importantes valores e reafirma o direito à educação previsto na Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, renovando a garantia dada pela comunidade internacional na Conferência Mundial sobre Educação para Todos, realizada em Jomtien, na Tailândia, em 1990, de assegurar este direito independentemente das diferenças individuais. Qualquer pessoa portadora de deficiência tem o direito de expressar seus desejos com relação à sua educação, tanto quanto estes possam ser realizados. Pais possuem o direito inerente de serem consultados sobre a forma de educação mais apropriadas às necessidades, circunstâncias e aspirações de suas crianças.

O referido documento preconiza, ainda, diretrizes basilares em seu texto, os quais apresentam com clareza, verdadeiras orientações para se conseguir um nível adequado de aprendizagem independente das necessidades ou capacidades do aluno. Ela assevera que as diferenças humanas são normais e que, em consonância com a aprendizagem de ser adaptada às necessidades da criança, ao invés de se adaptar a criança às assunções pré-concebidas a respeito do ritmo e da natureza do processo de aprendizagem, adotando uma pedagogia centrada na criança. Escolas centradas na criança são além do mais a base de treino para uma sociedade baseada no povo, que respeita tanto as diferenças quanto a dignidade de todos os seres humanos. Os problemas das pessoas portadoras de deficiências têm sido compostos por uma sociedade que inabilita, que tem prestado mais atenção aos impedimentos do que aos potenciais de tais pessoas.

Destaca-se uma especial atenção à criança vista em sua individualidade na qual a escola, concretizando o direito à educação, deve proporcionar oportunidades de se conseguir e manter um nível aceitável de aprendizagem, considerando os interesses e capacidades próprios de cada criança.

A Declaração de Salamanca deixa claro que os sistemas de educação devem ser planejados e os programas educativos implementados, tendo em vista a vasta diversidade de características e necessidades, além de que as crianças e jovens com necessidades educativas especiais devem ter acesso às escolas regulares, que a elas se devem adequar através de uma pedagogia centrada na criança, capaz de ir ao encontro destas necessidades.

As escolas regulares, seguindo esta orientação inclusiva, constituem os meios mais capazes para combater as atitudes discriminatórias, criando comunidades abertas e solidárias, construindo uma sociedade inclusiva e atingindo a educação para todos. Portanto, para a Declaração em comento, é necessário que as escolas e seus projetos pedagógicos se adequem às necessidades dos indivíduos nela matriculados (art. 11º, p. 13). O planejamento educativo das escolas públicas e privadas deve ser inclusivo, voltando-se para todas as pessoas em todas as regiões do país e independentemente de suas condições econômicas e sociais.

A Declaração de Salamanca possui pontos de convergência em relação ao Estatuto da Pessoa com Deficiência, Lei nº13.146/15. Em ambos os textos, observa-se uma

centralização no ideal da igualdade de oportunidades, ou seja, uma preocupação no fornecimento das condições para que o PCD desenvolva suas capacidades em um ambiente não agressivo e, com isto, possa participar ativamente da vida cidadã sem qualquer limitação.

No art. 1º do Estatuto da Pessoa com Deficiência¹², o legislador esclarece que o objetivo daquela legislação é promover, em condições de igualdade, o exercício de direitos e liberdades fundamentais, da qual a educação faz parte, visando à inclusão social e cidadania da pessoa com deficiência, demonstrando o interesse claro de que a todos devem ser dados os mesmos direitos e oportunidades.

O referido estatuto acrescenta em seu art. 27, Parágrafo único:

Art. 27. A educação constitui direito da pessoa com deficiência, assegurados sistema educacional inclusivo em todos os níveis e aprendizado ao longo de toda a vida, de forma a alcançar o máximo desenvolvimento possível de seus talentos e habilidades físicas, sensoriais, intelectuais e sociais, segundo suas características, interesses e necessidades de aprendizagem.

Parágrafo único. É dever do Estado, da família, da comunidade escolar e da sociedade assegurar educação de qualidade à pessoa com deficiência, colocando-a a salvo de toda forma de violência, negligência e discriminação.

Este ideal de responsabilidade solidária também é compartilhado na Declaração de Salamanca ao encorajar e desburocratizar a participação dos pais, comunidades e organizações de pessoas com deficiência no planejamento e na tomada de decisões sobre os serviços na área das necessidades educativas especiais.

Portanto, podemos observar que o Estatuto da pessoa com Deficiência acaba englobando alguns direcionamentos e ideais da Declaração de Salamanca, ao centrar na promoção da igualdade de oportunidades e na participação da sociedade civil na elaboração de políticas públicas, utilizando-se do direito à educação de qualidade como impulsionador destas transformações.

Os direitos sociais e o Acesso à Justiça

Os direitos sociais são direitos fundamentais do homem, que objetivam garantir aos indivíduos o exercício e o gozo das liberdades em condições de igualdade, visando uma vida digna e a redução das diferenças sociais.

Baseado neste conceito, podemos inferir que a sociedade não é homogênea, mas dividida em grupos que coabitam com interesses específicos e legítimos. Logo, o oferecimento de direitos sociais tem como destinatário todos os cidadãos, independentemente de sua condição social ou de sua necessidade, deve sempre estar à disposição.

¹² BRASIL, Lei nº 13.146, de 06 de julho de 2015. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm>. Acesso em 25 mar. 2021.

Os direitos sociais, trazem os valores de direitos humanos justamente para contemplar o seccionamento da sociedade em grupos com particularidades que se esboçam no exercício da cidadania. A cidadania pode ser exercida de diferentes maneiras, na medida da capacidade física de cada pessoa.

Dentre os segmentos cidadãos o grupo das pessoas com deficiências encontra legitimidade para evocar do Estado a sua obrigação de fazer. Esta, esboçada na proteção dos direitos inerentes à dignidade da pessoa, de modo que a relação não seja consolidada pela condição de fragilidade das pessoas, mas, antes, por ser parte integrante do sentido de ser do Estado.

Santos¹³ atribui ao poder público a obrigação de, em acatamento aos termos constitucionais, agir no sentido da conversão da previsão normativa em realidade, planejando e estruturando ações no sentido de pô-los ao alcance imediato da cidadania por meio de instrumentos suficientes.

Estes direitos sociais, que são considerados fundamentais, possuem características particulares que os elevam a outro patamar valorativo, dentre estas características destacamos a universalidade, inalienabilidade e a irrenunciabilidade. Tais atributos são essenciais, pela própria natureza dos direitos que qualificam, tornando-se algo inerente a essa espécie de direitos e necessários para sua existência e efetividade.

Em estudo acerca dos direitos fundamentais e suas prestações, Sarlet¹⁴ reafirma que estas prestações são inequivocamente autênticos direitos fundamentais e, em função disto, devem ter aplicabilidade imediata. Por menor que seja a sua densidade normativa ao nível da Constituição, sempre estarão aptos a gerar um mínimo de efeitos jurídicos.

Quando se restringe a efetividade dos direitos sociais ao microcosmo da Pessoa com Deficiência, observa-se que historicamente sua exequibilidade sempre foi prejudicada.

A história antiga registra várias atrocidades contra o PCD, Otto Marques da Silva¹⁵, analisando o este contexto na antiguidade, afirma que, na Grécia, a sociedade espartana, eminentemente militar, sacrificava todo homem que não fosse apto para a guerra, considerando que o homem deveria ter uma função específica, quando não se encaixava no perfil almejado sofria exílio ou era sacrificado. Semelhantemente, na cultura indígena de alguns povos qualquer deficiência era vista como mal presságio ou maldição de alguma entidade, devendo, para aplacar a ira divina, proceder com o sacrifício humano do PCD.

Figueira¹⁶ afirma que no Brasil imperial, os deficientes mentais eram internados em sanatórios pelo resto da vida sob pretexto que eram loucos ou alienados e que,

¹³ SANTOS, Clintos Guimarães dos. Tutela Jurisdicional aos Direitos Sociais. Tese de Doutorado - Programa de Pós-graduação da Faculdade de Direito de São Paulo. Universidade de São Paulo. 2013, p.86.

¹⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 30, abr./jun 1999, p. 97. Disponível em: <<http://www.revistasrtonline.com.br/portalrt/template.htm?view=main>>. Acesso em: 18 abr. 2021.

¹⁵ SILVA, Otto Marques da. A Epopeia Ignorada – A História da Pessoa Deficiente no Mundo. São Paulo: CEDAS, 1987, p.120;

¹⁶ FIGUEIRA, Emílio. Caminhando em silêncio: uma introdução à trajetória das pessoas com deficiência na história do Brasil. São Paulo: Giz Editorial, 2008, p.49.

somente a partir de 1981, – Ano Internacional da Pessoa Deficiente –, com uma certa organização política, este grupo começou a ser notado.

Grande parte deste estigma formado se deve a conceitos equivocados replicados sem qualquer fundamento sólido, gerando um paradigma social de que a pessoa com deficiência é improdutiva e carece de condições mínimas de decidir sozinha.

O estigma da deficiência não conhece limites e está em constante movimento, imerso no local de trabalho, na sala de aula, e realizada de forma silenciosa com interferência no âmbito social-familiar. Logo os direitos sociais adentram nesta realidade para romper com esta visão distorcida e, aliado ao conceito de igualdade, manifesto no sentido material e formal, promover uma igualdade de oportunidades¹⁷.

Dentre o rol de direitos listados no art. 6º da CF/88, figura o direito à educação, o qual possui estreita ligação com o acesso à justiça pelas pessoas com deficiência. Tal ligação parte de duas premissas: a primeira é que a educação, não se resumindo àquela obtida no âmbito escolar, mas abrangendo também o conhecimento de seus direitos e obrigações, proporciona ao cidadão maiores oportunidades de participação ativa na sociedade e, a segunda premissa, é que um cidadão que adquiriu o conhecimento de seus direitos pode reivindicar o seu reconhecimento e concretização.

A educação, aliada a projetos pedagógicos sólidos e políticas efetivas de conscientização, inicialmente em âmbito escolar, acaba pavimentando o desejo de inclusão social das pessoas com deficiência, baseado em um conhecimento adquirido que liberta o PCD de conformismos danosos e da ignorância de seus direitos.

O conhecimento, desta forma, demonstra-se como maior combustível do processo inclusivo, pois ao se internalizar os direitos e obrigações, todo cidadão será capaz de exigir o seu cumprimento perante os órgãos competentes. Logicamente, não se pode pleitear um direito que não se conhece, não conhecer iguala-se à realidade fática de não o ter. Daí o direito social à educação assumir o protagonismo no caminho do Acesso à justiça.

Educar vai muito além de ensinar as ciências, trata-se do primeiro grande contato com a vida social iniciado, em regra, na infância. O longo processo educacional, além do ensino regular, deve englobar o ensino da cidadania, da consciência do pertencimento a uma sociedade heterogênea a qual possui regras de conduta, direitos e obrigações.

O indivíduo só poderá agir na medida em que aprender a conhecer o contexto em que está inserido, a saber quais são suas origens e as condições de que depende. E não poderá sabê-lo sem ir à escola, começando por observar a matéria bruta que está lá representada¹⁸.

Esta visão mais ampla da educação objetiva fazer com que o cidadão, em especial a pessoa com deficiência, não se acomode em uma realidade desfavorável, considerando que as grandes conquistas, no histórico de lutas do público PCD, surgiram a partir de inconformismos diante da inércia e morosidade nas transformações sociais. Desta forma, uma educação humanizada e inclusiva formará potenciais agentes transformadores da sociedade e não vítimas passivas de um sistema social desigual. Diante de uma ilegalidade,

¹⁷ CÉSAR, Augusto de Oliveira. A pessoa com deficiência intelectual: O amparo e a proteção para inclusão social. Belo Horizonte. Editora Dialética, 2019, p.80.

¹⁸ DURKHEIM, Emile. Educação e Sociedade. Petrópolis: Vozes, 2011, p. 35.

primeiramente o cidadão será capaz de identificá-la, rompendo o vínculo da ignorância, e, em um segundo momento, buscará as ferramentas para combatê-la corretamente evitando que se perpetue ou se replique.

O Acesso à Justiça é um requisito fundamental de um sistema jurídico moderno, servindo como base para o pleito de direitos. Logo é inconcebível falar-se em sistema democrático sem o fornecimento de meios para se alcançar a concretização do acesso à justiça. Não se restringindo somente à inafastabilidade do controle jurisdicional; sendo conceito bem mais amplo, também diz respeito a uma prestação jurisdicional eficaz, mediante um processo devido e justo¹⁹.

Podemos concluir que, a partir de um processo inclusivo iniciado na democratização do acesso à educação em igualdade de oportunidades, a pessoa com deficiência torna-se conhecedora de seus direitos e obrigações. Desta forma, a garantia do acesso à justiça torna-se um direito mais exequível a partir do momento que se tem o conhecimento dos direitos e das ferramentas corretas para pleiteá-los.

É indispensável que haja uma porta de entrada para o Poder Judiciário. No entanto, é igualmente necessária que exista a porta de saída. De nada adianta garantir o direito de postulação perante o Estado-juiz sem o devido processo legal, isto é, sem processo provido de garantias processuais, tais como o contraditório, a ampla defesa, a produção de provas obtidas por meios lícitos, a ciência dos atos processuais, o julgamento em tempo razoável, a fundamentação das decisões, o julgamento justo, a eficácia das decisões etc.

Logo o Acesso à Justiça deve ser visto como fim e meio de se obter uma Justiça Social, aqui materializada no aspecto da igualdade material, devendo ser impostos critérios distintivos justos e razoáveis entre os cidadãos, objetivando uma igualdade de fato para compensar as desigualdades existentes no plano real. Desigualar direitos para igualar oportunidades.

O direito social à educação como ferramenta do Acesso à Justiça

A CF/88 afirma que a educação é direito de todos e dever do Estado e da família, devendo ser promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

José Celso de Melo Filho²⁰ afirma que o conceito de educação é mais compreensivo e abrangente que o da mera instrução. A educação objetiva propiciar a formação necessária ao desenvolvimento das aptidões, das potencialidades e da personalidade. A educação, processo contínuo e complexo que é, deve ser vista e analisada como um exercício de liberdade, na medida em que, desenvolvendo e ampliando a capacidade do educando, qualifica-o a compreender e avaliar, criticamente, as experiências ministradas pela realidade social.

¹⁹ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Acesso à justiça. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1988, p.12.

²⁰ MELLO FILHO, José Celso de. Constituição Federal anotada. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 1986, p. 533

Desta forma, o texto constitucional, em sua interpretação humanista, deixa claro que a educação vai além do aspecto da mera instrução, não se exaure no mero ensino das ciências, mas trata-se de um processo que se inicia, mas não possui um término, em função da própria mutabilidade e evolução do conhecimento e das experiências.

O direito à educação, em relação à pessoa com deficiência, figura como meio de diminuir a vulnerabilidade desta população e da situação precária retratada no último Censo do IBGE²¹ realizado em 2010. Segundo esta última pesquisa 45,6 milhões de pessoas declararam possuir alguma deficiência, obviamente nem todas incapacitantes. No entanto, os dados revelam um montante expressivo da população que eventualmente pode necessitar da manifestação estatal garantindo a igualdade material na realização dos atos do cotidiano, como prevê o Estatuto da Pessoa com Deficiência em seu art. 1º.

Neste montante de 45 milhões de pessoas com deficiência, a taxa de alfabetização foi de 81,7%, quando se analisa o mesmo critério na população sem qualquer deficiência atinge 90,6%. Aprofundando-se nos dados deste Censo, no tocante ao nível de instrução, a situação se torna ainda mais alarmante, 61,1% da população com quinze anos ou mais e que apresenta ao menos uma deficiência não possui ensino fundamental completo. Na população que se declara sem deficiência, esse percentual cai para 38,2%.

Grande parte destes abismos educacionais são criados pela falta de concretude das políticas educacionais inclusivas. Há o respaldo legal, no entanto, o administrador, de forma geral, ao direcionar as suas ações, não enxerga a inclusão e a capacitação dos agentes públicos como um dos objetivos de primeira grandeza, embora a letra da lei direcione a atuação do Estado no sentido da inclusão.

Em sua obra Sasaki²² relata que existem seis dimensões de acessibilidade, dentre estas dimensões, a que apresenta um maior reflexo na esfera da educação é a dimensão comunicacional. Nesta dimensão visualiza-se grande parte dos problemas que afeta de maneira negativa os dados envolvendo as pessoas com deficiência. Dentre os problemas comumente apresentados, tanto na educação pública como privada destaca-se a falta de intérprete de Libras, a quantidade inexpressiva de livros em braile, a falta de recursos audiovisuais, professores sem qualificação para utilizar práticas inclusivas e a falta de mediadores escolares. Estas são as falhas comumente encontradas, no entanto a depender da dificuldade apresentada pela pessoa com deficiência, outras barreiras podem surgir.

Souza²³ entende que o problema do acesso à justiça começa no plano educacional. Este é o ponto de partida. Pode-se dizer que o acesso à justiça começa a partir da possibilidade de conhecer os direitos e, quando violados, os mecanismos para exercê-los, na medida em que o conhecimento dos direitos, em larga medida, passa inicialmente pela informação.

²¹ INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). Censo Brasileiro de 2010. Rio de Janeiro: IBGE, 2012.

²² SASSAKI, R. K. Inclusão: acessibilidade no lazer, trabalho e educação. Revista Nacional de Reabilitação (Reação), São Paulo, Ano XII, mar./abr. 2009, p. 10-16.

²³ SOUZA, Wilson A. Acesso à Justiça. Editora Dois de Julho. 2011, p. 91.

Estes problemas educacionais afetam diretamente o Acesso à Justiça²⁴ e isso se agrava ainda mais quando se percebe que não é garantida a igualdade de oportunidades apregoadas pelo Estado Democrático, na medida em que as pessoas com deficiência têm ainda menos acesso à educação que as pessoas sem deficiência²⁵.

Segundo dados do Censo Escolar/INEP 2020²⁶, somente 60% das escolas possuem dependências acessíveis aos portadores de deficiências e somente 47% possuem sanitários acessíveis aos portadores de deficiência. Logo, estes dados demonstram que quase metade das escolas públicas e privadas não estão adaptadas para receber um estudante com deficiência, ocasionando uma grande evasão escolar.

Esta exclusão social não se resume ao âmbito escolar, mas em vários aspectos da vida cotidiana ocasionando um sentimento de não pertencimento na sociedade, de uma invisibilidade perante o Estado. Tal sentimento é alimentado pelas barreiras existentes para o gozo de direitos elementares, por exemplo: um cadeirante que não consegue adentrar um prédio público por não ter rampa de acesso; um deficiente visual que não consegue estudar por não haver livros em braile; um surdo-mudo que vai assistir aula ou palestra e não há intérprete de libras, uma pessoa cega que não consegue fazer compras no supermercado pois os rótulos não possuem informações em braile etc. Estes fatos acabam por estimular uma reclusão nos lares e um esmorecimento na luta pela igualdade de oportunidades, principalmente por aqueles que não tem conhecimento dos seus direitos.

Desta forma, não é precipitado falar que a falta de educação acaba se tornando o primeiro obstáculo ao acesso à justiça no Brasil, na medida que engessa a possibilidade do desenvolvimento humano, culminando com a segregação social e o total desconhecimento dos direitos básicos e dos mecanismos de exercê-los, assemelhando-se na prática ao fato de não os ter.

O problema da informação está relacionado com o princípio democrático, na medida em que o cidadão não informado de seus direitos fica privado de exercê-los, o que lhe impede de participar da vida democrática, de maneira que em relação a essas pessoas há uma mitigação do exercício da democracia.

Um Estado efetivamente democrático não se manifesta somente através de um ordenamento jurídico avançado e igualitário formalmente, mas prioritariamente no fornecimento de igualdade de oportunidades. Esta por sua vez, manifesta-se pela igualdade material, não objetivado criar desigualdades ilógicas, mas desigualar as relações para que se permita a igualdade de oportunidades, pois tem como pressuposto a

²⁴ O Acesso à Justiça deve ser entendido não somente como a capacidade de se provocar o judiciário e obter uma resposta célere, mas de se ter o pleno conhecimento dos direitos e obrigações e, de posse destes posicionar-se na sociedade.

²⁵ SOUZA, W.A. e CRUZES, M.S.S. A Democratização do Acesso à Justiça para pessoas com Deficiência Física no Brasil: Avanços e Desafios. Revista Cidadania e Acesso à Justiça, Porto Alegre, v.4. n.2. Jul/Dez 2018.

²⁶ BRASIL. MEC. Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais (Inep). Sinopse Estatística da Educação Básica 2020. [Online]. Brasília: Inep, 2020. Disponível em: http://https://qedu.org.br/brasil/censo-escolar?year=2020&dependence=0&localization=0&education_stage=0&item=. Acesso em: 21 mar. 2021.

inexistência de uma igualdade absoluta considerando as diferenças entre os destinatários da norma.

O Estado tem o dever de igualar as oportunidades ainda que momentaneamente tenha de dar um tratamento desigual, são as chamadas ações afirmativas. Promover a igualdade não significa inexistir diferença no tratamento e sim, proibir as diferenças injustificadas.

As ações afirmativas compõem um grupo de institutos cujo objetivo precípua é, grosso modo, compensar, por meio de políticas públicas ou privadas, os séculos de discriminação a determinadas raças ou segmentos.

Desta forma, pode-se concluir que ações afirmativas na área educacional devem ser uma máxima na política governamental, pois a Educação é o ponto de partida para o desenvolvimento socioeconômico do próprio Estado. Quanto se adentra no microcosmo das pessoas com deficiência a relevância da educação torna-se ainda mais evidente, haja vista às naturais barreiras enfrentadas.

Ainda há a existência de um outro o grande problema, quando se fala em acesso à justiça como prerrogativa para requerer o cumprimento por parte do Estado em relação aos direitos sociais, em especial a educação das pessoas com deficiência. Pinsky²⁷ afirma que, ao julgar uma demanda, o juiz acaba manifestando os seus valores e convicções, logo, ao analisar uma causa de uma população ou de uma vivência a que lhe seja familiar, o seu julgamento será condizente com a realidade real. Fazendo o raciocínio inverso, um magistrado desvinculado da realidade social, fará um julgamento tecnicamente correto. No entanto, ao não conhecer os aspectos sociais, sua decisão será contestável, do ponto de vista social, quanto a sua efetividade.

Do argumento suscitado, presume-se que os operadores do Direito que possuam qualquer espécie de deficiência ou que tenham contato com pessoas nesta situação, acabam tendo uma maior sensibilidade e compreensão real dos fatos ao se depararem com demandas que envolvam este público. Desta forma acabam propondo soluções que axiologicamente possuem eficácia social.

Quando se fala em pessoas com deficiência está se falando de aproximadamente 45,6 milhões de indivíduos, segundo dados do IBGE/2010, portanto uma quantidade expressiva de cidadãos os quais o Estado tem o dever de promover medidas inclusivas, sob pena de, diante desta omissão, ocasionar indiretamente uma segregação humana pelas capacidades físicas ou intelectuais, a qual naturalmente acaba ocorrendo na inércia estatal.

É válido sustentar que a educação é a porta de entrada para o conhecimento e usufruto dos direitos pelas pessoas com deficiência. Este conhecimento, quando internalizado, será o substrato para a luta pela efetivação de tantos outros direitos constitucionais e infraconstitucionais, além de esclarecer a forma de se usar os instrumentos certos para combater qualquer espécie de discriminação e, na ocasião de uma lesão ou ameaça de lesão, provocar o Judiciário para garantir a concretude do que lei garante.

²⁷ PINSKY, Jaime. *Cidadania e Educação*. 10^a ed. São Paulo: Ed. Contexto, 2011, p.121.

Considerações finais

A pessoa com deficiência, ao longo da história, sempre teve de enfrentar diversas barreiras ocasionadas pelas limitações impostas, aliada ao despreparo da sociedade para com esta parcela da população, que, até meados do século XX, não recebia a devida atenção estatal.

Com o advento das duas Grandes Guerras Mundiais, mais precisamente ao término destas guerras, diante de uma massa de cidadãos mutilados e com sequelas das Guerras, o mundo, em especial a Europa se viu na obrigação de promover medidas para reinserir estes cidadãos na sociedade.

A ONU assumiu a vanguarda no direcionamento político deste processo de inclusão da pessoa com deficiência através da elaboração de documentos e tratados internacionais, dentre os quais trouxemos em destaque a Agenda 2030 e a Declaração de Salamanca. Ambos alçando a Educação como um dos temas centrais para a construção de uma sociedade mais justa e inclusiva.

Este direcionamento internacional influenciou o ordenamento jurídico brasileiro o qual incorporou diversos de seus valores nos textos legais representando um grande divisor para as pessoas com deficiência na luta pela igualdade.

Este avanço, no entanto, não representa um término das barreiras existentes, mas a cristalização legal de valores a serem perseguidos pelo Estado. As barreiras para a participação plena e efetiva na sociedade continuam existindo e normalmente são atentadas por aqueles que as enfrentam no cotidiano.

Diante disto questionou-se como a educação pode influenciar a vida da pessoa com deficiência, em especial no acesso à justiça. Ora, a educação plena é um dos principais valores a serem perseguidos pelos Estados democráticos. No Brasil é um direito social constante na carta magna o qual deve balizar as ações do Poder Executivo no estabelecimento de suas políticas públicas visando garantir uma igualdade não somente na lei, aspecto formal, mas uma igualdade de oportunidades, material.

Conforme demonstrado, um grau de instrução menor afeta diretamente a efetivação do Acesso à Justiça, a partir do momento em que o desconhecimento dos próprios direitos acaba se assemelhando, na realidade, a não os ter, e, quando se conhece alguns poucos direitos, não se sabe como pleiteá-los diante de uma eventual ilegalidade ou omissão. A falta de consciência cidadã, a qual somente é obtida por meio da educação, faz com que as barreiras sejam vistas como meros aborrecimentos do dia a dia, encobrindo a responsabilidade estatal.

O Acesso à Justiça vai além da mera concessão da Justiça gratuita, mas engloba a forma de se provocar o Poder Judiciário, a obtenção de uma manifestação em tempo hábil e o próprio conhecimento dos direitos e obrigações.

Assim sendo, a justiça está ligada ao modo como as pessoas vivem e exercem seus direitos, e não meramente à natureza das instituições que as cercam. Quando se fala em participação plena e efetiva das pessoas com deficiência em igualdade de condições, a consciência cidadã, obtida pela educação, acaba tendo contornos ainda mais

emblemáticos pois grande parte das mudanças legislativas ocorreram mediante pressão da própria população com deficiência que, ciente dos seus direitos, exigiu a sua efetividade.

Desta forma, conclui-se que a educação fomenta o processo de Acesso à Justiça pois liberta o cidadão da ignorância que o torna refém de sua própria realidade e retira-o da posição conformista de espectador de sua existência desfavorável, e coloca-o como ator na política de transformação social. Quando se fala de pessoa com deficiência, a educação tem um papel crucial, pois, em um Estado de postura reativa, somente com a manifestação irresignada deste microcosmo populacional, subsidiado pelo conhecimento advindo da educação, as barreiras poderão ser identificadas e combatidas, beneficiando estas e as futuras gerações.

REFERÊNCIAS

BRASIL, *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 25 mar. 2021.

BRASIL, Lei nº 13.146, de 06 de julho de 2015. *Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência)*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm. Acesso em 25 mar. 2021.

BRASIL. MEC. Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais (Inep). *Sinopse Estatística da Educação Básica 2020*. [Online]. Brasília: Inep, 2020. Disponível em: http://https://qedu.org.br/brasil/censo-escolar?year=2020&dependence=0&localization=0&education_stage=0&item=. Acesso em: 21 mar. 2021.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. P. 236.

BERTELSMANN STIFTUNG AND SUSTAINABLE DEVELOPMENT SOLUTIONS NETWORK. *Sustainable Development Report 2019: transformations to achieve the Sustainable Development Goals*. Bertelsmann Stiftung: Gütersloh, 2019. Disponível em: https://s3.amazonaws.com/sustainabledevelopment.report/2019/2019_sustainable_development_report.pdf. Acesso em: 02 mar. 2021.

CAMILLO, Everton da Silva. *Diretrizes para formular políticas públicas de promoção do livro, leitura e bibliotecas: foco no ODS 4 da Agenda 2030*. Dissertação de Mestrado – Universidade Estadual Paulista, Universidade Estadual Paulista. 2020.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1988.

CASTRO FILHO, C. M. Agenda 2030 para o desenvolvimento sustentável: uma leitura de política pública na clave da biblioteca escolar. RDBCI: *Rev. Digit. Bibliotecon. Cienc. Inf.*, Campinas, v. 16, n. 3, p. 355-372, set./dez. 2018. DOI: 0.20396/rdbci.v16i3.8650931. Disponível em: <https://periodicos.sbu.unicamp.br/ojs/index.php/rdbci/article/view/8650931>. Acesso: 07 mar. 2021.

CÉSAR, Augusto de Oliveira. *A pessoa com deficiência intelectual: O amparo e a proteção para inclusão social*. Belo Horizonte. Editora Dialética, 2019.

COMISIÓN ECONÓMICA PARA AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE (CEPAL). *El analfabetismo funcional en América Latina y el Caribe: panorama y principales desafíos de política*. Santiago: Naciones Unidas, 2014. Disponível em: https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/36781/1/S2014179_es.pdf. Acesso em: 07 mar. 2021.

COMISIÓN ECONÓMICA PARA AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE (CEPAL). *La Agenda 2030 y los Objetivos de Desarrollo Sostenible: una oportunidad para América Latina y el Caribe*. Santiago: Naciones Unidas, 2018. Disponível em: https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/40155/24/S1801141_es.pdf. Acesso em: 07 mar. 2021.

DURKHEIM, Emile. *Educação e Sociedade*. Petrópolis: Vozes, 2011.

FIGUEIRA, Emílio. *Caminhando em silêncio: uma introdução à trajetória das pessoas com deficiência na história do Brasil*. São Paulo: Giz Editorial, 2008.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). *Censo Brasileiro de 2010*. Rio de Janeiro: IBGE, 2012.

MELLO FILHO, José Celso de. *Constituição Federal anotada*. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 1986.

MENEZES, Ebenezer Takuno de; SANTOS, Thais Helena dos. *Verbete Declaração de Salamanca. Dicionário Interativo da Educação Brasileira - Educabrazil*. São Paulo: Midiamix, 2001. Disponível em: <<https://www.educabrazil.com.br/declaracao-de-salamanca/>>. Acesso em: 08 jun. 2020.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 28ªed. São Paulo: Atlas, 2012;

NOVELINO, Marcelo. *Curso de Direito Constitucional*. 11ªed. Salvador: Ed. Jus Podium, 2016;

ONU. *Declaração Mundial de Educação para Todos e Plano de Ação para Satisfazer as Necessidades Básicas de Aprendizagem*. Conferência Mundial sobre Educação para Necessidades Especiais, 1994, Salamanca (Espanha). Genebra: UNESCO, 1994.

ONU. Organização das Nações Unidas. *Transformando Nosso Mundo: A Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável*. 2015. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2015/10/agenda2030-pt-br.pdf> > Acesso em 01 nov. 2020.

PINSKY, Jaime. *Cidadania e Educação*. 10ª ed. São Paulo: Ed. Contexto, 2011.

SANTOS, Alex Reis; TELES, Margarida Maria. *DECLARAÇÃO DE SALAMANCA E EDUCAÇÃO INCLUSIVA*. In: 3º SIMPÓSIO DE EDUCAÇÃO E COMUNICAÇÃO, 9., 2012, Aracajú. *Anais [...]*. UNIT: USP, 2012. p. 77-87. Disponível em: <http://geces.com.br/simposio/anais/anais-2012/Anais-077-087.pdf>. Acesso em: 11 jun. 2020.

SANTOS, Clintos Guimarães dos. *Tutela Jurisdicional aos Direitos Sociais*. Tese de Doutorado - Programa de Pós-graduação da Faculdade de Direito de São Paulo. Universidade de São Paulo. 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 30, abr./jun 1999, p. 97. Disponível em: <<http://www.revistasrtonline.com.br/portalrt/template.htm?view=main>>. Acesso em: 18 abr. 2021.

SARMENTO, Daniel. O mínimo existencial. *Revista de Direito da Cidade*. 2006, vol.8, nº4, p.1644-1689.

SASSAKI, R. K. Inclusão: acessibilidade no lazer, trabalho e educação. *Revista Nacional de Reabilitação (Reação)*, São Paulo, Ano XII, mar./abr. 2009, p. 10-16.

SOUZA, W.A. e CRUZES, M.S.S. A Democratização do Acesso à Justiça para pessoas com Deficiência Física no Brasil: Avanços e Desafios. *Revista Cidadania e Acesso à Justiça*, Porto Alegre, v.4. n.2. Jul/Dez 2018.

SEN, Amartya. *A ideia de justiça*. 1ª Ed. Companhia das Letras. 2011.

SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. Companhia das Letras. 2010;

SILVA, Otto Marques da. *A Epopeia Ignorada – A História da Pessoa Deficiente no Mundo*. São Paulo: CEDAS, 1987;

SOUZA, Wilson A. *Acesso à Justiça*. Editora Dois de Julho. 2011.

TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 18. ed., São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

Data de Recebimento: (O editor preenche a data).

Data de Aprovação: (O editor preenche a data).

ACORDOS INTERNACIONAIS E O CRÉDITO RURAL

INTERNATIONAL AGREEMENT AND RURAL CREDIT

*Lenise Faria de Oliveira Mendes**
*Muriel Amaral Jacob***
*José Carlos de Assunção****

RESUMO

O presente trabalho aborda os acordos internacionais, em especial o Acordo de Basileia, com foco no crédito rural e no gerenciamento de risco e socioambiental. Neste âmbito, emergiu o seguinte questionamento: como incentivar o agronegócio por meio do crédito rural sem expor a instituição financeira a riscos que excedam o apetite estratégico da organização, diante dos acordos internacionais? A partir desta pergunta objetivou-se, de forma geral, demonstrar a relevância das recomendações dos acordos internacionais, como o Comitê de Supervisão Bancária de Basileia, na formação do marco legal e regulatório do crédito rural. Para isto, valeu-se da pesquisa bibliográfica, do método de procedimento histórico e do método de abordagem dedutivo. Concluiu-se que todas as regras de gerenciamento de riscos instituídas pelas recomendações dos acordos internacionais devem ser muito bem acompanhadas, pois se assim feito reduzirá a chance de quebra de instituições financeiras e de perda financeira dos seus aplicadores.

Palavras-chave: Crédito Rural; BIS; Basileia; Riscos; PRSAC.

ABSTRACT

The present work addresses international agreements, especially the Basel Accord with a focus on rural credit, in addition to its risk and socio-environmental management. In this context, the following question emerged: how to encourage agribusiness through rural credit without exposing the financial institution to risks that exceed the strategic appetite of the organization, in view of international agreements? From this question, the general objective was to demonstrate the relevance of the recommendations of the International Agreements, such as the Basel Committee on Banking Supervision, in the formation of the legal and regulatory framework of rural credit. It was concluded that all risk management rules instituted by the recommendations of the International Agreements must be very well followed, because if this is done, it will reduce the chance of financial institutions' bankruptcy and the financial loss of their investors.

Key-words: Rural Credit; BIS; Basel; Risks; PRSAC.

* Mestranda em Direito do Agronegócio e Desenvolvimento pela UniRV (2021-2022). Especialista em Direito Processual Civil pela Faculdade Damásio (2017). Advogada. Atualmente está como Diretora Executiva do Sicoob Empresarial em Rio Verde, GO. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8739786254829109>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-2004-0520>. E-mail: lenise.faria@gmail.com.

** Orientadora, doutora em Direito pela PUC-SP, Mestre em Direito pela Univem. Professora Permanente do Programa de Pós-graduação em Direito Stricto Sensu do Mestrado Profissional em Direito do Agronegócio e Desenvolvimento da UniRV. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9420157848302360>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-3937-8161>. E-mail: murieljacob@hotmail.com.

*** Orientador, mestre em Letras pela PUC Minas (2005). Pós-graduado em Controladoria e Finanças (2008). Pós-graduado em Administração Rural (1997). Membro do Instituto Brasileiro de Estudos Cooperativos (IBECOOP). Sócio proprietário da JC Capacitação. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3111847241102508>. E-mail: assuncaojc@gmail.com.

INTRODUÇÃO

Este estudo tem por objetivo demonstrar a relevância das recomendações dos Acordos Internacionais, em especial o Comitê de Supervisão Bancária da Basileia na formação do marco legal e regulatório do crédito rural.

O principal objetivo é compreender as recomendações do Acordo de Basileia no gerenciamento de risco de crédito e social, ambiental e climático, e tendo como problema de pesquisa o seguinte questionamento: como incentivar o agronegócio por meio do crédito rural sem expor a instituição financeira a riscos que excedam o apetite estratégico da organização, diante dos acordos internacionais?

Para isso se faz necessário uma análise histórica do Acordo de Basileia, desde a criação do *Bank for International Settlements (BIS)*, a criação do Comitê de Supervisão Bancária da Basileia, os pilares da Basileia, os riscos envolvidos nas operações de crédito rural e principalmente sobre a nova responsabilidade socioambiental e climática.

Para isto, valeu-se da pesquisa bibliográfica, do método de procedimento histórico e do método de abordagem dedutivo. Quanto à metodologia utilizada para a condução do estudo, a técnica de pesquisa pauta-se na documentação indireta, por meio da pesquisa bibliográfica. Em relação ao método de procedimento, o estudo se vale do método histórico, já que se faz necessário traçar o conceito histórico do Acordo de Basileia, suas evoluções e aplicabilidade nas instituições financeiras – fundamental para a compreensão da sua relevância no agronegócio. O método de abordagem é o dedutivo.

O referencial teórico tem respaldo em diversos referenciais teóricos de órgãos federais, como o órgão normativo Conselho Monetário Nacional (CMN), a entidade supervisora Banco Central do Brasil (BACEN), os autores Reis (2019), Souza (2018), entre outros.

Ressalta-se que o estudo do tema se justifica no cenário brasileiro atual à medida em que a demanda por crédito rural aumenta para manter o agronegócio e, paralelamente a isso, as instituições financeiras precisam se atentar às normas regulatórias que são influenciadas diretamente pelo direito internacional.

Contextualização histórica do Acordo de Basileia

Em 1930, surge o *BIS (Bank for International Settlements)*, em português Banco de Compensações Internacionais, na Conferência de Haia do mesmo ano na qual foi adotada uma convenção entre a Bélgica, França, Alemanha, Itália, Japão, Reino Unido e Suíça. O *Young Plan* (Plano Jovem) levou à criação do BIS (uma organização internacional) e o seu papel era administrar a cobrança e a distribuição dos pagamentos efetuados como compensação de impostos à Alemanha (e em menor proporção, a outros países da Europa Central, aliados derrotados na Primeira Guerra Mundial) pelo Tratado de Versalhes.

O nome do banco originou-se da sua função inicial e “[...] foi nomeado como agente para os curadores e fiduciários dos empréstimos internacionais do governo alemão [...] (os chamados *Dawes and Young Loans*, emitidos para financiar as reparações” (tradução nossa)¹ de guerra, usando majoritariamente crédito privado de bancos dos EUA). No entanto, desde 1932 (após o Acordo de Lausanne) “[...] o BIS focou as suas atividades na cooperação técnica entre os bancos centrais [...]” (tradução nossa)² e outras agências em busca da estabilidade monetária e financeira em todos os países de economia aberta.

Em 1974, na esteira da globalização e dos seus reflexos, como os efeitos em cascata na economia mundial, “o Comitê de Basileia - inicialmente designado Comitê de Regulamentação Bancária e Práticas de Supervisão - foi criado pelos governadores dos bancos centrais dos países do G10 [...]” (tradução nossa)³, que funciona como um fórum mundial para discussão e cooperação em matéria de regulação bancária prudencial. Seu principal objetivo consiste em reforçar a regulação, a supervisão e as melhores práticas entre todos os agentes reguladores, supervisores e operadores do mercado financeiro global⁴.

A criação do Comitê era o início da mudança da solidificação da função principal do BIS. Após a unificação monetária europeia, aos poucos o BIS começou a se tornar referência em termos de recomendação sobre as regras de funcionamento do SFI (Sistema Financeiro Internacional), direcionando como os bancos centrais deveriam e devem agir.

Nas décadas seguintes, o Comitê formulou e divulgou os chamados Acordos de Capital de Basileia, conhecidos como Basileia I, Basileia II e Basileia III⁵. Conforme já dito, o BIS é um fórum de discussão e uma plataforma de cooperação entre os bancos centrais e outras autoridades. “Esta cooperação internacional é conhecida como o Processo de Basileia. Gira em torno de dois eixos principais: Reuniões regulares de alto nível com as autoridades monetárias e financeiras; Apoio do BIS e a colaboração com grupos internacionais que procuram a estabilidade financeira”⁶.

¹ No original: “[...] (the BIS was appointed agent to the trustees and trustee, respectively, for the German government international [...] (the so-called *Dawes and Young Loans* issued to help finance reparations)”. BIS, Bank for International Settlements. History - overview. 2022. Disponível em: https://www.bis.org/about/history_1foundation.htm. Acesso em: 14 jan. 2022.

² No original: “[...] the BIS focused its activities on the technical cooperation between central banks [...]” Ibid.

³ No original: “The Basel Committee - initially named the Committee on Banking Regulations and Supervisory Practices - was established by the central bank Governors of the Group of Ten countries [...]”. BIS, Bank for International Settlements - History of the Basel Committee. Disponível em: <https://www.bis.org/bcbs/history.htm>. acesso em: 14 jan. 2022.

⁴ BACEN. Banco Central do Brasil. Banco de Compensações Internacionais (BIS). 2022. Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/acessoinformacao/bis>. Acesso em: 08 jan. 2022.

⁵ PREVIDELLI, Maria de Fátima da Silva; PAULA, Luis Eduardo Simões de; ALMEIDA, Fernando Roberto de Freitas. O Banco de compensações Internacionais (BIS) e a Unificação Monetária Europeia. In: XIII Congresso Brasileiro de História Econômica e 14ª Conferência Internacional de História de Empresas o Banco de Compensações Internacionais (BIS) e a Unificação Monetária Europeia. 2019, Criciúma. Disponível em: <http://www.abphe.org.br/arquivos/2019-maria-de-fatima-da-silva-previdelli--luis-eduardo-simoes-de-souza--fernando-roberto-freitas-de-almeida.pdf>. Acesso em: 14 jan. 2022.

⁶ “This international cooperation is known as the Basel Process. It revolves around two main axes: regular high-level meetings of senior monetary and financial officials; the BIS's support for and collaboration with international groups pursuing financial stability.”

O acordo internacional é a condição prévia para normas globalmente consistentes produzidas pelos comitês de definição de normas, mas não substitui a legislação nacional e para se tornarem vinculativos, os acordos alcançados em Basileia têm de ser aprovados e implementados em nível nacional, seguindo os devidos processos regulamentares e legislativos em cada jurisdição individual. No Brasil, os acordos foram aprovados e implementados pelo Banco Central do Brasil (BACEN), o qual é acionista do BIS desde 1997 e membro do Comitê de Basileia desde 2009.

Em 1988 foi divulgado o primeiro Acordo de Capital da Basileia (Basileia I), o qual objetivou criar exigências mínimas de capital para instituições financeiras como forma de fazer face ao risco de crédito. Em 1996, o Comitê publicou uma emenda ao Acordo de 1988, incorporando ao capital exigido cobertura de capital para risco de mercado.

Em 2004 foi divulgada o Basileia II, que se tratava da revisão do Acordo de Capital da Basileia, com o objetivo de buscar uma medida mais precisa dos riscos incorridos pelos bancos internacionalmente ativos, incorporando necessidade de capital para risco operacional. Basileia II também estabeleceu os três pilares que condicionam todas as recomendações do Comitê⁷.

A crise financeira mundial iniciada em 2007/2008 assinalou que Basileia I e II se mostravam insuficientes para impedir a alavancagem excessiva dos bancos, a qual, aliada à baixa qualidade do capital e à baixa margem de liquidez, compunha o cenário de fragilidade do sistema bancário⁸.

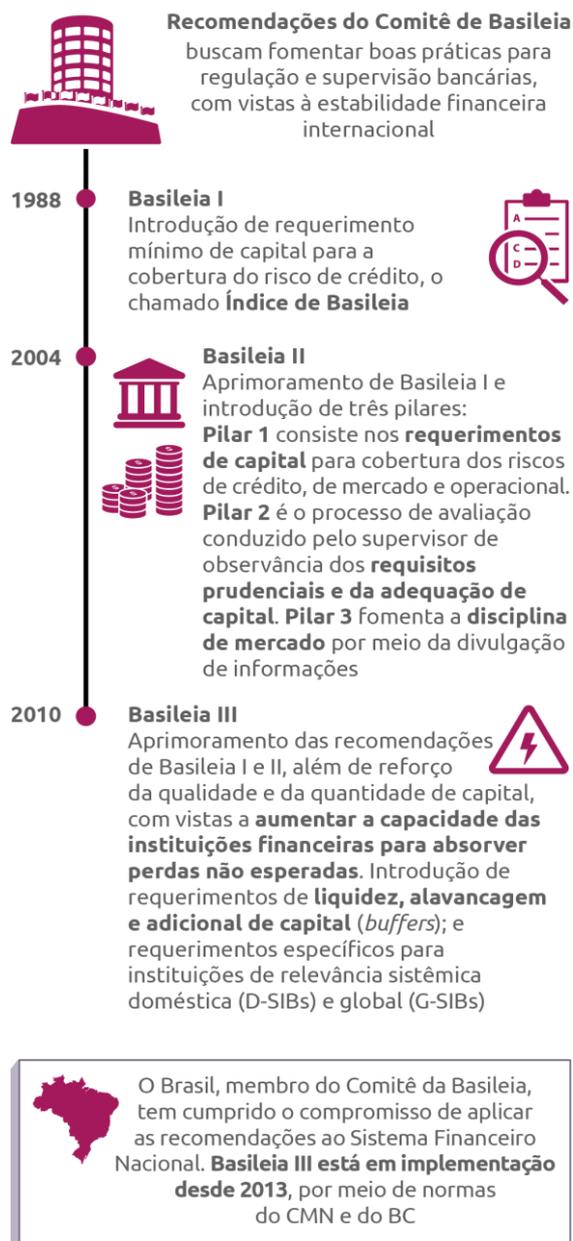
Assim, como aprimoramento contínuo da estrutura prudencial aplicável às instituições financeiras, o Comitê de Basileia divulgou o Basileia III, que visa primordialmente a elevação da qualidade e quantidade do capital regulatório, aperfeiçoamento dos fatores para a ponderação de ativos pelo risco, introdução dos *buffers* (colchões) de capital para conservação e contraciclicidade, novos requerimentos de liquidez e alavancagem, requisitos prudenciais para as instituições sistêmicas, levando ao aperfeiçoamento da capacidade de as instituições financeiras absorverem choques provenientes do próprio sistema financeiro ou dos demais setores da economia, reduzindo o risco de transferência de crises financeiras para a economia⁹. É importante ressaltar que os acordos divulgados não são revogados a cada divulgação de um novo acordo; são feitas somente atualizações, melhorias das recomendações anteriores, isto é, ainda há orientações vigentes dos Basileia I e Basileia II.

Figura 1 – Régua cronológica dos Acordos de Basileia

⁷ ALENCAR, Leonardo S. *Trabalhos para Discussão nº 251*. Um exame sobre como os bancos ajustam seu índice de Basileia no Brasil. Banco Central do Brasil: Brasília, 2011. Disponível em: <<https://www.bcb.gov.br/pec/wps/port/TD251.pdf>> Acesso em: 28 jan. 2022.

⁸ LEITE, Karla Vanessa B. S.; REIS, Marcos. *O Acordo de Capitais de Basileia III: Mais do Mesmo?* In: *Economia*, Brasília(DF), v.14, n.1A, p.159-187, jan/abr 2013. Disponível em: <http://www.anpec.org.br/revista/vol14/vol14n1p159_187.pdf>. Acesso em: 15 jan. 2022.

⁹ PERES, Guilherme; PAULA, Luiz Fernando de. O Buffer de Capital Contracíclico de Basileia III: uma Avaliação. In: *Análise Econômica*, Porto Alegre, ano 35, n. 68, p. 7-30, set. 2017. Disponível em: <http://www.luizfernandodepaula.com.br/ups/o-buffer-de-capital-contraciclico-de-basileia-iii.pdf>. Acesso em: 15 jan. 2022.



Fonte: BACEN (2022)¹⁰

Pilares dos Acordos de Basileia

Conforme visto anteriormente, em 2004 foi divulgada uma revisão do Acordo de Capital da Basileia, conhecida como Basileia II e nele foram estabelecidos os três pilares

¹⁰ BACEN, Banco Central do Brasil. *Recomendações de Basileia*. 2022. Disponível em: <<https://www.bcb.gov.br/estabilidadefinanceira/recomendacoesbasileia>> Acesso em: 08 jan. 2022.

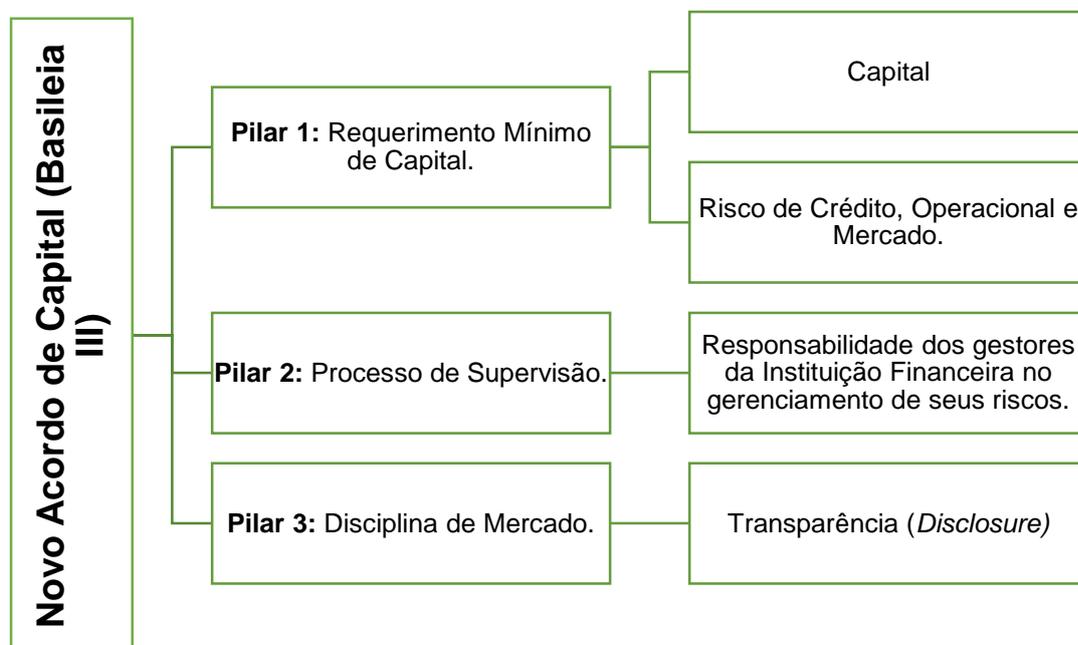
que condicionam todas as recomendações do Comitê¹¹. A característica essencial de cada pilar é:

PILAR 1: trata-se da exigência mínima de capital para as entidades autorizadas a funcionar com crédito, ponderando esta exigência de capital aos fatores associados ao risco de crédito, risco de mercado e ao risco operacional, com foco na solidez do sistema financeiro global.

PILAR 2: trata-se dos critérios para a supervisão bancária e a estrutura de governança, alinhada às melhores práticas das instituições financeiras globais. O foco principal deste pilar está na responsabilidade dos administradores no gerenciamento dos riscos das instituições.

PILAR 3: trata-se da disciplina de mercado, ou seja, foco na transparência da divulgação de informações relevantes ao mercado, buscando reduzir a assimetria de informações entre os agentes financeiros e seus interessados.

Figura 2 – Pilares dos Acordos de Basileia



Fonte: Elaboração própria.

Conceito e tipologia sobre riscos

Com base na ISO 31000, o risco é conceituado como o efeito das incertezas nos objetivos da organização, e os efeitos podem ser positivos (oportunidades) ou negativos (ameaças)¹².

¹¹ BACEN, Banco Central do Brasil. *Recomendações de Basileia*. 2022. Disponível em: <<https://www.bcb.gov.br/estabilidadefinanceira/recomendacoesbasileia>> Acesso em: 08 jan. 2022.

¹² ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS (ABNT). *NBR ISO 3100: Gestão de riscos – princípios e diretrizes*. Rio de Janeiro: 2009.

Os riscos são tipificados entre os de origem financeira e não financeira, conforme exemplificação no quadro abaixo¹³.

Tabela 1 – Tipo dos riscos

Natureza financeira	Natureza não financeira
Risco de mercado; Risco de liquidez; Risco de crédito.	Risco operacional, inclusive inadequação de contratos, falhas e fraudes, como exemplo tecnologia da informação; Risco de estratégia (ou de gestão); Risco de reputação (ou de imagem); Risco legal; Risco de <i>compliance</i> e de lavagem de dinheiro; Risco Socioambiental (RSA).

Fonte: Elaboração própria.

Índice de Basileia

Diante das Resoluções do CMN 4.606/2017 e 4.557/2017, o Índice de Basileia é um conceito internacional definido pelo Comitê de Basileia que recomenda uma relação mínima entre o Capital Base (Patrimônio de Referência - PR) e os riscos ponderados pelo risco de crédito (RWA).

Desde sua criação, em 1988, o índice vem sendo ajustado conforme a atualização do Acordo de Capital de Basileia. Este índice mede a solvência da instituição financeira e o resultado deve ser maior que 10,5% ou 13%, conforme o enquadramento do segmento da instituição¹⁴. Quanto maior o índice, maior a sobra de capital próprio ou patrimônio para a realização de operações de crédito de maior risco, e menor será o endividamento em outras instituições.

Fórmula do Índice de Basileia (IB):

$$\text{Índice de Basileia (IB)} = \frac{\text{Patrimônio de Referência (PR)}}{\text{RWA}}$$

¹³ BACEN. Banco Central do Brasil. *Gestão Integrada de Riscos*. Departamento de Riscos Corporativos e Referências Operacionais – Deris, 2013. Disponível em: [https://www.bcb.gov.br/content/publicacoes/outras_publicacoes/outras_publicacoes/alfa/Gestao-Integrada-de-Riscos.pdf](https://www.bcb.gov.br/content/publicacoes/outras_publicacoes/alfa/Gestao-Integrada-de-Riscos.pdf). Acesso em: 15 jan. 2022.

¹⁴ BRASIL. Ministério da Fazenda/Banco Central do Brasil. Resolução nº 4.553, de 30 de janeiro de 2017. Estabelece a segmentação do conjunto das instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil para fins de aplicação proporcional da regulação prudencial. *Diário oficial da União*, Brasília, 2017. Disponível em: https://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/20361114/do1-2017-01-31-resolucao-n-4-553-de-30-de-janeiro-de-2017-20361101. Acesso em: 22 jan. 2022.

Ativos Ponderados pelo Risco (RWA)

Crédito Rural

Em 1991, o Presidente da República sancionou a Lei nº 8.171, que fixou fundamentos, objetivos, recursos, ações e os instrumentos da política agrícola, referente às atividades agropecuárias, agroindustriais e de planejamento das atividades pesqueira e florestal. Um dos instrumentos de política agrícola é o crédito rural (art. 4º, inciso XI c/c art. 48)¹⁵.

Os principais objetivos do crédito rural são: estimular os investimentos rurais; favorecer o custeio oportuno e adequado da produção, do extrativismo não predatório e da comercialização de produtos agropecuários; incentivar a introdução de métodos racionais no sistema de produção, visando ao aumento da produtividade, à adequada conservação do solo e preservação do meio ambiente; propiciar, através de modalidade de crédito fundiário, a aquisição e regularização de terras pelos pequenos produtores, posseiros e arrendatários e trabalhadores rurais; desenvolver atividades florestais e pesqueiras; apoiar a substituição do sistema de pecuária extensivo pelo sistema de pecuária intensivo e estimular o desenvolvimento do sistema orgânico de produção agropecuária¹⁶.

Em suma, o crédito rural é meio para o suprimento de recursos financeiros para aplicação nas finalidades e condições estabelecidas no Manual de Crédito Rural (MCR) do Banco Central do Brasil, proporcionando aos produtores rurais brasileiros condições de competitividade em um mercado globalizado, em que há subsídios às atividades de produção rural nos Estados Unidos e na Europa¹⁷. O crédito rural se divide nas seguintes finalidades: custeio (agrícola e pecuário), investimento (fixo ou semifixo), comercialização e crédito de industrialização.

Dentre as finalidades descritas acima, há vários títulos de crédito rural, no ordenamento jurídico brasileiro, segue abaixo um breve resumo sobre os principais:

Nota Promissória Rural é uma espécie do gênero nota promissória regulamentada pelo Decreto 57.663/8 e Decreto 2.044/08, consoante com os arts. 42 – 45 do Decreto-lei 167/67¹⁸. Rizzardo¹⁹ explica que “diz respeito a contrato de compra e venda a prazo de bens agrícolas. Constitui-se um título líquido e certo, ensejando ação de execução, e classifica-se como título civil”. Já o *caput* do art. 42, do Decreto-lei supracitado,

¹⁵ BRASIL. Lei nº 8.171/1991, de 17 de janeiro de 1991. Dispõe sobre a política agrícola. *Diário oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 17 de janeiro de 1991. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8171.htm>. Acesso em 22 jan. 2022.

¹⁶ REIS, Marcus. *Crédito rural: teoria e prática*. Rio de Janeiro, Forense, 2019.

¹⁷ BACEN. Banco Central do Brasil. *Manual de Crédito Rural*. 2022. Disponível em: <<https://www3.bcb.gov.br/mcr/completo>>. Acesso em: 06 ago. 2021.

¹⁸ BRASIL. Decreto-lei nº 167/1967, de 14 de fevereiro de 1967. Dispõe sobre os títulos de crédito rural e dá outras providências. *Diário oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 14 de fevereiro de 1967. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0167.htm>. Acesso em 8 de maio. 2022.

¹⁹ RIZZARDO, Arnaldo. *Direito do Agronegócio*. 5. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

complementa que é utilizado “nas vendas a prazo de bens de natureza agrícola, extrativa ou pastoril (...)”;

A Duplicata Rural apesar de inspirada na duplicata mercantil (Lei 5.474/68), sua lei não se aplica a duplicata rural, possui como dispositivo legal os arts. 46 a 54 do Dec.-lei 167/67²⁰. Assim como a nota promissória rural, a duplicata rural é um título de crédito rural utilizado na compra e venda de bens agropecuários por produtores rurais e cooperativas, além de que na qualidade de sacador temos o produtor ou a cooperativa, na posição de sacado ou aceitante está o comprador dos bens de natureza agropastoril²¹.

Cédula de Crédito Rural (Pignoratícia, Hipotecária, Pignoratícia e Hipotecária; Nota de Crédito Rural) possui sua denominação conforme a garantia pactuada, regida pelo Dec.-lei 167/67²² (art. 9º e ss.). “(...) Constitui mais um título de crédito rural representativo de um financiamento ou empréstimo bancário (...)”, conforme descreve Rizzardo²³.

A Cédula de Produto Rural – CPR foi criada pela Lei 8.929/94²⁴, é um título à ordem, líquido e certo, representativo de promessa de entrega de produtos rurais, com ou sem garantia cedularmente constituída. Em 2001 foi criada a CPR Financeira. Através da Lei 10.200 foi introduzido o art. 4º-A na Lei da CPR, criando a possibilidade de liquidação financeira da CPR, atraindo novos e importante investidores dispostos a investir no agronegócio, porém não interessados em receber pagamento sob a forma de produtos, mas, sim, de dinheiro²⁵.

Cédula Imobiliária Rural – CIR, cuja regulamentação está nos arts. 17 a 29 da Lei 13.986/2020²⁶, criada a partir da Medida Provisória nº 897/2019, é (...) mais um título de crédito, e que não se confunde com a cédula de crédito rural e a cédula de produto rural. Rizzardo **Erro! Indicador não definido.** descreve que:

(...) na cédula imobiliária rural, o produtor poderá perder a sua propriedade, ou parte dela se omitir-se no pagamento da dívida no vencimento, enquanto nos outros dois títulos faz-se necessária a providência de mover um processo judicial, com o direito de defesa assegurado ao devedor. Além disso, enquanto na cédula imobiliária rural unicamente o proprietário de imóvel rural está habilitado a emití-la (...). (...) é garantia dada a um único banco, enquanto na outra

²⁰ BACEN. Banco Central do Brasil. *Manual de Crédito Rural*. 2022. Disponível em: <<https://www3.bcb.gov.br/mcr/completo>>. Acesso em: 06 ago. 2021.

²¹ Op. cit.

²² Op. cit.

²³ BRASIL. Decreto-lei nº 167/1967, de 14 de fevereiro de 1967. Dispõe sobre os títulos de crédito rural e dá outras providências. *Diário oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 14 de fevereiro de 1967. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0167.htm>. Acesso em 8 de maio. 2022.

²⁴ BRASIL. Lei nº 8.929/1994, de 22 de agosto de 1994. Institui a Cédula de Produto Rural, e dá outras providências. *Diário oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 22 de agosto de 1994. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8929.htm>. Acesso em 8 de maio de 2022.

²⁵ BRASIL. Lei nº 8.171/1991, de 17 de janeiro de 1991. Dispõe sobre a política agrícola. *Diário oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 17 de janeiro de 1991. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8171.htm. Acesso em 22 jan. 2022.

²⁶ BRASIL. Lei nº 13.986/2020, de 7 de abril de 2020. Institui o Fundo Garantidor Solidário (FGS); dispõe sobre o patrimônio rural em afetação, a Cédula Imobiliária Rural (CIR), a escrituração de títulos de crédito e a concessão de subvenção econômica para empresas cerealistas; e dá outras providências. *Diário oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 7 de abril de 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2019-2022/2020/lei/L13986.htm#. Acesso em 8 mai. 2022.

facultam-se garantias a mais de uma instituição, o que se efetiva mediante hipoteca de primeiro, segundo ou terceiro grau.

A título de informação, além dos descritos acima, há outros títulos criados em função do agronegócio, são eles: Certificado de Depósito Agropecuário – CDA, *Warrant* Agropecuário – WA, Certificado de Direito Creditórios do Agronegócio – CDCA, Letra de Crédito do Agronegócio – LCA e Certificado de Recebíveis do Agronegócio – CRA.

Para tanto, a concessão de crédito na atividade rural para emissão dos títulos supracitados, possui os seguintes preceitos básicos: I) idoneidade do tomador; II) fiscalização pelo financiador, liberação de crédito diretamente aos agricultores ou por intermédio de suas associações, ou organizações cooperativas; III) liberação do crédito em função do ciclo da produção e da capacidade de ampliação do financiamento; IV) prazos e épocas de reembolso ajustados à natureza e especificidades das operações rurais, bem como a capacidade de pagamento e às épocas normais de comercialização dos bens produzidos, e fiscalização pelo financiador (art. 50)²⁷.

O gerenciamento de risco no crédito rural

De forma geral, diante da Resolução nº 4.557/2017 do BACEN, aplicam-se às operações de crédito, inclusive crédito rural, riscos que são conceituados e recebem proposta de tratamento do Comitê de Basileia. São basicamente: risco de mercado, risco de liquidez, risco de crédito, risco legal, risco socioambiental e a responsabilidade socioambiental e climática²⁸.

O risco de mercado é a possibilidade de ocorrência de perdas resultantes de flutuações nos valores de mercado de posições detidas pela instituição financeira, de acordo com a Resolução CMN 4.557/2017, descasando responsabilidades (passivos) e direitos (ativos). Esse tipo de risco inclui os riscos das operações sujeitas à variação cambial, taxas de juros, preços de ações e preços de mercadoria (commodities)²⁹.

O risco de descasamento pode ser exemplificado pelas taxas de juros entre operações de origem de recursos (passivas) e operações de crédito (ativas) e o crédito rural, em função da necessidade de taxas menores – se não houver as análises e ações necessárias podem gerar problemas para a instituição financeira.

Risco de liquidez é conceituado pela Resolução nº 4.557/2017 do BACEN como a possibilidade de ocorrência de desequilíbrios entre ativos negociáveis e passivos

²⁷ BRASIL. Lei nº 8.171/1991, de 17 de janeiro de 1991. Dispõe sobre a política agrícola. *Diário oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 17 de janeiro de 1991. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/03/leis/l8171.htm>>. Acesso em 22 jan. 2022.

²⁸ BRASIL. Ministério da Fazenda/Banco Central do Brasil. Resolução nº 4.557, de 23 de fevereiro de 2017. Dispõe sobre a estrutura de gerenciamento de riscos e a estrutura de gerenciamento de capital. *Diário Oficial da União*, Brasília, 2017. Disponível em: < https://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/20471202/do1-2017-03-01-resolucao-n-4-557-de-23-de-fevereiro-de-2017-20471020 >. Acesso em: 22 jan. 2022.

²⁹ BNDES, Banco Nacional do Desenvolvimento. *Risco de Mercado e Liquidez*. 2022. Disponível em: <https://bndes.gov.br/> Acesso em: 22 jan. 2022.

exigíveis, gerando “descasamento” entre pagamentos e recebimentos que possa afetar a capacidade da instituição financeira em honrar suas obrigações (posições passivas) considerando as diferentes moedas e prazos de liquidação dos direitos e das obrigações, ou seja, a incerteza quanto à possibilidade de transformar rapidamente investimento em dinheiro³⁰.

Como exemplo, pode-se citar uma possível crise que leve à paralisação das exportações de commodities e/ou queda expressiva dos valores, dificultando que os produtores rurais paguem os seus créditos e gerando, por consequência, na instituição financeira incapacidade de honrar com os seus compromissos financeiros.

Quanto ao risco de crédito é a possibilidade de ocorrência de perdas associadas ao não pagamento pelo tomador ou pela contraparte de suas obrigações financeiras nos termos pactuados pela Resolução nº 4.557/2017, ou seja, é a probabilidade que o tomador de recurso não queria ou não possa cumprir seus compromissos financeiros³¹. Quanto maior o endividamento do tomador de recursos, maior é o seu risco. De forma geral, o risco de crédito se materializa no não recebimento da operação de crédito e as causas podem ser multifatoriais.

Exemplo 1: Baixa produção do empreendimento (item financiado no crédito rural) e sua comercialização não foi suficiente para cobrir todas as despesas.

Exemplo 2: Contraparte (avalista ou fiador) do mesmo grupo econômico e exposto a baixa produção do empreendimento, juntamente com o tomador.

Exemplo 3: Boa produtividade do empreendimento, no entanto, o tomador desviou o recurso para outras finalidades.

O risco legal é a inadequação ou deficiência em contratos firmados pela instituição, bem como a sanções em razão de descumprimento de dispositivos legais e a indenizações por danos a terceiros decorrentes das atividades desenvolvidas³².

Em outras palavras, o risco legal é definido como a possibilidade ou a ocorrência de perdas decorrentes da não observância das obrigações legais contraídas no curso anormal ou normal das atividades desenvolvidas, dando causa a responsabilização legal, civil ou até criminal.

No que tange ao risco socioambiental, este é definido como a possibilidade de ocorrência de perdas pelas instituições financeiras, decorrentes de dano socioambiental, considerados os riscos de crédito legal e reputacional aos quais podem estar expostos (BRASIL, 2014)³³. Um exemplo histórico: o Instituto Brasileiro de Meio Ambiente e dos

³⁰ ATIVA INVESTIMENTOS. *Política de Gerenciamento de Riscos*. 2022. Disponível em: <<https://ativainvestimentos.com.br/Content/files/Pol%C3%ADtica-de-Gerenciamento-de-Risco-Sistemas-De-Riscos-oct-19.pdf>>. Acesso em: 22 jan. 2022.

³¹ BRASIL. Ministério da Fazenda/Banco Central do Brasil. Resolução nº 4.557, de 23 de fevereiro de 2017. Dispõe sobre a estrutura de gerenciamento de riscos e a estrutura de gerenciamento de capital. *Diário Oficial da União*, Brasília, 2017. Disponível em: < https://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/20471202/do1-2017-03-01-resolucao-n-4-557-de-23-de-fevereiro-de-2017-20471202 >. Acesso em: 22 jan. 2022.

³² Op. cit.

³³ BRASIL. Banco Central do Brasil. Resolução nº 4.327, de 25 de abril de 2014. Dispõe sobre as diretrizes que devem ser observadas no estabelecimento e na implementação da Política de Responsabilidade Socioambiental pelas instituições financeiras e demais instituições autorizadas a funcionar pelo Banco

Recursos Naturais Renováveis (Ibama) multa o Santander em R\$ 47,5 milhões, por causa do financiamento concedido pelo banco à produção de soja e milho em áreas já embargadas pelo órgão³⁴.

Acerca da Responsabilidade Socioambiental e Climática (RSAC), no Brasil é importante ressaltar que o marco regulatório aplicado às instituições financeiras é conduzido pelo Conselho Monetário Nacional (CMN), sendo relevante destacar as seguintes medidas: a) Resolução do CMN nº 4.327, de 2014, que exigiu que instituições financeiras tivessem uma política de responsabilidade socioambiental; b) Resolução CMN nº 4.557, de 2017, sobre estrutura para gerenciamento integrado de riscos das instituições financeiras para identificar, avaliar, monitorar, controlar e mitigar o risco socioambiental; c) Resolução CMN nº 4.661, de 2018, que determina que as Entidades Fechadas de Previdência Complementar considerem riscos socioeconômicos, ambientais e de governança.

Em 16 de setembro de 2021, foi publicada a Resolução do CMN nº 4.945, que dispõe sobre a Política de Responsabilidade Social, Ambiental e Climática (PRSAC) e sobre as ações com vistas à sua efetividade³⁵. Sua vigência será a partir de 1º de julho de 2022 e revogará a Resolução do CMN nº 4.327, de 2014, citada anteriormente.

As principais alterações observadas na Resolução do CMN nº 4.945/2021 são:

1) Aprimoramento de definições e inclusão da ótica climática no arcabouço prudencial, substituindo a atual Política de Responsabilidade Socioambiental (PRSA) pela Política de Responsabilidade Social, Ambiental e Climática (PRSAC);

2) A PRSAC além de estabelecer os princípios e diretrizes sobre o tema para condução dos negócios e das partes interessadas, também envolverá as suas atividades e os processos das instituições;

3) A descrição do que consideram como natureza social, interesse comum, natureza ambiental, natureza climática e partes interessadas (art. 3);

4) Pontos a serem considerados como os impactos de natureza social, ambiental e climática das atividades e dos processos da instituição e seus produtos oferecidos; os objetivos estratégicos da instituição e as condições de competitividade e o ambiente regulatório da instituição (arts. 3 e 4);

5) O capítulo “Da Governança” foi bastante detalhado, principalmente no tocante à definição do diretor responsável sobre os registros das recomendações feitas por ele ou comitê, da competência do Conselho de Administração – desta forma tem-se o fortalecimento dos requisitos de governança e de transparência em relação à PRSAC e às

Central do Brasil. *Diário Oficial da União*, Brasília, 2014. Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/pre/normativos/res/2014/pdf/res_4327_v1_0.pdf> Acesso em: 15 jan. 2022.

³⁴ CASTILHO, Alceu. Multado em R\$ 47,5 milhões pelo Ibama, Santander fala em “agronegócio sustentável”. In: *De olho nos ruralistas*. Observatório do agronegócio no Brasil. 2016. Disponível em: <<https://deolhonosruralistas.com.br/2016/10/23/multado-em-r-475-milhoes-pelo-ibama-santander-fala-em-agronegocio-sustentavel/>>. Acesso em: 15 jan. 2022.

³⁵ BRASIL. Banco Central do Brasil. Resolução CMN nº 4.945/2021 de 15 de setembro de 2021. Dispõe sobre a Política de Responsabilidade Social, Ambiental e Climática (PRSAC) e sobre as ações com vistas à sua efetividade. *Diário Oficial da União*, Brasília, 2021. Disponível em: <<https://www.bcb.gov.br/estabilidadefinanceira/exibenormativo?tipo=Resolu%C3%A7%C3%A3o%20CMN&numero=4945>>. Acesso em: 15 jan. 2022.

ações implementadas. Foi alterada de no mínimo cinco para três anos a revisão da PRSAC (arts. 5 a 9);

6) Um novo capítulo foi criado “Da Divulgação de Informações” que deixa de forma clara a obrigatoriedade da divulgação ao público externo da PRSAC (art. 10);

7) Novo capítulo “Do Conglomerado Prudencial e do Sistema Cooperativa de Crédito” que dispõe sobre as instituições integrantes de um mesmo conglomerado prudencial e em caso de cooperativas a PRSAC deve ser unificada (arts. 11 e 12)³⁶.

Considerações Finais

Diante dos acordos internacionais Basileia I, Basileia II, Basileia III as operações de crédito rural exigem maiores critérios nas análises e maiores reservas de capital das instituições financeiras. Essas instituições possuem um papel importante nas atividades econômicas do agronegócio, desde antes, dentro e após a porteira.

Desta forma, pôde-se observar a participação das instituições financeiras, desde o custeio para aquisição dos insumos, nos investimentos em maquinários (antes da porteira), no financiamento do plantio, colheita, manutenção de máquinas etc. (dentro da porteira), até o apoio ao produtor na armazenagem (crédito rural – comercialização) e na distribuição, incluindo a logística (depois da porteira).

No entanto, as instituições financeiras, principalmente as de menor porte, ao começarem a comercializar o produto crédito rural em suas prateleiras, se não bem administrado, podem perceber grandes variações negativas nos índices que medem a saúde financeira daquela instituição, visto que este ramo de atividade exige maiores volumes liberados, com menores taxas (baixo *spread*), levando a maior exposição a riscos.

Por isto, todas as regras de gerenciamento de riscos devem ser muito bem acompanhadas, como por exemplo, o Índice de Basileia, que tem por objetivo evitar que as instituições emprestem além da sua capacidade financeira, pois o índice, se bem monitorado reduzirá a chance de quebra da instituição e de perda financeira dos seus aplicadores.

E por fim, destacou-se a Política de Responsabilidade Social, Ambiental e Climática – PRSAC (Resolução CMN nº 4.945/2021), que está alinhada com a agenda mundial e com a recente incorporação da dimensão “sustentabilidade” aos compromissos da AgendaBC#. Para Souza (2018, p. 16) “é fundamental políticas de crédito com análises de riscos socioambientais em seus processos decisórios, devido aos impactos sociais, ambientais e climáticos negativos”³⁷.

³⁶ BRASIL. Banco Central do Brasil. Resolução CMN nº 4.945/2021 de 15 de setembro de 2021. Dispõe sobre a Política de Responsabilidade Social, Ambiental e Climática (PRSAC) e sobre as ações com vistas à sua efetividade. *Diário Oficial da União*, Brasília, 2021. Disponível em: <<https://www.bcb.gov.br/estabilidadefinanceira/exibenormativo?tipo=Resolu%C3%A7%C3%A3o%20CMN&numero=4945>>. Acesso em: 15 jan. 2022.

³⁷ SOUZA, Luciane Moessa de. *Sistema Financeiro e Desenvolvimento Sustentável*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

Reforça-se que a política supracitada, publicada em 16 de setembro de 2021, foi motivada pelo aprimoramento regulatório do Banco Central do Brasil, como medida sobre os aspectos sociais e ambientais, condensados na expressão *Environmental, Social and Governance (ESG)*, em consequência dos Acordos Internacionais.

REFERÊNCIAS

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS (ABNT). *NBR ISO 3100: Gestão de riscos – princípios e diretrizes*. Rio de Janeiro: 2009.

ATIVA INVESTIMENTOS. *Política de Gerenciamento de Riscos*. 2022. Disponível em: <<https://ativainvestimentos.com.br/Content/files/Pol%C3%ADtica-de-Gerenciamento-de-Risco-Sistemas-De-Riscos-oct-19.pdf>>. Acesso em: 22 jan. 2022.

ALENCAR, Leonardo S. *Trabalhos para Discussão nº 251*. Um exame sobre como os bancos ajustam seu índice de Basileia no Brasil. Banco Central do Brasil: Brasília, 2011. Disponível em: <<https://www.bcb.gov.br/pec/wps/port/TD251.pdf>> Acesso em: 28 jan. 2022.

BNDES, Banco Nacional do Desenvolvimento. *Risco de Mercado e Liquidez*. 2022. Disponível em: <<https://bndes.gov.br/>>. Acesso em: 22 jan. 2022.

BACEN, Banco Central do Brasil. *Banco de Compensações Internacionais (BIS)*. Disponível em: <<https://www.bcb.gov.br/acessoinformacao/bis>>. Acesso em: 08 jan. 2022.

BACEN. Banco Central do Brasil. *Recomendações de Basileia*. 2022. Disponível em: <<https://www.bcb.gov.br/estabilidadefinanceira/recomendacoesbasileia>> Acesso em: 08 jan. 2022.

BACEN, Banco Central do Brasil. *Gestão Integrada de Riscos*. Departamento de Riscos Corporativos e Referências Operacionais – Deris, 2013. Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/content/publicacoes/outras_pub_alfa/Gestao-Integrada-de-Riscos.pdf> Acesso em: 15 jan. 2022.

BACEN, Banco Central do Brasil. *Manual de Crédito Rural*. 2022. Disponível em: <<https://www3.bcb.gov.br/mcr/completo>>. Acesso em: 06 ago. 2021.

BIS, Bank for International Settlements. *History – Foundation*. 2022. Disponível em: <https://www.bis.org/about/history_1foundation.htm>. Acesso em: 14/01/2022.

BIS, Bank for International Settlements. *History – overview*. 2022. Disponível em: <https://www.bis.org/about/history.htm?m=1_4>. Acesso em: 14/01/2022.

BIS, Bank for International Settlements. *The Basel Process – overview*. 2022. Disponível em: <https://www.bis.org/about/basel_process.htm>. Acesso em: 14/01/2022.

BRASIL. Decreto-lei nº 167/1967, de 14 de fevereiro de 1967. Dispõe sobre os títulos de crédito rural e dá outras providências. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 14 de fevereiro de 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0167.htm>. Acesso em 8 de maio. 2022.

BRASIL. Lei nº 8.171/1991, de 17 de janeiro de 1991. Dispõe sobre a política agrícola. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 17 de janeiro de 1991. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8171.htm>. Acesso em 22 jan. 2022.

BRASIL. Lei nº 8.929/1994, de 22 de agosto de 1994. Institui a Cédula de Produto Rural, e dá outras providências. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 22 de agosto de 1994. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8929.htm>. Acesso em 08 de maio de 2022.

BRASIL. Lei nº 13.986/2020, de 7 de abril de 2020. Institui o Fundo Garantidor Solidário (FGS); dispõe sobre o patrimônio rural em afetação, a Cédula Imobiliária Rural (CIR), a escrituração de títulos de crédito e a concessão de subvenção econômica para empresas cerealistas; e dá outras providências. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 7 de abril de 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/L13986.htm#>. Acesso em 8 de maio de 2022.

BRASIL. Banco Central do Brasil. Resolução nº 4.327, de 25 de abril de 2014. Dispõe sobre as diretrizes que devem ser observadas no estabelecimento e na implementação da Política de Responsabilidade Socioambiental pelas instituições financeiras e demais instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil. *Diário Oficial da União*, Brasília, 2014. Disponível em: https://www.bcb.gov.br/pre/normativos/res/2014/pdf/res_4327_v1_0.pdf> Acesso em: 15 jan. 2022.

BRASIL. Ministério da Fazenda/Banco Central do Brasil. Resolução nº 4.553, de 30 de janeiro de 2017. Estabelece a segmentação do conjunto das instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil para fins de aplicação proporcional da regulação prudencial. *Diário oficial da União*, Brasília, 2017. Disponível em: https://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/20361114/do1-2017-01-31-resolucao-n-4-553-de-30-de-janeiro-de-2017-20361101>. Acesso em 22 jan. 2022.

BRASIL. Ministério da Fazenda/Banco Central do Brasil. Resolução nº 4.557, de 23 de fevereiro de 2017. Dispõe sobre a estrutura de gerenciamento de riscos e a estrutura de gerenciamento de capital. *Diário Oficial da União*, Brasília, 2017. Disponível em: https://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/20471202/do1-2017-03-01-resolucao-n-4-557-de-23-de-fevereiro-de-2017-20471020 >. Acesso em: 22 jan. 2022.

BRASIL. Banco Central do Brasil. Resolução CMN nº 4.945/2021 de 15 de setembro de 2021. Dispõe sobre a Política de Responsabilidade Social, Ambiental e Climática (PR SAC) e sobre as ações com vistas à sua efetividade. *Diário Oficial da União*, Brasília, 2021. Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/estabilidadefinanceira/exibenormativo?tipo=Resolu%C3%A7%C3%A3o%20CMN&numero=4945>>. Acesso em: 15 jan. 2022.

CASTILHO, Alceu. Multado em R\$ 47,5 milhões pelo Ibama, Santander fala em “agronegócio sustentável”. In: *De olho nos ruralistas*. Observatório do agronegócio no Brasil. 2016. Disponível em: <https://deolhonosruralistas.com.br/2016/10/23/multado-em-r-475-milhoes-pelo-ibama-santander-fala-em-agronegocio-sustentavel/>>. Acesso em: 15 jan. 2022.

LEITE, Karla Vanessa B. S.; REIS, Marcos. O Acordo de Capitais de Basileia III: Mais do Mesmo? In: *Economia*, Brasília (DF), v.14, n.1A, p.159-187, jan/abr 2013. Disponível em: http://www.anpec.org.br/revista/vol14/vol14n1p159_187.pdf>. Acesso em: 15 jan. 2022.

PERES, Guilherme; PAULA, Luiz Fernando de. O Buffer de Capital Contracíclico de Basileia III: uma Avaliação. In: *Análise Econômica*, Porto Alegre, ano 35, n. 68, p. 7-30, set. 2017. Disponível em: <http://www.luizfernandodepaula.com.br/ups/o-buffer-de-capital-contraciclico-de-basileia-iii.pdf>>. Acesso em: 15 jan. 2022.

PREVIDELLI, Maria de Fátima da Silva; PAULA, Luis Eduardo Simões de; ALMEIDA, Fernando Roberto de Freitas. O Banco de compensações Internacionais (BIS) e a Unificação Monetária

Europeia. In: *XIII Congresso Brasileiro de História Econômica e 14ª Conferência Internacional de História de Empresas o Banco de Compensações Internacionais (BIS) e a Unificação Monetária Europeia*. 2019, Criciúma. Disponível em: <<http://www.abphe.org.br/arquivos/2019-maria-de-fatima-da-silva-previdelli-luiz-eduardo-simoes-de-souza--fernando-roberto-freitas-de-almeida.pdf>>. Acesso em: 14 jan. 2022.

REIS, Marcus. *Crédito rural: teoria e prática*. Rio de Janeiro, Forense, 2019.

RIZZARDO, Arnaldo. *Direito do Agronegócio*. 5. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

SOUZA, Luciane Moessa de. *Sistema Financeiro e Desenvolvimento Sustentável*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

Data de Recebimento: 09/05/2022.

Data de Aprovação: 11/08/2022.

AS DECISÕES DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

DECISIONS OF THE INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS IN THE THE SUPREME FEDERAL COURT

Pedro Pulzatto Peruzzo*
Gabriela Gabaldi Ferreira **

RESUMO

Em 1992, com a publicação do Decreto 678/1992, o Brasil incorporou a Convenção Americana sobre Direitos Humanos e, em 2002, por meio do Decreto 4463/2002, reconheceu a competência da Corte Interamericana de Direitos Humanos para interpretar e aplicar a referida Convenção, com o propósito de cooperar para o fortalecimento de parâmetros interamericanos em temas de direitos humanos. O presente trabalho tem como objetivo responder a seguinte pergunta: o Supremo Tribunal Federal aplica a jurisprudência da Corte Interamericana, em especial os casos envolvendo o Brasil, de forma sistemática, inclusive mudando entendimento consolidado no âmbito do Tribunal, ou apenas faz referências esparsas às decisões interamericanas? A hipótese levantada - e confirmada - é de que, na maioria dos casos, o STF apenas cita as decisões da Corte para reforçar teses já sedimentadas internamente, dando importância apenas relativa aos compromissos de cooperação assumidos internacionalmente perante os órgãos competentes relacionados à Convenção. O percurso metodológico para a comprovação e falseamento dessa hipótese se baseou em revisão bibliográfica sobre o processo de incorporação de tratados no Brasil, sobre o funcionamento do Sistema Interamericano de Direitos Humanos e na leitura de decisões da Corte Interamericana e de acórdãos do STF que citam essas decisões.

Palavras-chave: Cooperação internacional; Direitos Humanos; Corte Interamericana de Direitos Humanos; Supremo Tribunal Federal.

ABSTRACT

In 1992, by the publication of the Decree 678/1992, Brazil ratified and enacted the American Convention on Human Rights. In 2002, by the publication of Decree 4463/2002, Brazil recognized the competence of the Inter-American Court of Human Rights to interpret and apply the aforementioned convention, with the aim of cooperating to strengthen inter-American parameters on human rights issues. The main objective of the present work is to answer the following question: does the Federal Supreme Court (STF) apply the jurisprudence of the

* Professor Titular Categoria A1 da Pontifícia Universidade Católica de Campinas (PUC-Campinas). Membro do corpo docente permanente do Programa de Pós-Graduação stricto sensu em Direito (PPGD), vinculado à linha de pesquisa "Cooperação Internacional e Direitos Humanos". Líder do grupo de pesquisa CNPq "Saúde, Direitos Humanos e Vulnerabilidades". Durante o doutorado, realizou estágio em pesquisa na Faculdade de Educação da Universidade de Alcalá - Espanha. Membro da Rede Brasileira de Pesquisa Jurídica em Direitos Humanos (UNESC, UNIRITTER, UNIUIJÚ, UFMS, PUC-CAMPINAS, UNIT, UNICAP, CESUPA, UFPA). ORCID <http://orcid.org/0000-0001-5270-8674>

** Atualmente, é advogada e pós-graduanda em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Formada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Campinas - PUCAMP (2022). Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5256025211905410>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-4554-2260>.

Inter-American Court in a systematic way, in particular the cases about Brazil, including changing the consolidated understanding of the national Court, or does it only make scattered references to inter-American decisions? The hypothesis raised - and confirmed - is that, in most cases, the STF only mentions the Inter-American Court's decisions to reinforce legal thesis already established internally, forgetting the cooperation commitments assumed internationally before the conventional competent bodies. The methodological approach used to verify this hypothesis was based on a literature review on the process of enacting treaties in Brazil and on the functioning of the Inter-American System of Human Rights and the further analysis of decisions of the Inter-American Court and judgments of the STF that cite these decisions.

Key Words: International cooperation; Human rights; Inter-American Court of Human Rights; Supreme Federal Court.

INTRODUÇÃO

O Brasil incorporou a Convenção Americana de Direitos Humanos por meio do Decreto 678 de 06 de novembro de 1992 e, com isso, assumiu o compromisso de respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e de adotar as medidas legislativas ou de outra natureza necessárias para que se tornem efetivos tais direitos e liberdades. Além disso, assumiu o compromisso, anunciado no artigo 26, de adotar providências no âmbito interno e com apoio em ações de cooperação internacional a fim de conseguir progressivamente a plena efetividade dos direitos que decorrem das normas econômicas, sociais e sobre educação, ciência e cultura, constantes da Carta da Organização dos Estados Americanos (promulgada pelo Decreto 30.544/1952).

Essa incorporação, contudo, não é suficiente para vincular o país às interpretações e decisões dadas por organismos previstos para fiscalizar e interpretar a Convenção, como é o caso da Corte Interamericana, sendo necessário o reconhecimento expresso dessa competência. O artigo 62 da Convenção diz que todo Estado pode, no momento do depósito do seu instrumento de ratificação ou de adesão a ela, ou em qualquer momento posterior, declarar que reconhece como obrigatória, de pleno direito e sem convenção especial a competência da Corte em todos os casos relativos à interpretação ou aplicação da Convenção. Por sua vez, o artigo 68 da Convenção diz que os Estados assumem o compromisso de cumprir a decisão da Corte em todo caso em que forem partes.

A leitura dos artigos 62 e 68 da Convenção Americana de Direitos Humanos evidencia uma das questões mais importantes da relação entre o Direito Internacional e o Direito Interno, qual seja a forma como deve ocorrer a cooperação internacional entre Estados nacionais e organismos ou tribunais internacionais de direitos humanos. Ou seja, quando o artigo 68 afirma que os Estados se comprometem a cumprir a decisão da Corte em todo caso em que forem partes, considerando o teor do artigo 62, fica impossível entender que o comando normativo do artigo 68 se refere ao cumprimento (apenas) das decisões em que forem partes. Em outros termos, se é claro que o Estado deve cumprir a decisão da Corte nos casos em que forem partes, por outro lado também é evidente que se as decisões destinadas a outros Estados fizerem parte de uma forma específica e consolidada de decidir determinada matéria, ou seja, de uma jurisprudência ou de uma agenda

interamericana de Direitos Humanos, todos os outros Estados têm o dever de seguir o entendimento.

Compreender que o artigo 62 não contradiz o artigo 68 só é possível, no entanto, se entendermos que o comando normativo do artigo 68 significa que ao Brasil não pode ser imposto o dever de cumprir uma decisão da Corte que trate da responsabilidade de outro Estado. Significa, portanto, compreender que o dever geral de alinhamento interno aos entendimentos e interpretações que a Corte dá à Convenção emerge nos casos em que a Corte define diretrizes de interpretação dos sentidos e da extensão dos artigos da Convenção, e não nos casos em que a Corte, analisando casos específicos de Estados, recomenda medidas específicas a esses Estados.

Assim sendo, em 08 de novembro de 2002, o Brasil promulgou o Decreto 4.463 e reconheceu como obrigatória, de pleno direito e por prazo indeterminado, a competência da Corte Interamericana em todos os casos¹ relativos à interpretação ou aplicação da Convenção Americana de Direitos Humanos, sob reserva de reciprocidade e para fatos posteriores a 10 de dezembro de 1998 (data em que o Congresso Nacional autorizou esse reconhecimento).

Ao reconhecer a competência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, o Brasil decidiu, soberanamente, seguir os entendimentos da Corte com o propósito de cooperar para o fortalecimento de parâmetros interamericanos de governança em temas de direitos humanos. Nessa linha, o desalinhamento sistemático, em outras palavras, o cumprimento discricionário desses entendimentos interamericanos, não apenas enfraquece o acordo de cooperação assumido soberanamente, como também torna sem sentido um recurso internacional tão importante como os tribunais de direitos humanos.

A justificativa para o presente estudo é que, em 2020, por ocasião da 323ª Sessão Ordinária, o Plenário do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) criou uma unidade para monitoramento e fiscalização de sentenças, decisões cautelares e opiniões consultivas da Corte Interamericana. Como desdobramento desse movimento, em 2022, o CNJ emitiu a Recomendação 123, recomendando a aplicação dos tratados internacionais de direitos humanos e da jurisprudência da Corte Interamericana em todos os âmbitos do Judiciário. Na esteira desse movimento, em março de 2023 o Conselho Nacional do Ministério Público publicou a Recomendação 96/2023 que, em síntese, recomenda aos ramos e unidades do Ministério Público brasileiro a observância dos tratados, convenções, protocolos internacionais de direitos humanos, das recomendações da Comissão Interamericana de Direitos Humanos e da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

A partir disso, surge o questionamento central que guiou os estudos para a concretização deste artigo: O Supremo Tribunal Federal aplica a jurisprudência da Corte Interamericana de forma sistemática, em especial os casos envolvendo o Brasil, inclusive

¹ É possível aos Estados reconhecerem a competência da Corte Interamericana apenas para casos específicos, nos termos do artigo 62.2 da Convenção Americana ou ainda com reservas relativas à interpretação de dispositivos da Convenção. A título de exemplo, ao conferir competência a CIDH e a Corte IDH, o Chile declarou que esses órgãos, ao aplicarem o disposto no artigo 21, parágrafo 2º, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, não poderiam pronunciar-se acerca das razões de utilidade pública ou de ordem social que tenham sido consideradas ao se privar uma pessoa de seus bens pelo estado chileno.

mudando entendimento consolidado, ou apenas cita alguns julgados de forma esparsa para reforçar teses já consolidadas?

Nessa linha, o objetivo geral da pesquisa desenvolvida é analisar a consistência e a convergência dos argumentos utilizados pelo Supremo Tribunal Federal nas decisões em que cita julgados da Corte Interamericana de Direitos Humanos. O objetivo específico, por sua vez, com o conhecimento e a aplicação dos entendimentos emanados da Corte Interamericana pelo STF, não é uma simples proposta retórica de internacionalização do Direito interno ou de submissão do Supremo Tribunal Federal àquela Corte, mas uma proposta de compreensão da dimensão jurídica dos compromissos internacionais assumidos pelo Brasil em temas de direitos humanos e como isso se conforma levando em conta o processo de incorporação de tratados e de vinculação da jurisdição interna a decisões de tribunais internacionais.

O percurso metodológico para a comprovação dessa hipótese se baseou em revisão bibliográfica sobre o processo de incorporação de tratados no Brasil, sobre o funcionamento do Sistema Interamericano de Direitos Humanos e na leitura das decisões da Corte Interamericana envolvendo o Brasil e de acórdãos do STF que citam essas decisões.

Para melhor delimitação do objeto, após abordar o funcionamento do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, analisamos casos da Corte Interamericana de Direitos Humanos envolvendo o Brasil que foram citados nas decisões do STF. A proposta, neste tópico, não foi esgotar os casos, considerando que existem casos em curso envolvendo o Brasil na Corte ainda não concluídos, com o caso *Abdelmassih* e caso *Antonio Tavares*, sem repercussão nos julgados analisados, mas situar o debate realizado no texto conhecendo os casos envolvendo o Brasil que apareceram nos julgados do STF.

Na sequência, analisamos julgados do Supremo Tribunal Federal que citam decisões da Corte Interamericana. Neste tópico, não restringimos a análise apenas aos julgados que citam casos envolvendo o Brasil, pois além de constar referência a várias decisões (envolvendo o Brasil ou não) nesses julgados, o objetivo desse tópico não foi conhecer os casos do Brasil apenas, mas compreender como o Supremo aplica a jurisprudência da Corte Interamericana ao citá-los em suas decisões, considerando a interpretação e aplicação da Convenção Americana.

A disponibilidade de acervo jurisprudencial público e digital da Corte Interamericana e do Supremo Tribunal Federal viabilizou o estudo dessa forma. Utilizando como parâmetro de busca a referência “corte ADJ2 interamericana ADJ2 de ADJ2 direitos ADJ2 humanos” no sítio eletrônico do STF, foram encontrados 54 acórdãos², que foram analisados com a finalidade de sistematizar as razões de decidir no momento em que o STF cita a decisão da Corte Interamericana no julgado e analisar se se trata de mera referência para fortalecer tese já consolidada na jurisprudência do Tribunal ou se existe um real comprometimento de aplicação dos entendimentos da Corte.

² A submissão deste trabalho ocorreu em dezembro de 2021 e em julho de 2022 foram feitos ajustes no texto, ocasião em que foi feita a última busca no sítio eletrônico do STF.

Noções gerais do Sistema Interamericano de proteção aos Direitos Humanos e a importância da cooperação internacional

É importante compreender que o Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH) emergiu de um contexto marcado pelos desdobramentos da Segunda Guerra Mundial e por regimes ditatoriais, ocasião em se reconheceu a necessidade de um mecanismo regional capaz de promover a proteção do ser humano enquanto sujeito de direitos, considerando, para tanto, a cooperação internacional entre os Estados da região.

De forma inovadora, o SIDH tornou-se um sistema regional de proteção dos direitos humanos, uma vez que trouxe para o centro do direito internacional a defesa do indivíduo, garantindo não somente ao Estado o direito de pleitear perante este sistema, mas, especialmente, à pessoa humana, que passou a ser sujeito ativo do direito internacional, além de movimentos sociais e organizações não governamentais.

Alguns importantes documentos que compõem o sistema interamericano e que criam ferramentas para o seu funcionamento são a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (1948), a Carta da Organização dos Estados Americanos (1948) e a Convenção Americana de Direitos Humanos (1969). O primeiro deles, embora não tenha, em sua gênese, um caráter coercitivo, adquiriu a normatividade típica de um tratado internacional na jurisprudência da Corte Interamericana devido ao peso simbólico que carrega. A Carta da Organização dos Estados Americanos, por outro lado, é um documento que constitui a Organização, estrutura seu funcionamento e, além disso, estatui a existência da Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Por fim, a Convenção Americana de Direitos Humanos que, além de uma lista de direitos, previu a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Nesse sentido, o sistema regional em questão foi estruturado para atuar na proteção dos direitos humanos³, considerando que, muitas vezes, em casos de omissões e ações violadoras de direitos pelo Estado, o recurso ao próprio Estado é insuficiente para sanar os problemas, pois normalmente encobrem questões relevantes e estruturais que são expostas com maior transparência nos foros internacionais de fiscalização e discussão do alcance dos direitos humanos⁴. Soma-se a isso o fato de que as decisões e recomendações feitas pelos organismos internacionais de direitos humanos têm um potencial importante de constranger os Estados no sentido de implementar, no âmbito

³ Cf. PERUZZO, Pedro Pulzatto.; COSTA, Ana Clara Rocha. Executoriedade no Brasil das obrigações extraprecuniárias das sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas*, v.35, p.285 - 310, 2019.

⁴ Cf. PERUZZO, Pedro Pulzatto.; LOPES, Lucas Silva. Afirmção e promoção do direito às diferenças da pessoa com deficiência e as contribuições do Sistema Interamericano de Direitos Humanos. *Revista eletrônica do curso de Direito da UFSM*, v. 14, p. 1-33, 2019. Cf. também PERUZZO, Pedro Pulzatto; CASONI, Laura Freitas. Contribuições da Corte Interamericana de Direitos Humanos sobre violência contra a mulher: uma análise jurisprudencial. *Revista Direito Público*. v.18, p.94 - 122, 2021.

interno, standards internacionalmente construídos com a participação de estados, de organizações da sociedade civil e de indivíduos vítimas de violações a esses direitos⁵.

Em suma, a Comissão Interamericana, cuja função principal é promover a observância e a defesa dos direitos humanos, atua no monitoramento dos Estados no que diz respeito ao cumprimento dos compromissos por eles assumidos no âmbito da OEA e funciona como uma instância prévia ao envio de casos à Corte. Após o trâmite da demanda na Comissão, esse organismo decide se adota medidas próprias ou se encaminha o caso à Corte.

Vale ressaltar que, se por um lado a judicialização do Direito Internacional se mostra burocrática⁶, por outro lado foi exatamente com a constituição da Comissão Interamericana de Direitos Humanos que os indivíduos passaram a ser considerados como legitimados para acionar essas instâncias e buscarem, por conta própria e diante de sérias e graves omissões do Estado, proteção internacional à sua dignidade. No caso do Sistema Interamericano, ainda que um indivíduo não possa acionar diretamente a Corte, pode acionar a Comissão que, não obtendo a solução do caso, pode levar o caso à Corte, ocasião em que o indivíduo terá oportunidade de exercer, de forma autônoma, o contraditório e a ampla defesa (artigo 44 da Convenção Americana e artigo 23 do Regulamento da Corte Interamericana).

Importante registrar que a cooperação internacional aqui considerada é um conceito mais amplo do que a cooperação jurídica internacional. A cooperação internacional pode se dar na área econômica, tecnológica, cultural e, em relação ao aludido sistema regional, pode ser denominada cooperação interamericana. Neste sentido:

No âmbito internacional, coexistem muitos soberanos que, ao terem que se relacionar, criam um sistema jurídico de cooperação a partir de compromissos mútuos e obrigações de cumpri-los de boa-fé. (...) Portanto, quando os Estados cumprem com uma decisão proveniente dos sistemas internacionais de proteção dos direitos humanos, não abrem mão de sua soberania, mas sim, estão em pleno exercício dela.⁷

Um alinhamento entre o direito interno e o direito anunciado, interpretado e aplicado por organismos internacionais - em especial os de direitos humanos, como é o caso da Corte em questão - é o que a doutrina especializada denomina cooperação jurídica vertical: “Inicialmente, distinguimos a cooperação jurídica vertical – que se dá entre

⁵ Exemplo disso foi a Lei Maria da Penha como consequência de recomendação feita pela Comissão Interamericana e as políticas públicas implementadas em razão da condenação do Brasil pelo Comitê sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher no caso *Alyne da Silva Pimentel*.

⁶ Cf. TORELLY, Marcelo. Do direito internacional à governança global: mudanças estruturais do espaço transnacional. *Revista de Direito Brasileira*. São Paulo, SP. v. 15, n. 6, p. 20 – 46, set./dez. 2016.

⁷ ALVES, Lucélia de Sena; LIMA, Renata Mantovani de. A Efetividade do Ativismo Jurídico Transnacional no Sistema Interamericano de Direitos Humanos: uma Análise a partir de Casos contra o Brasil. *Revista de Direito Internacional*, [s.l.], v. 10, n. 2, p.240, 4 jan. 2014.

organizações supranacionais e internacionais, de um lado, e Estados, de outro – e a cooperação horizontal – estabelecida entre Estados igualmente soberanos (...).⁸

A esse respeito, vale também referência ao que leciona André de Carvalho Ramos: “A cooperação jurídica internacional consiste no conjunto de regras internacionais e nacionais que rege atos de colaboração entre Estados, ou mesmo entre Estados e organizações internacionais, com o objetivo de facilitar o acesso à justiça”.⁹

Delmas-Marty explica que o fato de dizer que o Estado é a “única fonte do direito” é o mesmo que, a um só tempo, definir certo tipo de ordem normativa que faz a geração das normas remontar ao Estado e afirmar que todas as normas pertencem ao espaço estatal, com exclusão de qualquer outro espaço normativo.¹⁰ Nesse sentido, a referida autora sugere uma dinâmica de hierarquias cruzadas, possibilitada em razão dos princípios gerais de direito que, por serem heterogêneos, não se enquadram na hierarquia clássica e, assim, possibilitam uma importante troca interativa entre Estado e outro espaço normativo, como os organismos de direito internacional, facilitando a integração de sistemas aparentemente autônomos entre si¹¹.

Casos brasileiros julgados pela Corte Interamericana de Direitos Humanos

Em razão dos compromissos internacionais assumidos pelo Brasil e considerando a decisão soberana de reconhecer a competência da Corte Interamericana para todos os casos relativos à interpretação ou aplicação da Convenção Americana de Direitos Humanos, qualquer instância ou fase da entrega jurisdicional, sobretudo o Supremo Tribunal Federal, tem o dever de buscar o maior alinhamento possível com a jurisprudência daquela Corte.

Quando se diz maior alinhamento possível, importante ressaltar que trata-se de um movimento realizado por intermédio do controle de convencionalidade, que consiste na análise da compatibilidade dos atos internos (comissivos e omissivos) em face das normas internacionais¹², tendo em vista a dinâmica de reconhecimento da competência contenciosa da Corte Interamericana de Direitos Humanos, intérprete final da Convenção Americana de Direitos Humanos para os países que reconheceram essa competência desse modo.

⁸ ABADE, Denise Neves. Direitos fundamentais na cooperação jurídica internacional. – São Paulo: Saraiva, 2013, p.40.

⁹ CARVALHO RAMOS, André. O novo Direito Internacional Privado e o conflito de fontes na cooperação jurídica internacional. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo v. 108 p. 621 – 647 jan./dez. 2013, página 624.

¹⁰ Cf. DELMAS-MARTY, Mireille. Por um direito comum. trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. – São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 46.

¹¹ DELMAS-MARTY, Mireille. op. cit., p.99.

¹² CARVALHO RAMOS, André de. Processo Internacional de Direitos Humanos: análise dos mecanismos de apuração de violações de direitos humanos e a implementação das decisões no Brasil. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 401.

Trata-se, portanto, de um alinhamento que, sem violar a Constituição, considerado o caráter supralegal¹³ da Convenção Americana, aplica as orientações da Corte Interamericana com coerência e no propósito de uma cooperação interamericana para temas comuns para as agendas de direitos humanos na região. Neste mesmo sentido, André de Carvalho Ramos¹⁴ assevera que o controle de convencionalidade deve acontecer de forma aplicada, utilizando-se da interpretação conferida pelos órgãos internacionais de direitos humanos acerca dos tratados internacionais que os estatui, em detrimento da mera citação de texto convencional.

Ao retratarem o controle de convencionalidade, Tania Giovanna Vivas Barrera e Jaime Alfonso Cubides Cárdenas¹⁵ apontam que os juízes e órgãos vinculados à administração da justiça, em todos os seus níveis, estão obrigados a exercer, de ofício, um controle de convencionalidade entre as normas internas e a Convenção Americana, levando em consideração não somente o tratado internacional propriamente dito, mas, sobretudo, a interpretação que dele tenha feito a Corte Interamericana que, como registra Flávia Piovesan¹⁶, realiza fundamentalmente uma interpretação dinâmica e evolutiva, considerando o contexto temporal e as transformações sociais.

É neste contexto, portanto, que se fundamenta a importância da observância, pelo Judiciário brasileiro, das orientações da Corte Interamericana, especialmente nos casos sobre o Brasil. Importante reforçar que ao analisarmos, neste tópico, os casos sobre o Brasil, o que pretendemos é conhecer os casos brasileiros que foram citados nas decisões analisadas do STF.

Em outros termos, não pretendemos, com isso, sustentar que apenas os casos brasileiros interessam ao Brasil, pois ao reconhecermos a competência da Corte, como explicado, admitimos a competência para todos os casos relativos a interpretação e aplicação da Convenção Americana. Por isso, no próximo tópico, não restringimos a análise apenas aos julgados que citam casos envolvendo o Brasil, pois além de constarem referências a várias decisões (envolvendo o Brasil ou não) nesses julgados, o objetivo não é apenas conhecer os casos do Brasil, mas compreender como o Supremo aplica a jurisprudência da Corte Interamericana, considerando a interpretação e aplicação da Convenção Americana.

¹³ O atual entendimento do Supremo Tribunal Federal, assentado por meio do Recurso Extraordinário nº 466.343, assevera que os tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil teriam, automaticamente, valor supralegal. Já os tratados sobre direitos humanos aprovados em cada casa do Congresso Nacional por três quintos dos votos, em dois turnos, têm valor de emenda constitucional (parágrafo 3º, artigo 5º da Constituição Federal).

¹⁴ CARVALHO RAMOS, André. Supremo Tribunal Federal brasileiro e o controle de convencionalidade: levando a sério os tratados de direitos humanos. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 104, p. 241-286, 2009.

¹⁵ Cf. BARRERA, Tania Giovanna Vivas; CÁRDENAS, Jaime Alfonso Cubides. *Diálogo Judicial Transnacional en la Implementación de las Sentencias de la Corte Interamericana*. *Entramado, Cádi*, v. 8, n. 2, p.184-204, dez. 2012.

¹⁶ PIOVESAN, Flávia. *Força integradora e catalizadora do sistema interamericano de proteção dos direitos humanos: desafios para a pavimentação de um constitucionalismo regional*1. *Revista Brasileira De Estudos Jurídicos-Faculdades Santo Agostinho*, v. 8, n. 2, p. 11-28, 2017.

No ano de 2006, o primeiro caso brasileiro de violação aos direitos humanos foi submetido à Corte Interamericana. A denúncia do Brasil perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos se deu em razão da morte de Damião Ximenes Lopes em um hospital psiquiátrico público, que se encontrava sob a direção do Sistema Único de Saúde, no Estado do Ceará. A respeito desse caso, Bernardes¹⁷ menciona que o fato, inédito até então, da responsabilização internacional do Brasil pela Corte, transformou-se em um marco histórico e referencial para casos que envolvem direitos dos pacientes psiquiátricos.

A sentença da Corte condenou o Brasil pela violação aos artigos 1.1 (obrigação de respeitar os direitos humanos), 4º (direito à vida), 5º (direito à integridade pessoal), 8º (preservar e efetivar as garantias judiciais) e 25 (proteção judicial) da Convenção Americana de Direitos Humanos. Neste sentido, dentre as diversas determinações contidas na sentença, pode-se elencar os principais deveres atribuídos ao Estado, quais sejam: a) garantir, em um prazo razoável, a investigação e sanção dos responsáveis pelos fatos; b) publicar trechos da sentença no Diário Oficial ou outro jornal de ampla circulação; c) desenvolver um programa de formação e capacitação para profissionais da saúde, em especial acerca dos princípios que devem ser observados no trato das pessoas com deficiência mental, conforme os padrões internacionais sobre a matéria e aqueles dispostos na sentença; d) pagar indenização pecuniária às partes lesadas.

Outro caso foi o Nogueira de Carvalho e outros x Brasil. Trata-se de denúncia apresentada em razão do assassinato de Gilson Nogueira de Carvalho, advogado, defensor e ativista dos direitos humanos que, em consequência de sua atividade profissional, sofreu um atentado em sua residência e foi morto a tiros em 20 de outubro de 1996, em Macaíba-RN. O caso foi levado ao sistema interamericano de direitos humanos pelo Centro de Direitos Humanos e Memória Popular (CDHMP), Projeto de Direitos Humanos Holocausto (*Holocaust Human Rights Project*) e Grupo de Estudantes de Direito Internacional dos Direitos Humanos (*Group of International Human Rights Law Students*), tendo a Corte Interamericana proferido sentença em 28 de novembro de 2006, absolvendo o Brasil em razão da ausência de suporte fático para demonstrar as alegadas violações.

O outro caso foi Arley José Escher e outros x Brasil, que se relaciona à ocorrência de interceptações e grampeamento das linhas telefônicas de modo manifestamente ilegal, tendo como vítimas (e petionários) os membros das organizações COANA (Cooperativa Agrícola de Conciliação Avante Ltda) e ADECON (Associação Comunitária de Trabalhadores Rurais) e, em especial, o senhor Arley José Escher, membro do Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem Terra (MST). O caso foi submetido à Corte em 20 de dezembro de 2007 e julgado em julho de 2009, condenando o Estado Brasileiro pela violação dos artigos 1.1 (Obrigação de respeitar os direitos), 8º (direito a garantias judiciais), 11 (direito à vida privada e o direito à honra e à reputação), 16 (direito à liberdade de associação) e 25 (proteção judicial) da Convenção Americana de Direitos Humanos. Foi determinado ao Brasil a investigação imparcial dos fatos, bem como o

¹⁷ BERNARDES, Marcelo di Rezende. A Aplicabilidade Das Decisões Da Corte Interamericana De Direitos Humanos No Brasil. 2011. 166 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Puc-goias, Goiânia, 2011.

pagamento de indenização por danos morais sofridos pelas partes em decorrência da divulgação desautorizada das conversas e informações interceptadas.

Outro caso, Sétimo Garibaldi x Brasil, foi marcado pela invasão de pistoleiros, identificados como policiais, ao acampamento do Movimento dos Trabalhadores Sem Terra (MST), instalado na fazenda São Francisco, na cidade de Querência do Norte, Paraná. Decorridos 5 anos do fato, os grupos Justiça Global, RENAP, Terra de Direitos, Comissão Pastoral da Terra (CPT) e MST peticionaram ao SIDH em busca de uma efetiva investigação e apuração dos fatos, além de um julgamento imparcial e mais justo.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos alegou que o caso Garibaldi deixa explícita a parcialidade do Judiciário no tratamento da violência no campo, beneficiando fazendeiros e policiais e afirma existir inoperância das autoridades brasileiras no combate a práticas criminosas dos fazendeiros da região.¹⁸

Ademais, conclui Giorgi Sales (2013),

A Corte IDH encontrou diversas falhas na condução do inquérito policial, como omissões em relação à prova e a não realização de diligências solicitadas, além de ter sido ultrapassado o prazo razoável para uma investigação desse tipo, motivo pelo qual condenou (...).¹⁹

Pelas razões demonstradas e tendo em vista a violação aos artigos 8º (garantias judiciais) e 25 (proteção judicial) da Convenção Americana, a Corte condenou o Brasil a: a) publicar trechos da sentença no Diário Oficial da União e em um jornal de ampla circulação; b) conduzir de modo eficaz e dentro de um prazo razoável o inquérito e qualquer processo com a finalidade de identificar, julgar e sancionar os autores; c) indenizar as partes.

Outro caso foi o Gomes Lund e outros x Brasil (Guerrilha do Araguaia). Trata-se de um caso de grande repercussão no Brasil, tendo como cenário o período da ditadura civil e militar. O caso diz respeito à prática da tortura e do desaparecimento forçado de 70 pessoas, dentre os quais se encontravam membros do Partido Comunista do Brasil e camponeses da região do Rio Araguaia - na divisa dos estados do Pará, Maranhão e Tocantins -, que participavam de movimentos de oposição e resistência contra a ditadura no Brasil entre 1972 a 1975.

Em virtude da Lei nº 6683/1979 (Lei de Anistia), o Estado Brasileiro não levou adiante a devida investigação penal para processar e punir os responsáveis pelos desaparecimentos forçados²⁰. Tendo em vista a aludida Lei de Anistia, o Grupo Tortura

¹⁸ BERNARDES, Marcelo di Rezende. Op. cit. p.67.

¹⁹ SALES, Giorgi Augustus Nogueira Peixe. Efetivação Das Sentenças Da Corte Interamericana De Direitos Humanos No Brasil. 2013. 123 f. Tese (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2013. p.43.

²⁰ Em junho de 2021 a 9ª Vara Criminal Federal de São Paulo, na ação penal Nº 0011580-69.2012.4.03.6181, proferiu a primeira condenação criminal contra um ex agente da ditadura, Carlos Alberto Augusto. Apesar disso, a condenação é isolada e ainda é passível de recurso. Os outros dois réus da ação, Carlos Alberto Brilhante Ustra e Alcides Singillo, já faleceram.

Nunca Mais/RJ, a Comissão de Familiares de Mortos e Desaparecidos Políticos de São Paulo, o CEJIL (Centro pela Justiça e pelo Direito Internacional) e o grupo *Human Rights Watch*/Américas uniram-se para peticionar à Comissão Interamericana de Direitos Humanos para que o caso recebesse uma atenção específica no âmbito do SIDH.

Em novembro de 2010, o Brasil foi condenado na Corte pela violação dos artigos 1.1 (Obrigação de respeitar direitos), 2º (Dever de adotar disposições de direito interno), 4º (Direito à vida), 7º (Direito à liberdade pessoal), 8º (direito às garantias judiciais), 13 (Direito à liberdade de pensamento e de expressão) e 25 (Proteção Judicial) da Convenção Americana de Direitos Humanos, devendo, portanto, proceder ao pagamento de indenizações às famílias das vítimas pelas violações em questão. Igualmente, a Corte Interamericana recomendou ao Estado brasileiro: a) Adotar as medidas necessárias para garantir que a Lei nº 6.683/1979 (Lei de Anistia) deixasse de ser um obstáculo à persecução penal de graves violações de direitos humanos; b) Promover uma investigação judicial completa e imparcial dos fatos, observando o devido processo legal, buscando identificar os responsáveis por tais violações e sancioná-los; c) Realizar a busca dos restos mortais das vítimas desaparecidas; d) Implantar um programa de educação em direitos humanos dentro das Forças Armadas Brasileiras; e) Tipificar, no ordenamento jurídico brasileiro, o crime de desaparecimento forçado. Ademais, declarou a incompatibilidade da Lei da Anistia com as disposições da Convenção Americana. Como explicam Lima e Alves:

O Caso Gomes Lund e outros foi o primeiro em que o Brasil obteve condenação diametralmente oposta à sua jurisprudência até então pacificada, uma vez que as disposições que impedem investigação e sanção dos responsáveis por violações a direitos humanos durante o período da ditadura militar da Lei nº 6.683/1979 (Lei de Anistia) foram declaradas incompatíveis com a Convenção Interamericana e declarada sem efeito perante a Corte e, conseqüentemente, não impediu a condenação do Brasil às devidas reparações.²¹

Considerando que a decisão da Corte Interamericana foi posterior à decisão do STF na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 15, está pendente de julgamento Embargos de Declaração nesse caso. Além disso, sobre o tema também foi proferida decisão da Corte no caso Vladimir Herzog e protocolizada a ADPF 320, também com o objetivo de buscar um alinhamento do STF com as duas decisões envolvendo a ditadura militar brasileira.

O caso Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde x Brasil, por sua vez, desvelou um esquema de manutenção de mão de obra escrava, ocorrido na década de 90, nas dependências da propriedade pecuária Fazenda Brasil Verde, no sul do Pará, onde centenas de trabalhadores, entre 15 e 40 anos, foram privados de sua liberdade e mantidos em condições degradantes. Em 12 de novembro de 1998, a Comissão Pastoral da Terra (CPT) e o Centro pela Justiça e o Direito Internacional (CEJIL/Brasil) apresentaram petição à Comissão Interamericana com fundamento na ineficiência dos recursos internos (artigo 46.2.b da Convenção Americana).

Em 3 de novembro de 2011, o Brasil foi condenado perante a Corte Interamericana pela violação dos artigos 5º (Direito à integridade pessoal), 6º (Proibição da Escravidão e

²¹ ALVES, Lucélia de Sena; LIMA, Renata Mantovani de. Op. cit. p.243

Servidão), 7º (Direito à liberdade pessoal), 8º (Garantias Judiciais), 22 (Direito de circulação e residência) e 25 (Proteção Judicial) da Convenção Americana de Direitos Humanos. Por conseguinte, foi recomendado ao Brasil a adoção das seguintes medidas: a) reparação das violações materiais e imateriais; b) investigação imparcial e em tempo razoável; c) aplicação de medidas administrativas, legislativas ou de outra natureza para a erradicação do trabalho escravo no país; d) estabelecimento de um mecanismo capaz de facilitar a localização das vítimas de trabalho escravo no território nacional.

Outro caso foi o Cosme Rosa Genoveva e outros x Brasil (Favela Nova Brasília), relacionado à ocorrência de execuções extrajudiciais durante ações policiais, nos anos de 1994 e 1995, na Favela Nova Brasília, situada no Morro do Alemão, na cidade do Rio de Janeiro. Em 3 de novembro de 1995 e em 24 de julho de 1996, os peticionários Centro pela Justiça e o Direito Internacional (CEJIL/Brasil) e *Human Rights Watch/Americas* apresentaram à Comissão Interamericana de Direitos Humanos petições nas quais estavam contidas as denúncias de violações aos direitos humanos cometidas por agentes do Estado (oficiais da Polícia Civil do Rio de Janeiro), em 18 de outubro de 1994 e 8 de maio de 1995, respectivamente. Em suma, os peticionários relataram à Comissão que, durante incursões policiais realizadas nas localidades da Favela Nova Brasília, cerca de 80 policiais perpetraram execuções extrajudiciais – sob a adução de autos de resistência à prisão –, vitimando 26 pessoas. Ademais, na operação de 1994, três meninas - C.S.S. (15 anos de idade), L.R.J. (19 anos de idade) e J.F.C (16 anos de idade) - foram vítimas de violência sexual por parte dos policiais.

A sentença da Corte foi prolatada em 31 de outubro de 2011, reconhecendo que o Estado brasileiro foi responsável pela violação aos artigos 4.1 (Direito à vida), 5.1 (Direito à integridade pessoal), 5.2 (Direito à integridade pessoal – vedação à tortura); 8.1 (Garantias Judiciais), 11 (Proteção da Honra e da Dignidade), 19 (Direitos da criança) e 25.1 (Proteção Judicial) da Convenção Americana de Direitos Humanos. Além disso, o país foi condenado, também, pela violação aos artigos 1º, 6º e 8º da Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura, bem como do artigo 7º da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher.

A Corte ainda recomendou ao Brasil: a) realizar uma investigação completa, imparcial e efetiva a respeito das violações denunciadas, a fim de determinar a verdade e punir os responsáveis; b) garantir a indenização de prejuízos materiais e morais; c) eliminar a prática de registrar as mortes causadas pela polícia como “autos de resistência”; d) erradicar a impunidade pela violência policial; e) treinar adequadamente a polícia sobre como lidar com pessoas vulneráveis; f) regulamentar, mediante lei formal e material, os procedimentos policiais que envolvem o uso legítimo da força letal, de modo que seja o último recurso.

O caso Povo Indígena Xucuru e seus membros x Brasil relaciona-se à privação do direito de propriedade coletiva, consagrado no artigo 21.1 da Convenção Americana, uma vez que a devida demarcação e desintrusão das terras pertencentes ao povo indígena Xucuru fora negligenciada pelo Estado Brasileiro, focando na ineficácia da proteção judicial destinada a garantir o exercício do direito à terra tradicional. Em decorrência da apuração dos fatos narrados e das provas apresentadas, o Brasil foi condenado, em 28 de

julho de 2015, pela violação dos artigos 5º (Direito à integridade pessoal), 21 (Direito à propriedade), 8.1 (Garantias Judiciais) e 25.1 (Proteção Judicial) da Convenção Americana de Direitos Humanos, devendo cumprir algumas determinações para minimizar os impactos da violação aos direitos deste povo, tais como: a) adotar medidas necessárias (de ordem legislativa e administrativa) para realizar a desintrusão do território ancestral do povo indígena Xucuru; b) Garantir aos membros do povo Xucuru seu modo de vida tradicional, conforme sua identidade cultural, estrutura social, sistema econômico, crenças, costumes e tradições; c) finalizar os processos judiciais interpostos por pessoas não indígenas sobre tal território; d) Reparar as consequências da violação aos direitos enunciados e da demora no reconhecimento, demarcação e delimitação territorial.

No caso Vladimir Herzog e outros x Brasil, a Comissão Interamericana recebeu, em 10 de julho de 2009, comunicação encaminhada pelo Centro pela Justiça e o Direito Internacional (CEJIL/Brasil), a Fundação Interamericana de Defesa dos Direitos Humanos (FidDH), o Centro Santos Dias da Arquidiocese de São Paulo e o Grupo Tortura Nunca Mais de São Paulo. Trata-se da prisão arbitrária, tortura e morte do jornalista Vladimir Herzog, ocorrida durante a ditadura militar, em 25 de outubro de 1975.

Apesar das evidências acerca do assassinato de Herzog, a Lei nº 6.683/1979 (Lei de Anistia) extinguiu a possibilidade de responsabilização penal de todos os indivíduos que cometeram crimes políticos ou conexos durante o regime militar, criando-se, deste modo, um imenso obstáculo à persecução penal, punição e consequente identificação dos responsáveis pelas violações aos direitos humanos em questão. Em 28 de outubro de 2015, a Corte Interamericana condenou o Brasil pela violação aos artigos 5.1 (Direito à integridade pessoal), 8.1 (Garantias Judiciais) e 25.1 (Proteção Judicial) da Convenção Americana de Direitos Humanos, bem como pelos artigos 1º, 6º e 8º da Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura e, por fim, pelos dispositivos I, IV, VII, XVIII, XXII e XXV da Declaração Americana.

Dentre as medidas impostas ao país, pode-se listar a recomendação para: a) promover investigação completa e imparcial dos fatos, a fim de identificar e punir os responsáveis pela prisão arbitrária, tortura e assassinato de Vladimir Herzog; b) considerar os crimes de lesa-humanidade como inaniestáveis e imprescritíveis; c) adotar medidas para garantir que dispositivos como a Lei nº 6683/1979, prescrição penal, irretroatividade e coisa julgada não sejam um obstáculo à persecução penal de graves violações aos direitos humanos; d) reparar (material e imaterial) os familiares de Vladimir Herzog; e) promover atos de importância simbólica que garantam a não repetição.

No caso Empregados da Fábrica de Fogos de Artifício Antônio de Jesus e seus familiares x Brasil o objeto foi uma explosão ocorrida em 11 de dezembro de 1998 nessa fábrica de fogos de artifício. Nesse incidente, 64 pessoas morreram, sendo a maioria delas crianças e mulheres. Somente 6 pessoas sobreviveram à explosão, tendo como sequelas queimaduras graves pelo corpo. A fábrica funcionava de modo irregular com a anuência dos órgãos públicos locais. A condenação do Brasil se deu em 15 de julho de 2020, declarando a violação dos artigos 4.1 (Direito à vida), 5.1 (Direito à integridade pessoas), 19 (Direitos da criança), 24 (Igualdade perante a lei), 26 (Desenvolvimento Progressivo),

8.1 (Garantias Judiciais) e 25.1 (Proteção Judicial) da Convenção Americana de Direitos Humanos. Outrossim, a Corte recomendou ao Brasil: a) reparar integralmente as violações, tanto no aspecto material como imaterial; b) adotar medidas de compensação econômica e satisfação do dano moral; c) dispor de medidas de atenção à saúde física e mental necessárias às vítimas sobreviventes da explosão; d) investigar de forma diligente e efetiva e em tempo razoável o fato; e) adotar medidas necessárias à prevenção, quer sejam legislativas, administrativas ou de outra natureza.

Outro caso de relevo é o Márcia Barbosa de Souza e seus familiares x Brasil. Em 11 de julho de 2019 a Comissão Interamericana de Direitos Humanos submeteu o caso à jurisdição da Corte Interamericana. De acordo com a Comissão, o caso tratava da impunidade em que se encontraria a morte de Márcia Barbosa de Souza, ocorrida em junho de 1998 por atos de um então deputado estadual, o senhor Aécio Pereira de Lima. A Corte reconheceu que o Brasil foi responsável pela violação dos direitos às garantias judiciais, à igualdade perante a lei e à proteção judicial, contidos nos artigos 8.1, 24 e 25 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, bem como em relação às obrigações de respeitar e garantir os direitos sem discriminação e ao dever de adotar disposições de direito interno, estabelecidos nos artigos 1.1 e 2º do mesmo instrumento, além das obrigações previstas no artigo 7.b da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher. Reconheceu, ademais, que o Brasil foi responsável pela violação do direito à integridade pessoal, reconhecido no artigo 5.1 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Dentre as medidas recomendadas pela Corte, apontamos as seguintes: a) publicação de o resumo oficial da sentença no Diário Oficial, nas páginas web da Assembleia Legislativa do Estado da Paraíba e do Poder Judiciário da Paraíba, bem como em outro jornal de ampla circulação nacional, com um tamanho de letra legível e adequado; b) publicação da sentença, na íntegra, em um sítio web oficial do Estado da Paraíba e do Governo Federal, de forma acessível ao público e acessível a partir da página de início do referido sítio eletrônico; c) ato público de reconhecimento da responsabilidade estatal pelos fatos ocorridos; d) elaboração e implementação de um sistema nacional e centralizado de recopilação de dados que permita a análise quantitativa e qualitativa de fatos de violência contra as mulheres; e) implementação de um plano de formação, capacitação e sensibilização continuada para as forças policiais responsáveis pela investigação e para operadores de justiça do Estado da Paraíba, com perspectiva de gênero e raça.

Repercussão das decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal

A partir do panorama apresentado, passaremos à análise dos acórdãos do Supremo Tribunal Federal que mencionam as decisões da Corte Interamericana. O objetivo da análise deste tópico é verificar se o STF realiza, de fato, um controle de convencionalidade aplicado, inclusive mudando entendimento consolidado, ou se apenas menciona decisões da Corte Interamericana para reforçar teses já fixadas no âmbito de sua jurisprudência.

Utilizando o parâmetro de busca “corte ADJ2 interamericana ADJ2 de ADJ2 direitos ADJ2 humanos” no sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal, foram analisados 54 (cinquenta e quatro) acórdãos nos quais são mencionadas decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Dentro deste conjunto, somente 6 (seis) deles mencionavam casos envolvendo o Brasil. Analisamos todas as decisões, mas demos destaque especial às decisões que mencionaram as sentenças da Corte contra o Brasil, com a finalidade de demonstrar como o Supremo Tribunal Federal tem se utilizado das recomendações da Corte Interamericana.

O Partido Social Liberal (PSL) propôs, com pedido de medida cautelar, a Ação Direta de Constitucionalidade (ADI) 5243 em face da Lei Federal 13.060/2014, responsável por disciplinar o uso de instrumentos de menor potencial ofensivo por agentes de segurança pública. A legislação seria formalmente inconstitucional por afrontar o artigo 61, parágrafo 1º, inciso II, alínea c, da Constituição Federal, uma vez que a aludida legislação teria sido criada a partir de iniciativa do Senado Federal, contrariando reserva de iniciativa ao Presidente da República para legislar sobre assuntos que versam sobre servidores públicos da União. Outrossim, seria materialmente inconstitucional, tendo em vista que a delimitação de situações em que não se autoriza o uso de arma de fogo por profissionais de segurança pública estaria em contrariedade com o dever do Estado brasileiro de garantia da ordem pública, afrontando diretamente os artigos 2º, 5º, caput e inciso LIV e 144, caput, da Constituição Federal.

Em 11 de abril de 2019, sob a Relatoria do Ministro Alexandre de Moraes, a ADI foi julgada pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal. O Relator votou pela procedência da ação, com o fito de declarar a inconstitucionalidade formal e material da Lei nº 13.060/2014. Em contraposição ao voto do Relator, encontra-se o voto do ministro Edson Fachin, onde consta menção à sentença da Corte Interamericana no caso *Favela Nova Brasília vs. Brasil* prevendo determinação para que o país regulamente por lei, tanto no aspecto formal como no material, os procedimentos policiais que envolvam uso legítimo da força.

Outro caso foi o Habeas Corpus 152752/PR, impetrado pela defesa do ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva em face da decisão proferida pela 5ª turma do Superior Tribunal de Justiça, que negou o pedido de permanência em liberdade até o trânsito em julgado de sentença condenatória. Em 4 de abril de 2018, por seis votos a cinco, seguindo o voto do Relator, Ministro Edson Fachin, o Tribunal denegou a ordem autorizando a execução antecipada da pena sem necessidade de trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

Apesar de o entendimento ter sido modificado pelo Tribunal posteriormente, questão que interessa para o presente estudo é que o Relator fez menções à Corte Interamericana em seu voto, citando o caso *Ximenes Lopes*, o caso *Favela Nova Brasília* e o caso *Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde*), e o fez com a finalidade de demonstrar a ineficiência do sistema brasileiro de proteção penal aos direitos humanos básicos e, por conseguinte, justificar a execução provisória de pena. Para tanto, realizou uma digressão sobre as decisões proferidas pela Corte Interamericana contra o Brasil na tentativa de

sustentar a tese de que a causa para tantas denúncias internacionais seria a morosidade do Judiciário.

O terceiro caso encontrado foi o Agravo Regimental na Extradicação 1327/DF, que diz respeito ao recurso interposto pela Procuradoria Geral da República na Extradicação 1327, em razão do afastamento da prisão preventiva de um extraditando acusado de praticar crimes de lesa-humanidade (sequestro e tortura) durante a ditadura militar argentina, em 1976. O fundamento para negar o pedido se assentou no fato de que o episódio teria ocorrido há mais de trinta anos, estando, portanto, prescrita a pretensão punitiva. Além disso, a plausibilidade da extradicação encontraria óbice no artigo 77, inciso VI, da Lei nº 6.815/1980, uma vez que fatos semelhantes, ocorridos no Brasil durante o período da ditadura militar, não se mostravam puníveis em função da anistia conferida pela Lei nº 6.683/1979.

Todavia, no agravo em questão, buscando o restabelecimento da prisão preventiva do extraditando, a Procuradoria Geral da República recordou que a Corte Interamericana, no caso *Gomes Lund vs Brasil*, declarou sem validade as disposições de anistia previstas na Lei nº 6.683/1979, ensejando a ADPF nº 320 em tramitação no STF. Em 27 de junho de 2017, os Ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, por unanimidade, negaram provimento ao Agravo Regimental, nos termos do voto do Relator, Ministro Marco Aurelio, que mencionou a decisão da Corte Interamericana no caso *Gomes Lund vs. Brasil*, mas com a única finalidade de afirmar a prevalência da ADPF nº 153 em detrimento do entendimento da Corte.

Tendo em vista que este caso trata de crimes cometidos por um extraditando no contexto da ditadura militar na Argentina, importante, aqui, traçar um paralelo em relação à tratativa dispensada por este país em relação aos crimes anistiados no Brasil. Segundo Flávia Piovesan, a jurisprudência desenvolvida pela Corte Suprema de Justiça Argentina expressamente reconhece que a jurisprudência da Corte Interamericana deve servir de guia para a interpretação dos preceitos convencionais.²²

Ademais, Julia Lenzi Silva e Vinícius Fernandes Ormelesi registram esse posicionamento da Corte Suprema de Justiça Argentina:

(...) Argentina e Uruguai também foram condenados a rever suas leis de anistia no âmbito da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) e acataram as recomendações do Primeiro Relatório, procedendo à investigação, persecução penal e punição dos agentes da ditadura pelos crimes de lesa humanidade perpetrados contra os opositores políticos, motivo pelo qual não tiveram seus casos apresentados à Corte IDH. Todavia, o STF optou por não realizar o diálogo de Cortes, fechando os olhos e virando as costas a toda jurisprudência internacional existente sobre a temática da anistia e cristalizando entendimento isolacionista, que traduz o ranço nacionalista autoritário já esposado na primeira parte deste trabalho. O acórdão da ADPF n. 153 foi publicado em abril de 2010 e, em novembro daquele mesmo ano, foi publicada a sentença condenatória da

²² PIOVESAN, Flavia. *Direitos Humanos e justiça internacional - um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano*. 2 ed. Parte II. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 123.

Corte IDH no caso Gomes Lund e outros vs. Brasil, criando esse imbróglio jurídico aparentemente insolúvel.²³

O que se verifica neste caso é não apenas a negativa de cooperação com a Corte Interamericana, mas também com a Justiça estrangeira que solicitou a extradição na tentativa de cooperar com a Corte Interamericana. Comparando com o caso trabalhado no tópico anterior, em que o STF aprofunda decisões da Corte Interamericana sobre presunção de inocência para reforçar o entendimento prévio da Corte Suprema, a hipótese levantada na presente pesquisa se fortalece e se confirma, uma vez que nos casos em que o entendimento da Corte Interamericana destoa do entendimento desejado pelos Ministros, a postura é de afastar o entendimento interamericano, aplicando tais decisões apenas quando interessa.

O quarto caso analisado foi o Habeas Corpus 87395/PR, impetrado pela defesa de quatro policiais civis em face de decisão do Superior Tribunal de Justiça (STJ) que recebeu denúncia feita pelo Tribunal de Justiça do Paraná (TJ-PR). Os referidos policiais foram acusados de praticar, em caráter de abuso de autoridade, homicídio qualificado, bem como os crimes de porte de armas sem autorização e fraude processual. Conforme emerge do acórdão, o inquérito policial teria sido arquivado pelo Ministério Público, ante a comprovação de que as mortes provocadas pelos policiais teriam ocorrido em legítima defesa no exercício de uma operação policial, estando os réus, portanto, acobertados pela excludente de ilicitude.

Por maioria, em 23 de março de 2017, o STF denegou a ordem e desarquivou a investigação. No caso, temos o voto do Ministro Gilmar Mendes, que menciona decisões da Corte Interamericana contra o Brasil com o fito de fundamentar sua decisão, onde ressalta que o Pacto de San José da Costa Rica, apesar de estabelecer a vedação ao chamado *bis in idem*, permite o desarquivamento das investigações quando existirem provas novas acerca dos fatos e, principalmente, quando o arquivamento for arquitetado para benefício dos acusados, devendo, desta forma, prevalecer o que preconiza o artigo 2º do aludido tratado, no sentido da afirmação dos direitos humanos como um dever do Estado.

O quinto caso foi a Extradicação 1362, por ocasião da qual o governo argentino requisitou a extradição de Salvador Siciliano, acusado de sequestrar de forma violenta, assassinar militantes políticos contrários à ditadura militar argentina na década de 70, bem como de participar de associação criminosa. A Argentina alegou imprescritibilidade dos crimes cometidos pelo extraditando, uma vez que seriam pertencentes à ordem dos crimes de lesa-humanidade. Por maioria de votos, o Plenário do Supremo Tribunal Federal indeferiu o pedido de extradição, do mesmo modo e com base nos mesmos argumentos aplicado à Extradicação 1327 AgR/DF.

Importante destacar um trecho do voto do Ministro Gilmar Mendes, que rejeitou o pedido de extradição considerando que a qualificação de crime contra a humanidade,

²³ LENZI Silva, Júlia; FERNANDES Ormelesi Vinicius. A resistência do STF ao exercício do controle de convencionalidade. Revista Direito e Práxis, vol. 6, núm. 12, 2015, pp. 228-250 Universidade do Estado do Rio de Janeiro Rio de Janeiro, Brasil.

conferida ao extraditando pelo Estado requerente, não seria capaz de vincular o Brasil. Além do mais, ressaltou o compromisso para com os direitos do extraditando, tendo em vista o princípio da não devolução. Salientou que este entendimento vai ao encontro da assentada jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, especificamente no caso *Wong Ho Wing vs. Peru*, sentença de 30 de junho de 2015, ainda que, aparentemente, contrariasse decisões como as proferidas nos casos *Almonacid Arellano y otros vs. Chile* e *Gomes Lund vs. Brasil*, registrando, por fim, que o primeiro caso diz respeito a direitos de extraditados e, os dois últimos, a casos de crimes de lesa-humanidade. Anuncia uma distinção entre os casos da Corte e conclui que: “Os precedentes têm força persuasiva, mas não vinculam a decisão no presente caso”.

Assim, o ministro considera que o enquadramento dos fatos poderia colidir com a jurisprudência da Corte Interamericana em casos em que o Brasil não é parte, desconsiderando uma orientação expressa de outro caso em que o Brasil foi parte, ou seja, o caso *Gomes Lund*, que ele usou como razão de decidir em seu voto no HC 87395/PR.

Ou seja, em linhas conclusivas, ainda que o STF não seja obrigado a aplicar decisões da Corte em interpretação constitucional, na medida em que opta por aplica-las, não pode aplica-las sem o devido rigor.

Outro caso foi a Medida Cautelar em Ação Declaratória de Constitucionalidade 43/DF, ajuizada pelo Partido Ecológico Nacional (PEN) e o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, tendo como objetivo a suspensão da execução antecipada da pena de todos os acórdãos exarados em segunda instância, com o fito de garantir uma aplicação conforme os parâmetros constitucionais do artigo 283 do Código de Processo Penal, que preconiza: “Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de prisão cautelar ou em virtude de condenação criminal transitada em julgado.”

Em 11 de novembro de 2020, o STF, por meio de Sessão Plenária e sob a Relatoria do Ministro Marco Aurélio, julgou procedente a ação, assentando a constitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal em face do artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal. Existe referência, no voto do Ministro Edson Fachin, ao Caso *Maria da Penha*, citado junto com o Caso dos Meninos Emascarados do Maranhão, de 2006, da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, bem como com o Caso *Garibaldi vs. Brasil*, de 2009, o Caso *Ximenes Lopes vs. Brasil*, de 2006 e o Caso *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Apesar das referências, a ADC em questão versa sobre o início da execução da pena após condenação em segunda instância e a menção aos casos se deu apenas para justificar a decisão adotada, com base no argumento de que a morosidade do poder judiciário brasileiro em apresentar soluções a casos criminais tem sido responsável pela condenação internacional do Brasil em diversos casos. Cumpre consignar que, para fundamentar a razão de decidir, foi feita menção à jurisprudência interamericana envolvendo outros países, notadamente aos casos *Suárez Rosero vs. Equador* e *Ricardo Canese vs. Paraguai*, para apontar a importância dispensada pela Corte Interamericana ao princípio da presunção de inocência.

Considerações finais

Com a presente pesquisa demonstramos a relevância de tratados e convenções por meio dos quais o Brasil não apenas assume o compromisso geral de cooperação internacional com organismos internacionais de direitos humanos, como também reconhece a competência de tribunais internacionais, como é o caso da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Muitos Estados soberanos aderiram a este sistema interamericano ao incorporar a Convenção Americana de Direitos Humanos, dentre os quais o Brasil. Desse modo, os órgãos e as instituições nacionais assumiram um compromisso internacional de proteger e aplicar os direitos nela previstos. Igualmente, o Estado brasileiro, no exercício de sua soberania, decidiu reconhecer a competência contenciosa da Corte Interamericana e, desse modo, assumiu o compromisso de seguir a jurisprudência deste órgão internacional.

Apesar disso, por meio da análise dos julgados estudados, ficou evidente que o Brasil, especificamente o STF, não se encontra no mesmo compasso do avanço demonstrado por outros países, como é o caso da Argentina, no caso específico das agendas de anistia e justiça de transição, definidas pela Corte Interamericana. Isso fica evidente diante da ausência de critério do STF na aplicação da jurisprudência da Corte Interamericana.

A partir dos acórdãos estudados, foi possível demonstrar a reincidência de temáticas específicas, como, por exemplo, as ações de extradição que envolvem anistia aos crimes cometidos durante os períodos de ditadura militar e a possibilidade de prescrição dos crimes de lesa-humanidade. A discricionariedade e falta de critério sistemático de alinhamento à jurisprudência da Corte Interamericana evidencia um desrespeito ao compromisso de cooperação em direitos humanos assumido internacionalmente pelo Brasil.

Com base na análise realizada por esta pesquisa, ficou evidente a necessidade de se repensar, de forma crítica, a produção de decisões judiciais, tanto no âmbito da jurisdição ordinária quanto extraordinária, a fim de que estejam mais alinhadas às diretrizes e os parâmetros internacionais e interamericanos sobre direitos humanos em relação aos quais, é importante frisar, o Brasil decidiu soberanamente se alinhar. Isso se deve ao fato de que, ao reconhecer a competência da Corte Interamericana para todos os casos relativos à interpretação ou aplicação da Convenção Americana de Direitos Humanos, o Brasil sinalizou no sentido de considerar todos julgados dessa Corte como parâmetro interamericano em tema de direitos humanos.

Em outros termos, trata-se de considerar, retomando Delmas-Marty, a necessidade de superar a concepção que compreende o Estado como a “única fonte do direito”²⁴. Essa compreensão, num momento em que está mais do que evidente que os efeitos de um desastre ambiental que começa local, de uma guerra que começa local, de uma crise

²⁴ Cf. DELMAS-MARTY, Mireille. Por um direito comum. trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. – São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 46.

sanitária que começa local, cruza fronteiras e reflete por todos os cantos do mundo, cai por terra e exige mais do que simplesmente debater direitos humanos apenas no plano nacional, exigindo mais do que simples referências esparsas e sem compromisso sistemático a decisões construídas em foros como a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

REFERÊNCIAS

ABADE, Denise Neves. *Direitos fundamentais na cooperação jurídica internacional*. – São Paulo: Saraiva, 2013.

ALVES, Lucélia de Sena; LIMA, Renata Mantovani de. A Efetividade do Ativismo Jurídico Transnacional no Sistema Interamericano de Direitos Humanos: uma Análise a partir de Casos contra o Brasil. *Revista de Direito Internacional*, [s.l.], v. 10, n. 2, p.240, 4 jan. 2014. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/2558>. Acesso em: 21 set. 2021.

BARRERA, Tania Giovanna Vivas; CÁRDENAS, Jaime Alfonso Cubides. *Diálogo Judicial Transnacional en la Implementación de las Sentencias de la Corte Interamericana. Entramado*, Cáli, v. 8, n. 2, p.184-204, dez. 2012. Disponível em: <https://revistas.unilibre.edu.co/index.php/entramado/article/view/3436>. Acesso em: 21 set. 2021.

BERNARDES, Marcelo di Rezende. *A Aplicabilidade Das Decisões Da Corte Interamericana De Direitos Humanos No Brasil*. 2011. 166 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Puc-goias, Goiânia, 2011. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/31694.pdf>. Acesso em: 21. set. 2021.

CARVALHO RAMOS, André. Supremo Tribunal Federal brasileiro e o controle de convencionalidade: levando a sério os tratados de direitos humanos. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 104, p. 241-286, 2009. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67857>. Acesso em: 21. set. 2021

CARVALHO RAMOS, André. O novo Direito Internacional Privado e o conflito de fontes na cooperação jurídica internacional. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo* v. 108 p. 621 – 647 jan./dez. 2013. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67998>. Acesso em: 21. set. 2021.

CARVALHO RAMOS, André de. ***Processo Internacional de Direitos Humanos***: análise dos mecanismos de apuração de violações de direitos humanos e a implementação das decisões no Brasil. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2015

DELMAS-MARTY, Mireille. *Por um direito comum*. trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. – São Paulo: Martins Fontes, 2004.

LENZI Silva, Júlia; FERNANDES Ormelesi Vinicius. A resistência do STF ao exercício do controle de convencionalidade. *Revista Direito e Práxis*, vol. 6, núm. 12, 2015, pp. 228-250 Universidade do Estado do Rio de Janeiro Rio de Janeiro, Brasil. Disponível em:

<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/15344>. Acesso em: 21. set. 2021.

PERUZZO, Pedro Pulzatto; COSTA, Ana Clara Rocha. Executoriedade no Brasil das obrigações extrajudiciais das sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas*, v.35, p.285 - 310, 2019. Disponível em: <https://revista.fdsu.edu.br/index.php/revistafdsu/article/view/214> Acesso em: 21. set. 2021.

PERUZZO, Pedro Pulzatto; LOPES, Lucas Silva. Afirmação e promoção do direito às diferenças da pessoa com deficiência e as contribuições do Sistema Interamericano de Direitos Humanos. *Revista eletrônica do curso de Direito da UFSM*, v. 14, p. 1-33, 2019. DOI: <https://doi.org/10.5902/1981369435067>. Disponível em: <https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/35067> Acesso em: 12 jun. 2021.

PERUZZO, Pedro Pulzatto; CASONI, Laura Freitas. Contribuições da Corte Interamericana de Direitos Humanos sobre violência contra a mulher: uma análise jurisprudencial. *Revista Direito Público*. v.18, p.94 - 122, 2021. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/5265> Acesso em: 10 jun.. 2021.

PIOVESAN, Flavia. *Direitos Humanos e justiça internacional - um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano*. 2 ed. Parte II. São Paulo: Saraiva, 2011.

PIOVESAN, Flávia. Força integradora e catalizadora do sistema interamericano de proteção dos direitos humanos: desafios para a pavimentação de um constitucionalismo regional¹. *Revista Brasileira De Estudos Jurídicos-Faculdades Santo Agostinho*, v. 8, n. 2, p. 11-28, 2017. Disponível em: <https://direito.fasa.edu.br/?/revista-bej/#7>. Acesso em: 21. set. 2021

SALES, Giorgi Augustus Nogueira Peixe. *Efetivação Das Sentenças Da Corte Interamericana De Direitos Humanos No Brasil*. 2013. 123 f. Tese (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2013. Disponível em: http://www.repositorio.ufc.br/handle/riufc/12802?locale=pt_BR. Acesso em: 21. set. 2021.

TORELLY, Marcelo. Do direito internacional à governança global: mudanças estruturais do espaço transnacional. *Revista de Direito Brasileira*. São Paulo, SP. v. 15, n. 6, p. 20 - 46, set./dez. 2016. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/rdb/article/view/2990>. Acesso em: 21. set. 2021.

Data de Recebimento: 10.12.2021.

Data de Aprovação: 20.03.2023.

CONSTITUCIONALISMO DEMOCRÁTICO: A PARIDADE DE PARTICIPAÇÃO A PARTIR DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO 26 E MANDADO DE INJUNÇÃO 4733

DEMOCRATIC CONSTITUCIONALISM: THE PARITY OF PARTICIPATION FROM THE “AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO” N. 26. E “MANDADO DE INJUNÇÃO” 4733

Adriana Marques Aidar*
Luísa Giuliani Bernsts**
Lucas Ferreira Mazete Lima***

RESUMO

O objetivo do presente trabalho é analisar a participação dos movimentos sociais representativos dos interesses LGBT, por meio do instituto *amici curiae*, na Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) 26 e Mandado de Injunção 4733, que buscou a criminalização específica de todas as formas de homofobia e transfobia. Utiliza-se como marco teórico o Constitucionalismo Democrático proposto por Robert Post e Reva Siegel (2007), bem como a noção de paridade de participação desenvolvida por Nancy Fraser (2007). Partindo desses pressupostos teóricos foi possível analisar e defender, de modo crítico, a inclusão dos movimentos sociais no processo de tomada de decisão desse processo que representa, para além da criminalização, uma luta por reconhecimento. A metodologia utilizada foi a fenomenológica hermenêutica.

Palavras-chave: Constitucionalismo Democrático. Movimentos sociais. Controle de Constitucionalidade. Paridade de Participação.

ABSTRACT

The objective of the present work is to analyze the participation of social movements representing LGBT interests, through the *amici curiae* institute, in the “Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) 26” e “Mandado de Injunção (MI) 4733”, which sought the specific criminalization of all forms of homophobia and transphobia. Democratic Constitutionalism proposed by Robert Post and Reva Siegel (2007) is used as a theoretical framework, as well as the notion of parity of participation developed by Nancy Fraser (2007). Based on these theoretical assumptions, it was possible to critically analyze and defend the inclusion of social movements in the decision-making process of this process, which represents, in addition to criminalization, a struggle for

* Doutora em Sociologia pelo IESP/UERJ. Mestre em Filosofia Moderna e Contemporânea. Professora no cursos de graduação presencial e à distância na Universidade de Uberaba. Advogada. <http://lattes.cnpq.br/9808198977350420>; <https://orcid.org/0000-0001-7475-687X>. e-mail: dri.aidar@gmail.com.

** Doutoranda e Mestre em Direito Público (UNISINOS/RS). Bolsista CAPES/PROEX. Graduada em Direito (IMED/RS). Membro do DASEIN - Núcleo de Estudos Hermenêuticos. Advogada. <http://lattes.cnpq.br/8800385898712531>; <https://orcid.org/0000-0002-1220-556X> e-mail: giuliani.luisa@gmail.com.

*** Bacharel em Direito pela Universidade de Uberaba (UNIUBE). Pós graduando em Ciências Criminais pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo (FDRP-USP). Advogado. <http://lattes.cnpq.br/4982870807442043>; <https://orcid.org/0000-0003-1783-4418> e-mail: lucasmazete47@gmail.com.

recognition. The methodology employed was bibliographic, exploratory, and the argumentative method.

Key-words: Democratic Constitutionalism. Social movements. Judicial Review. Parity of participation.

INTRODUÇÃO

Passados mais de trinta anos da promulgação da Constituição Federal de 1988 é possível constatar que muitas de suas promessas ainda não foram efetivadas. A cidadania ainda é precária, a desigualdade naturalizada e as violências contra grupos sociais minoritários ainda persistem. Como disse Lilia Moritz Schwarcz¹: “Nosso presente anda, mesmo, cheio de passado, e a história não serve como prêmio de consolação”. O não rompimento com antigos ideais, a falta de representatividade e a estigmatização de grupos sociais marginalizados dificultam as discussões das pretensões de uma sociedade plural.

Somente em 2019, segundo relatório do Grupo Gay da Bahia, 329 LGBT² (lésbicas, gays, bissexuais, travestis, transexuais e transgêneros) sofreram morte violenta no Brasil, vítimas da homotransfobia: 297 homicídios (90,3%) e 32 suicídios (9,7%). Ou seja, a cada 26 horas, o preconceito decorrente da orientação sexual e da identidade de gênero, faz uma vítima no Brasil³. Além da evidente e grave violência também se faz nota a dois aspectos importantes: o primeiro diz respeito a um progressivo sucateamento dos espaços destinados à proteção de direitos humanos dentro da estrutura do Governo Federal, além do silêncio em relação aos dados oficiais sobre a violência contra esta população (não há acompanhamento ou indicativos para monitoração), e da mesma forma se observa que conselhos estaduais e municipais (frequentemente criados por decretos) têm sido extintos.

Isso é evidenciado no descaso com esse grupo, quando da edição da Medida Provisória 870, Lei 13.844 de junho de 2019, que não inclui pessoas lésbicas, gays, bissexuais, transexuais e intersexuais no item “minorias étnicas e sociais” da competência no Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos⁴. Além disso, não consta, em nenhum dispositivo desta Lei, a palavra gay ou a sigla LGBT, o que demonstra a exclusão

¹ SCHWARCZ, Lilia Moritz. *Sobre o autoritarismo brasileiro*. São Paulo: Companhia das Letras, 2019. p.24.

² Utiliza-se a sigla LGBT para representar a comunidade de lésbicas, gays, bissexuais, transexuais, travestis, transgêneros, intersexuais, assexuais, *queer* e quaisquer outros grupos ou variações de gênero ou de sexualidade. A escolha parte da justificativa terminológica feita pelo Ministro Ricardo Lewandoski em seu Relatório, na ADO 26, que leva em consideração a I Conferência Nacional de Gays, Lésbicas, Bissexuais, Travestis e Transexuais, realizada, no Brasil, em 08/06/2008. (BRASIL, 2019, p. 7). Reconhece-se, entretanto, que as organizações da Sociedade Civil trabalham com diferentes siglas. O Conselho Nacional Popular, formado por mais de 20 organizações, adotou “LGBTI+”.

³ Oliveira, José Marcelo Domingos de. *Mortes violentas de LGBT+ no Brasil – 2019: Relatório do Grupo Gay da Bahia/ José Marcelo Domingos de Oliveira; Luiz Mott*. – 1. ed. – Salvador: Editora Grupo Gay da Bahia, 2020.

⁴ SCHWARCZ, Lilia Moritz. *Sobre o autoritarismo brasileiro*. São Paulo: Companhia das Letras, 2019. p.204.

de possibilidades da participação desse grupo no Poder Executivo: “a MP sobre o que constitui a área de competência desse ministério criado pelo novo governo, não deixa claramente evidenciada a inserção desse grupo”⁵. A referida lei estabelece a organização básica dos órgãos da Presidência da República e dos Ministérios e consolida um movimento começado pelo Decreto 9759 de 11 de abril de 2019 que, entre outras coisas, extinguiu o Conselho Nacional LGBT.

O segundo aspecto é a omissão do Poder Executivo em criar políticas públicas para o combate da homotransfobia. Soma-se a isso a constatação de que o Congresso não aprova leis pró minorias sexuais desde a fundação da nova ordem constitucional, com a promulgação da Constituição de 1998, dita “cidadã”. Isso se deve, também, à ausência desses grupos no Poder Legislativo que resulta na sua sub-representatividade.⁶ Além disso, paradoxalmente, essas minorias sexuais também não tiveram suas pretensões efetivamente acolhidas pela Constituinte. Tentou-se incluir a proteção contra a discriminação por orientação sexual no dispositivo que, posteriormente veio a estar prescrito no “Art. 3 Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: [...] IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”. Pelo menos em duas Comissões da Assembleia Nacional da Constituinte houve tentativas de inclusão da expressão “orientação sexual”. Contudo, as propostas de emenda ao texto foram rejeitadas e o texto promulgado sem essa expressão⁷.

Isso tudo ilustra que, na história das instituições públicas e nos espaços deliberativos, as minorias que compõem a sigla sempre ficaram reféns da maioria conservadora. Os poucos ganhos em termos de direitos voltados para sua proteção vieram através de decisões judiciais. Exemplo desse movimento é a decisão dada pelo Ministro do Supremo Federal Luis Roberto Barroso na ADPF 527 em março de 2021. Respalado em sua decisão por compromissos internacionais e Tratados de Direitos Humanos, o Ministro argumentou “notável evolução no tratamento a ser dado à matéria no âmbito do Poder Executivo, evolução decorrente de diálogo institucional ensejado pela judicialização da matéria, que permitiu uma saudável interlocução entre tal poder, associações representativas de interesses de grupos vulneráveis e o Judiciário”⁸. Nesta decisão ajustou-se “os termos da cautelar já deferida para outorgar às transexuais e travestis com identidade de gênero feminina o direito de opção por cumprir pena: (i) em

⁵ SCHWARCZ, Lilia Moritz. *Sobre o autoritarismo brasileiro*. São Paulo: Companhia das Letras, 2019. p.204.

⁶ Câmara dos Deputados. Reportagem. *Muito além do arco-íris: Congresso não aprova leis pró LGBTIs desde 1988*. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cdhm/noticias/muito-alem-do-arco-iris-congresso-nao-aprova-leis-pro-lgbtis-desde-1988>. Acesso em 17 mai. 2020.

⁷ BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco; SANTOS, Daniel Moraes dos. O longo caminho contra a discriminação por orientação sexual no Brasil no constitucionalismo pós-88: igualdade e liberdade religiosa. *Revista Libertas*, UFOP, v. 1, n. 1, jan./jun. 2013. p. 4-5.

⁸ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 527*. Relator Min. Roberto Barroso. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF527decisao19mar.pdf>. Acesso em 20 mar. 2021. p. 9.

estabelecimento prisional feminino; ou (ii) em estabelecimento prisional masculino, porém em área reservada, que garanta a sua segurança”⁹.

É necessário frisar que o Judiciário age quando provocado, e os julgamentos não resolvem ou resumem a questão da “efetivação da cidadania LGBT do qual fazem parte movimento social, institucionalizado ou não, representações LGBT em entidades de classe, entidades dedicadas aos direitos humanos, acadêmicos, entre tantos outros”¹⁰. É, no entanto, a via mais utilizada para a tentativa de efetivação de direitos e garantias fundamentais dessa população e, em virtude disso, não pode ser ignorada nas potencialidades que apresenta. Entre elas está o instituto do *amicus curiae*.

Considerando tais circunstâncias, esta pesquisa pretendeu analisar o potencial de influência dos movimentos sociais, a partir de sua presença como *amici curiae*, nos processos de controle de constitucionalidade. Presume-se ser tal instituto jurídico uma forma de inclusão desses grupos no momento de instrução e, assim, contribuir na defesa e efetivação de seus direitos. Considerando que a cidadania é um fundamento da República Federativa do Brasil (art. 1º da C.F.), faz-se necessário investigar meios pelos quais é possível alterar o processo de exclusão de determinados grupos do processo de tomada de decisões. Diante do cenário apresentado e das potencialidades do instituto do *amicus curiae*, a presente pesquisa se justifica na medida em que pretende compreender mecanismos para defesa e efetivação dos direitos desses grupos vulneráveis a partir do controle concentrado de constitucionalidade, especificamente ao analisar as possibilidades institucionais e processuais na discussão de seus direitos e na construção dos sentidos da Constituição, uma vez que “todo aquele que vive a Constituição é um seu legítimo interprete”¹¹.

A Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) 26, ajuizada pelo Partido Popular Socialista (PPS), e o Mandado de Injunção 4733, com relatoria do Ministro Celso de Mello, apresenta-se como ponto de partida para esta investigação. Nesta ação, buscou-se obter a criminalização específica de todas as formas de homofobia e transfobia, dos homicídios, das agressões e discriminações motivadas pela orientação sexual e/ou identidade de gênero, por ser isto (a criminalização específica) decorrência da ordem constitucional de legislar relativa ao racismo (art. 5º, XLII). Essa discussão teve a participação de onze entidades representativas¹², sendo 6 (seis) delas ligadas à defesa

⁹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 527*. Relator Min. Roberto Barroso. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF527decisao19mar.pdf>>. Acesso em 20 mar. 2021. p. 9.

¹⁰ AIDAR, Adriana Marques. *O Conselho Nacional de Combate à Discriminação e Promoção de Direitos de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais (CNCD/LGBT): entraves e possibilidades de participação na elaboração e implementação de políticas públicas*. TESE. IESP/UERJ. Rio de Janeiro, 2016. p. 18.

¹¹ HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional: A sociedade aberta aos intérpretes da constituição: contribuições para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002. p. 9.

¹² Dentre elas, temos: Grupo Gay da Bahia – GGB; Associação de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais – AGLBT; Grupo de Advogados Pela Diversidade Sexual – GADVS; Associação Nacional de Juristas Evangélicos – ANAJURE; Frente Parlamentar “Mista” da Família e Apoio à Vida; Grupo Dignidade – Pela Cidadania de Gays, Lésbicas e Transgêneros; Convenção Brasileira das Igrejas Evangélicas Irmãos

de interesses LGBT. Desse modo, será verificado se as vozes das minorias sexuais foram audíveis nesse processo e decisivas na tomada de decisão pelos Ministros favoráveis a procedência da ação.

Para isso, aborda-se o marco teórico do Constitucionalismo Democrático, proposto por Reva Siegel e Robert Post¹³, que defendem que a interpretação da Constituição deve se realizar entre as instituições e o povo, analisando os discursos deste na aplicação do texto constitucional.¹⁴

Tudo isso deverá ser perpassado pela concepção de paridade participativa, como desenvolvida por Nancy Fraser¹⁵, em que se questiona as condições em que certos grupos se encontram submetidos, por não serem pares nas relações institucionais democráticas, e por não terem acesso às mesmas condições das outras partes do processo de deliberação democrático. Em seu modelo, Fraser “coloca a questão da paridade de participação em termos que vão bem além dos numéricos, devendo possibilitar àqueles que destoam dos padrões institucionalizados de valoração cultural tomarem seus lugares na condição de parceiros integrais na interação”¹⁶.

Quanto ao método, a fim de promover uma revisão crítica de um tema inserido no contexto jurídico dogmático, em face das insuficiências relativas ao emprego da matriz analítica, far-se-á o uso, como forma de abordagem da temática proposta, o método fenomenológico-hermenêutico. A escolha de tal método encontra fundamento na necessidade de superação do esquema sujeito-objeto e dos paradigmas filosóficos que o sustentam. O ato interpretativo, diante da relação intersubjetiva, está condicionado a compreensão, não mais resultando da representação do objeto pelo sujeito¹⁷. Assim sendo, a discussão proposta com o desenvolvimento de tal trabalho, encontra respaldo metodológico sob a proposta da fenomenologia-hermenêutica.

A técnica de pesquisa é a documentação indireta, por meio da pesquisa bibliográfica em livros, artigos científicos e capítulos de livros que contemplam o marco teórico das contribuições do Constitucionalismo Democrático.

Será utilizada a pesquisa documental (documentação indireta), para a investigação jurisprudencial dos julgados que tratam da questão. Tais documentos jurídicos - cabe citar - encontram-se disponíveis de forma on-line no site do STF.

Menonitas – COBIM; Partido Socialista dos Trabalhadores Unificado – PSTU; Conselho Federal de Psicologia; Associação Nacional de Travestis e Transexuais – ANTRA; Defensoria Pública do Distrito Federal.

¹³ POST, Robert; SIEGEL, Reva. Roe Rage: Democratic Constitutionalism and the Backlash. In: *Harvard Civil Rights – Civil Liberties Law Review*, p. 372-433, 2007.

¹⁴ Não se desconhece a tese da prof. Maria Eugenia Bunchaft, que também se debruça nesta articulação entre Fraser, Post e Siegel, sendo o Constitucionalismo Democrático Paritário semelhante aquilo defendido na presente pesquisa.

¹⁵ FRASER, Nancy. A justiça social na globalização: Redistribuição, reconhecimento e participação. *Revista Crítica de Ciências Sociais*, 63, Outubro 2002, p. 16.

¹⁶ AIDAR, Adriana Marques. *O Conselho Nacional de Combate à Discriminação e Promoção de Direitos de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais (CNCD/LGBT): entaves e possibilidades de participação na elaboração e implementação de políticas públicas*. TESE. IESP/UERJ. Rio de Janeiro, 2016. p. 19.

¹⁷ STRECK, Lenio Luis. *Hermenêutica Jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014

Estratégias do Constitucionalismo Democrático para a concretização de Direitos de Minorias.

Segundo Post e Siegel¹⁸, os desacordos interpretativos são vistos como uma condição normal e necessária para o desenvolvimento do direito constitucional, sendo que a autoridade da Constituição depende da legitimidade democrática, possibilitada através do engajamento dos cidadãos nas reivindicações sobre os sentidos da Constituição.

Aponta Maria Eugênia Bunchaft que os autores “propõem a teoria do Constitucionalismo Democrático, a qual visa analisar e entender a forma como os direitos fundamentais podem ser efetivados pelo Judiciário, que interage ativamente com os cidadãos e movimentos sociais em uma sociedade plural e divergente”¹⁹.

Essa aposta nos juízes e cortes na aplicação da Constituição e garantia de direitos conflita com o que propõe Cass Sustein na sua defesa do minimalismo judicial, que defende o silêncio judicial e não encara as contestações que demandam uma atuação mais maximalista. Isso contrasta com o que defende Post e Siegel, que acreditam que o Poder Judiciário pode ter papel ativo na garantia de direitos através do exercício do *judicial review*.

Bunchaft²⁰, defende que:

uma abordagem minimalista é absolutamente incompatível com a criação de uma cultura constitucional delineada a partir do potencial emancipatório de determinadas decisões judiciais, voltadas para a proteção de minorias. Como salientam Robert Post e Reva Siegel, o minimalismo “enfraqueceria os atributos essenciais da prática jurídica, temendo o exercício ordinário da habilidade de desencadear o conflito social”. Em suma, compartilhamos com os autores a opinião segundo a qual o fato de os cidadãos alegarem diferentes interpretações sobre significados constitucionais configura uma função construtiva do desacordo, sendo legítimo ao Judiciário dispor de sua autoridade para administrá-lo com base em argumentos jurídicos racionais.

Diferentemente do que propõe o minimalismo, a Corte não pode abandonar seu papel institucional na concretização de direitos sob a premissa de que certa decisão possa gerar conflito, já que: “a resistência a interpretação judicial pode realçar a legitimidade democrática da Constituição”²¹. Portanto, a Constituição se reveste de força democrática na medida em que ela possibilita as divergências sobre as interpretações dos diversos

¹⁸ POST, Robert; SIEGEL, Reva. Roe Rage: Democratic Constitutionalism and the Backlash. In: *Harvard Civil Rights – Civil Liberties Law Review*, p. 372-433, 2007. p. 374.

¹⁹ BUNCHAFT, Maria Eugenia. *Ativismo judicial e grupos estigmatizados: filosofia constitucional do reconhecimento*. 2ª edição. Curitiba: Juruá, 2015. p. 25.

²⁰ BUNCHAFT, Maria Eugenia. Constitucionalismo democrático versus minimalismo judicial. *Direito, Estado e Sociedade*. Rio de Janeiro, 2011, n. 38, jan-jun, p. 164-165

²¹ POST, Robert; SIEGEL, Reva. Roe Rage: Democratic Constitutionalism and the Backlash. In: *Harvard Civil Rights – Civil Liberties Law Review*, p. 372-433, 2007. p. 375. Tradução do autor.

autores sociais que a vivem, ou seja, os autores acreditam no potencial construtivo do *backlash*.²²

Contudo, é necessário pontuar que, por mais que o Constitucionalismo Democrático entenda o papel do Judiciário na garantia de direitos, ele não está atrelado a uma ideia juricêntrica focada na Corte em si, mas defende um papel essencial do engajamento do povo e dos movimentos sociais na legitimação das instituições que realizam o *judicial review*.²³

Miguel Gualano de Godoy²⁴ afirma que:

Diante disso, para Post e Siegel a oposição entre a decisão dada pela Suprema Corte e a compreensão do povo sobre a Constituição é uma falsa dicotomia. Não há razão para opor o controle judicial de constitucionalidade das leis à democracia. O exercício da revisão judicial das leis pode consistir exatamente na garantia e defesa dos mesmos direitos e valores desejados e expressados pela democracia. Nesse sentido, o Poder Judiciário tem um importante papel a desempenhar como protetor e promotor da democracia. A garantia e aplicação judicial dos direitos fundamentais podem desempenhar, dessa maneira, um importante papel para uma das condições básicas exigidas pelo constitucionalismo popular, justamente a oitiva e a participação do povo.

Para o constitucionalismo democrático, algum grau de conflito é consequência inevitável da reivindicação por direitos constitucionais, sejam assegurados por legislação ou por decisão judicial. As decisões das cortes constitucionais provocam resistência, especialmente se elas ameaçam status de grupos que exercem autoridade²⁵.

Também partindo de Post e Siegel, nesse sentido, Bernsts²⁶, ao propor uma releitura da teoria da decisão de Ronald Dworkin e levando em conta o quadro sistemático de ausência dessas minorias nos espaços formais deliberativos, aduz que a crise de representatividade política e a falta de engajamento da população resultam num ambiente legislativo que está voltado para interesses políticos sectários, descaracterizando o valor epistêmico do processo deliberativo. Assim, o Poder Judiciário assume papel importante no abrandamento de disparidades sociais, dando sensibilidade e ouvindo os movimentos sociais sub representados nas outras esferas de poder.

Sustentam, ainda, Post e Siegel²⁷ que, as controvérsias constitucionais, assim como todos as controvérsias políticas, não são passíveis de solução por uma metodologia

²² POST, Robert; SIEGEL, Reva. Roe Rage: Democratic Constitutionalism and the Backlash. In: *Harvard Civil Rights – Civil Liberties Law Review*, p. 372-433, 2007. p. 375. Tradução do autor.

²³ POST, Robert; SIEGEL, Reva. Roe Rage: Democratic Constitutionalism and the Backlash. In: *Harvard Civil Rights – Civil Liberties Law Review*, p. 372-433, 2007. p. 379.

²⁴ GODOY, Miguel Gualano de. *Devolver a Constituição ao Povo: crítica à supremacia judicial e diálogos interinstitucionais*. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 132.

²⁵ POST, Robert; SIEGEL, Reva. Roe Rage: Democratic Constitutionalism and the Backlash. In: *Harvard Civil Rights – Civil Liberties Law Review*, p. 372-433, 2007. p. 390.

²⁶ BERNSTS, Luísa Giuliani. *A (in)efetividade da tutela dos direitos das mulheres e a questão do aborto a partir do HC 124.306/RJ: contrapúblicos interpretativos e a busca pela resposta correta*. Dissertação (Mestrado) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Programa de Pós Graduação em Direito, São Leopoldo, RS, 2018. Disponível em: <<http://www.repositorio.jesuita.org.br/handle/UNISINOS/8761>>. Acesso em 10 ago. 2020. p. 52.

²⁷ POST, Robert; SIEGEL, Reva. Roe Rage: Democratic Constitutionalism and the Backlash. In: *Harvard Civil Rights – Civil Liberties Law Review*, p. 372-433, 2007. p. 385.

mágica e o desacordo não deixará de existir apenas porque a Corte escolheu um argumento ou outro argumento: “O constitucionalismo democrático nos convida a prestar atenção a como a Corte de fato responde às condições de desacordo e contestação.”²⁸

E nesse “como” é necessário incorporar os movimentos sociais no processo hermenêutico-decisório, como bem reconhecido pelo Ministro Fux em seu voto na ADO 26:

Os limites entre o plausível e o implausível, em termos de interpretação, move-se pela interação dos movimentos sociais com a Constituição, que remodela a percepção compartilhada pelos juízes, transformando argumentos outrora extravagantes em argumentos razoáveis, processo esse que pode se estender por décadas.²⁹

Todavia, é necessário esclarecer que a atuação mais ativa da corte não é sempre recomendável. Frente às demandas que versam sobre controvérsia moral é necessário que se analise as condições institucionais que ensejam e necessitam uma resposta do Poder Judiciário, para que essa tenha o maior grau de legitimidade possível num determinado contexto político-social, até para que se respeite o clássico princípio da divisão dos poderes. Nesse sentido, a noção de Constitucionalismo Democrático, por si só, não é suficiente para a defesa da atuação mais ativa das Cortes na defesa de direitos de minorias. É necessário incorporar concepções que criticam as exclusões sistemáticas desses grupos.

As contribuições de Nancy Fraser para a construção de paridade participativa e a incorporação de seus conceitos nas deliberações da Corte na ADO 26 e MI 4733

Entende-se que, na busca de legitimidade de decisões que tratam a respeito de controvérsias morais, para que o Tribunal possa construir sua argumentação de modo dialógico, plural e aberto aos movimentos sociais, é necessário incorporar a noção de paridade de participação defendida pela filósofa Nancy Fraser, professora da *New School for Social Research*. Além disso, a partir da compreensão desse conceito será possível visualizar criticamente as exclusões sistemáticas das minorias em outros espaços deliberativos que resultam na ausência de legislações que visam proteger seus direitos.³⁰

²⁸ POST, Robert; SIEGEL, Reva. Roe Rage: Democratic Constitutionalism and the Backlash. In: *Harvard Civil Rights – Civil Liberties Law Review*, p. 372-433, 2007. p. 385. Tradução do autor.

²⁹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n.26/DF* – Distrito Federal. Relator Min. Celso de Mello. Acórdãos, 01 de agosto de 2019. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4515053>>. Acesso em: 02 fev. 2020. p. 415.

³⁰ Não se desconhece a tese da prof. Maria Eugenia Bunchaft, que também se debruça nesta articulação entre Fraser, Post e Siegel, sendo o Constitucionalismo Democrático Paritário semelhante aquilo defendido na presente pesquisa.

Em sua teoria do reconhecimento, Nancy Fraser busca dissociar com a noção de reconhecimento tradicional que estava atrelada a “identidade” - tal como defende Charles Taylor e Axel Honneth³¹ - e defende o reconhecimento como uma questão de *status social*:

Dessa perspectiva – que eu chamarei de modelo de status – o que exige reconhecimento não é a identidade específica de um grupo, mas a condição dos membros do grupo como parceiros integrais na interação social. O não reconhecimento, conseqüentemente, não significa depreciação e deformação da identidade de grupo. Ao contrário, ele significa subordinação social no sentido de ser privado de participar como um igual na vida social.³²

Dessa forma, Fraser³³, defende que para reparar as injustiças, no modelo de *status*, é necessário romper com os padrões institucionais que privam os indivíduos de participarem como pares na sociedade, superando a subordinação. Somente quando os padrões sociais concebem os atores como parceiros, que possam participar como iguais, é que haverá, então, reconhecimento de status. Por outro lado, quando os padrões institucionais concebem alguns atores como inferiores, ou, simplesmente os invisibiliza, temos caracterizado o não reconhecimento de *status*. Por isso, as demandas por reconhecimento “objetivam, assim, desinstitucionalizar padrões de valoração cultural que impedem a paridade de participação e substituí-los por padrões que a promovam.”³⁴

Percebe-se que, em Fraser³⁵ há uma preocupação em investigar as estruturas que privam os atores sociais de participarem como iguais na vida em sociedade, que, por consequência, resulta em uma exclusão sistemática, vez que a participação é condição necessária para realização em sociedade. Isto é, podemos considerar que as múltiplas privações de direitos que tornam os indivíduos vulneráveis, se dão a partir da impossibilidade de participação social.

Na ADO 26, o Ministro Fux reconheceu implicitamente que há, de fato, padrões que impedem as minorias LGBT de terem acesso à paridade de participação e colocarem suas pretensões em pauta:

Dentre as soluções possíveis para o presente caso, é imperioso se reconhecer que estamos diante de mais um notável episódio para a agenda do movimento LGBT, **em que a Corte se torna um lócus de discussão para visibilizar as**

³¹ “Fraser (2008) aponta um distanciamento cada vez mais frequente entre distribuição e reconhecimento que, em alguns casos, se converte em polarização (de um lado a redistribuição como dissolução das diferenças e do outro o enaltecimento das diferenças pela valorização da identidade). O que seria, segundo a autora, uma falsa antítese, pois a justiça exigiria tanto a redistribuição quanto o reconhecimento, sendo a paridade de participação o meio possível de conjugá-los.” (AIDAR, 2016, p. 161). Em Taylor e Honneth o processo de reconhecimento de um sujeito pelo outro se faz como condição imperativa para a formação de subjetividades sem distorções. (HONNETH, 1995; TAYLOR, 1994).

³²FRASER, Nancy. Reconhecimento sem ética? *Lua Nova*, São Paulo, n. 119, 2007, p. 107.

³³ FRASER, Nancy. Reconhecimento sem ética? *Lua Nova*, São Paulo, n. 119, 2007, p. 108.

³⁴ FRASER, Nancy. Reconhecimento sem ética? *Lua Nova*, São Paulo, n. 119, 2007, p. 109.

³⁵ FRASER, Nancy. Reconhecimento sem ética? *Lua Nova*, São Paulo, n. 119, 2007, p. 107.

necessidades de um grupo cujas demandas, por vezes, não conseguem permear os debates parlamentares.³⁶ (grifo dos autores).

O Ministro Celso de Mello reconheceu que há “padrões de valoração cultural” que tornam inviáveis a defesa das pautas LGBT no Congresso Nacional brasileiro, tal qual está configurado atualmente:

O Poder Legislativo, certamente influenciado por valores e sentimentos manifestados por grupos confessionais, tem-se mostrado infenso, nesse tema específico, à necessidade de adequação do ordenamento nacional a essa realidade emergente das práticas e costumes sociais. Tal situação culmina por gerar um quadro de (inaceitável) submissão de grupos minoritários à vontade hegemônica da maioria, o que compromete, gravemente, por reduzi-lo, o próprio coeficiente de legitimidade democrática da instituição parlamentar, pois, ninguém o ignora, o regime democrático não tolera nem admite a opressão da minoria por grupos majoritários.³⁷

Ricardo Lewandowski reconheceu a dimensão de luta por reconhecimento que estava envolvida na discussão que reclamava pela criminalização da homotransfobia e citou a própria Nancy Fraser em seu voto:

Entretanto, reconhece-se, cada vez mais, que a mudança no simbólico – a transformação cultural – também é fundamental para redução das desigualdades reais. No domínio do simbólico, as vítimas da injustiça social não são as “classes” identificadas pelos marxistas, que se definem pelas relações de produção, mas os “grupos de status” weberianos que, nas relações de reconhecimento, distinguem-se pela menor estima social de que gozam. Nesse diapasão, “o não reconhecimento não é simplesmente uma questão de atitudes preconceituosas que resultam em danos psicológicos, mas uma questão de padrões institucionalizados de valor cultural que impedem a igual participação na vida social (FRASER, Nancy. *Redistribuição, Reconhecimento e Participação: Por uma concepção Integrada de Justiça*. In: D. Sarmento; D. Ikawa, F. Piovesan (Orgs.); *Igualdade, Diferença e Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 167”³⁸.

Mais adiante, afirma que:

Neste sentido, antes que se possa falar, criticamente, em ativismo, é preciso compreender o papel do Judiciário num contexto histórico de hipertrofia dos demais poderes e, mais, num cenário de desconfiança e de falhas na

³⁶ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n.26/DF* – Distrito Federal. Relator Min. Celso de Mello. Acórdãos, 01 de agosto de 2019. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4515053>>. Acesso em: 02 fev. 2020. p. 415.

³⁷ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n.26/DF* – Distrito Federal. Relator Min. Celso de Mello. Acórdãos, 01 de agosto de 2019. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4515053>>. Acesso em: 02 fev. 2020. p. 177.

³⁸ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n.26/DF* – Distrito Federal. Relator Min. Celso de Mello. Acórdãos, 01 de agosto de 2019. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4515053>>. Acesso em: 02 fev. 2020. p. 501.

concretização de direitos fundamentais, **principalmente de minorias que pouco ou nenhum acesso têm à arena de decisão política.**³⁹ (grifei).

Tais estruturas inviabilizam os fluxos comunicativos das demandas das minorias sexuais para o espaço político formal contraria a noção de paridade participativa que está na base da teoria de Nancy Fraser, que: “De acordo com essa norma, a justiça requer arranjos sociais que permitam a todos os membros (adultos) da sociedade interagir uns com os outros como parceiros”⁴⁰. Assim, para que haja paridade de participação, a autora defende que é necessário garantir duas condições.

Em primeiro lugar, como condição objetiva da paridade de participação, os discursos materiais devem estar distribuídos de modo a garantir a “independência e voz dos participantes”. Essa condição pretende excluir os arranjos sociais que normalizam e institucionalizam as diferenças econômicas que negam a alguns indivíduos os instrumentos e possibilidades de interação com os outros, como um igual⁴¹.

Por sua vez, em Fraser a condição intersubjetiva da paridade participativa pretende que “os padrões institucionalizados de valoração cultural expressem igual respeito a todos os participantes e assegurem igual oportunidade para alcançar estima social.” Isto é, ela se preocupa em desconstruir com as hierarquias sociais que instituem valores que privam outros indivíduos de serem tidos como “parceiros iguais na interação, seja sobrecarregando-os com uma excessiva atribuição de ‘diferença’, seja falhando em reconhecer o que lhes é distintivo”⁴²

A Ministra Rosa Weber, em seu voto, reconheceu a importância do direito de participação dos indivíduos no espaço público: “A tutela da participação adequada e efetiva dos cidadãos na arena política é o primeiro direito que permite o desenvolvimento de todas as outras condições para a construção da democracia e, por conseguinte, para o exercício dos demais direitos.”⁴³

Acredita-se que os valores heteronormativos que impedem LGBT’s de serem visto como parceiros iguais na interação social, resultam em sua ausência e invisibilidade nos espaços deliberativos formais – Congresso Nacional, por exemplo –. Na concepção de Nancy Fraser, isso pode ser visto como ausência de paridade de participação, que se traduz na omissão dos grupos dominantes e “hierarquicamente superiores” na deliberação de propostas legislativas que buscam minimizar os impactos da manutenção de certos valores culturalmente instituídos que concebem os integrantes da sigla LGBT como inferiores. Assim, feitas essas considerações teóricas, buscaremos, no próximo tópico analisar se os discursos dessa minoria sexual, como *amici curiae*, se fizeram audíveis nos votos da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26.

³⁹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n.26/DF* – Distrito Federal. Relator Min. Celso de Mello. Acórdãos, 01 de agosto de 2019. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4515053>>. Acesso em: 02 fev. 2020. p. 541.

⁴⁰ FRASER, Nancy. Reconhecimento sem ética? *Lua Nova*, São Paulo, n. 119, 2007, p. 118.

⁴¹ FRASER, Nancy. Reconhecimento sem ética? *Lua Nova*, São Paulo, n. 119, 2007, p. 119.

⁴² FRASER, Nancy. Reconhecimento sem ética? *Lua Nova*, São Paulo, n. 119, 2007, p. 119-120.

⁴³ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n.26/DF* – Distrito Federal. Relator Min. Celso de Mello. Acórdãos, 01 de agosto de 2019. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4515053>>. Acesso em: 02 fev. 2020. p. 392.

A participação dos *Amici Curiae* na ADO 26 e MI 4733: houve um processo decisório dialógico e paritário participativo?

O *amicus curiae*, expressão em Latim que significa “amigo da Corte”, é instrumento incorporado em nossa estrutura processual para funcionar como fonte de informações relevantes para a formação dos entendimentos. O conhecimento técnico dos juízes não é suficiente para dar uma resposta aos casos que exigem mais elementos e visões múltiplas, incorporando aqueles que também vivenciam os reflexos daquela demanda, em seu dia-a-dia, buscando estabelecimento de um diálogo e a construção de um procedimento discursivo-dialógico. Pessoas ou entidades, que não são parte do processo trazem elementos importantes em ações que normalmente possuem interesse público. Ainda que se observe a dispositivos semelhantes ao *amicus curiae* desde a década de 1970 no Brasil (Lei 6.385/1976), apenas em 1999, com a Lei 9.868/99 (Ação de Inconstitucionalidade), o instituto ganha os contornos que observamos atualmente (“Artigo 7º, §2º: “O relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá, por despacho irrecorrível, admitir, observado o prazo fixado no parágrafo anterior, a manifestação de outros órgãos ou entidades”).

Assim, esse diálogo ocorre de forma democrática, quando juízes e cortes deixam de lado uma postura e posição de superioridade na interpretação da realidade fática, quando do controle de constitucionalidade das leis, e se permitem a participação dos afetados na constituição dos sentidos e a aplicação da Constituição. Portanto, por estarem em uma posição privilegiada no processo deliberativo, juízes e cortes devem fazer com que sejam incluídas e escutadas as vozes daqueles que, na maioria das vezes, estão excluídos do processo democrático, aperfeiçoando, assim, a arena democrática⁴⁴.

Caberia ao Supremo Tribunal Federal assegurar um espaço público de discussão na qual seja efetivada e incluída as vozes de todos os atores sociais, possibilitando que eles participem, de forma paritária, da construção da decisão que os atinge⁴⁵. Lembra, ainda, que o próprio Ministro Barroso abriu audiência pública esclarecendo que a democracia atualmente busca três concepções: representativa (através do voto); substantiva (incumbindo ao Estado assegurar os direitos, inclusive das minorias sociais e deliberativa, pressupondo que o debate público se realize para buscar alcançar decisões baseadas nas melhores razões.⁴⁶

⁴⁴ GODOY, Miguel Gualano de. *Devolver a Constituição ao Povo: crítica à supremacia judicial e diálogos interinstitucionais*. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 175.

⁴⁵ DUARTE, Gabriela Miranda. *Audiência pública no Supremo Tribunal Federal: uma arena de dissenso em construção?*. Tese. (Doutorado) – Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Direito, Belo Horizonte, MG. 2017. Disponível em: <https://repositorio.ufmg.br/bitstream/1843/BUOS-ASPFRE/1/arquivo_gabriela_definitivo_31_3_2017.pdf>. Acesso em maio 2020. p. 9.

⁴⁶ DUARTE, Gabriela Miranda. *Audiência pública no Supremo Tribunal Federal: uma arena de dissenso em construção?*. Tese. (Doutorado) – Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Direito, Belo Horizonte, MG. 2017. Disponível em: <https://repositorio.ufmg.br/bitstream/1843/BUOS-ASPFRE/1/arquivo_gabriela_definitivo_31_3_2017.pdf>. Acesso em maio 2020. p. 9.

Como já mencionado neste trabalho, a ADO26 contou seis amici curiae ligados diretamente a defesa de interesses do grupo LGBT, dentre eles; Grupo Gay da Bahia – GGB; Associação de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais – AGLBT; Grupo de Advogados Pela Diversidade Sexual – GADVS; Grupo Dignidade – Pela Cidadania de Gays, Lésbicas e Transgêneros; Partido Socialista dos Trabalhadores Unificado – PSTU; Associação Nacional de Travestis e Transexuais – ANTRA.

Verifica-se que, as contribuições do *amicus curiae* Grupo Gay da Bahia foram levadas em consideração no voto do Ministro Relator Celso de Mello que se valeu dos dados por eles trazidos, no que diz respeito aos números da violência contra a população LGBT:

Os dados estatísticos revelados pelos “amici curiae” demonstram que a comunidade LGBT no Brasil é, reiteradamente, vítima das mais diversas formas de agressão motivadas, única e exclusivamente, pela orientação sexual e/ou identidade de gênero dos indivíduos, sendo as agressões físicas – lesões corporais e homicídios – a concretização efetiva do comportamento racista dirigido contra essa minoria, dissonante do padrão hétero-normativo prevalecente na sociedade brasileira. Nesse sentido, cabe referir que o “Grupo Gay da Bahia – GGB”, admitido nestes autos como “amicus curiae” e em funcionamento desde 18/03/1983, monitora os dados relacionados à violência contra a população LGBT, tendo apresentado, anualmente, relatórios que demonstram que o Brasil é “o campeão mundial desse tipo de crime”. Eis algumas das conclusões reveladas pelos estudos elaborados por referida entidade com base em informações obtidas na rede mundial de computadores, nos meios de comunicação social e, ainda, por intermédio de voluntários que atuam em atividade de cooperação com o grupo LGBT.⁴⁷

Além dele, o Ministro Alexandre de Moraes também fez referência expressa ao “Grupo Dignidade pela cidadania de gays, lésbicas e transgêneros”, “ANTRA- Associação Nacional dos Travestis e Transexuais”, “GADVS – Grupo de Advogados pela diversidade sexual” e “Grupo Gay da Bahia” e defendeu que a pretensão do requerente encontrava respaldo em vários *amici curiae*: “O posicionamento do autor é reforçado pela manifestação de diversos amici curiae, que apontam a omissão legislativa e a imediata necessidade de edição de lei penal que tipifique as condutas homofóbicas e transfóbicas”⁴⁸.

Os dados da ANTRA – Associação Nacional dos Travestis e Transexuais foram relevantes para construção do voto do ministro Fux:

Consoante aos dados expostos pela Associação Nacional de Travestis e Transexuais, o Disque Direitos Humanos registrou 2.353 violações homofóbicas, em 2011; 6.136 casos, em 2012; e 3.398, em 2013. Assim, como bem sintetizado pelo Grupo Gay da Bahia, na condição de *amicus curiae*, casos pormenorizados

⁴⁷ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n.26/DF* – Distrito Federal. Relator Min. Celso de Mello. Acórdãos, 01 de agosto de 2019. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4515053>>. Acesso em: 02 fev. 2020. p. 72.

⁴⁸ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n.26/DF* – Distrito Federal. Relator Min. Celso de Mello. Acórdãos, 01 de agosto de 2019. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4515053>>. Acesso em: 02 fev. 2020. p. 239.

de crueldade contra esse segmento populacional são recorrentes e podem ser vistos em torno de todo o território brasileiro.⁴⁹

O Ministro Ricardo Lewandowski também considerou as contribuições estatísticas do Grupo Gay da Bahia, bem como de outras entidades admitidas representantes dos interesses LGBT:

Durante a tramitação dos presentes feitos (ADO e MI), a participação de entidades representantes da sociedade civil – sobretudo aquelas habilitadas na forma de amici curiae – expandiu a compreensão deste Tribunal sobre o quadro atual de extrema vulnerabilidade a que estão expostos os grupos LGBT no Brasil. As informações trazidas ao conhecimento da Corte dão conta de um estado reiterado de exposição de minorias a atos odiosos rotineiramente praticados, sem que haja uma resposta efetiva do Estado no sentido de resguardar as esferas jurídicas individuais violadas.⁵⁰

Após transcrição dos dados da violência contra essa minoria sexual, concluiu o Ministro que “Esses dados afastam qualquer dúvida acerca da relevância da atuação desta Suprema Corte diante da omissão legislativa ora impugnada”⁵¹.

Esses foram os ministros que fizeram referências explícitas aos amici curiae, enquanto que os ministros Luiz Edson Fachin, Rosa Weber, Carmem Lúcia e Barroso fizeram referência implícita aos argumentos por eles mencionados em suas manifestações juntadas ao processo.

Desse modo, a partir das considerações dos amici curiae, verifica-se que a atuação do Judiciário na ADO 26 se legitimou através da utilização de princípios constitucionais no processo argumentativo da hermenêutica constitucional, vez que potencializou o engajamento das minorias organizadas em movimentos sociais com a Corte, que, segundo Maria Eugênia Bunchaft, para o Constitucionalismo Democrático de Post e Siegel essa é a forma de legitimação da atuação jurisdicional:

o Constitucionalismo Democrático de Post e Siegel legitima a atuação do judiciário por meio da utilização de princípios constitucionais de abertura argumentativa no processo de interpretação constitucional, potencializando o engajamento público expresso em termos de interações entre as Cortes e os movimentos sociais.⁵²

⁴⁹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n.26/DF* – Distrito Federal. Relator Min. Celso de Mello. Acórdãos, 01 de agosto de 2019. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4515053>>. Acesso em: 02 fev. 2020. p. 423.

⁵⁰ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n.26/DF* – Distrito Federal. Relator Min. Celso de Mello. Acórdãos, 01 de agosto de 2019. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4515053>>. Acesso em: 02 fev. 2020. p. 528.

⁵¹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n.26/DF* – Distrito Federal. Relator Min. Celso de Mello. Acórdãos, 01 de agosto de 2019. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4515053>>. Acesso em: 02 fev. 2020. p. 529.

⁵² POST, Robert; SIEGEL, Reva. Roe Rage: Democratic Constitutionalism and the Backlash. In: *Harvard Civil Rights – Civil Liberties Law Review*, p. 372-433, 2007. p. 158.

Desse modo, os fluxos comunicativos dos movimentos sociais com a Corte contribuíram nesse processo de construção de uma decisão que foi elaborada considerando múltiplos pontos de vista, inclusive daquele que também vivencia esses processos de subordinação e de exclusão que o impedem de participar como par na comunidade política. Isto é, a inclusão dos grupos representativos possibilitou um processo decisório paritário-participativo e legitimou a atuação contramajoritária da Corte.

Ainda, tal inclusão faz parte processo de aprendizagem constitucional que considera que, na construção de uma sociedade livre, igual e justa é necessário que haja maior participação democrática com maior número de indivíduos. Sendo que tal participação democrática não se restrinja apenas aos direitos políticos, mas “significa que a esfera pública deve aceitar, conviver e reconhecer o maior número de concepções de vida boa”⁵³.

Portanto, a efetiva participação democrática desses grupos nas esferas de deliberação está para além do exercício do voto, de modo que o déficit da sua presença no espaço político formal deve ser compensado com mecanismos de permeabilidade do Supremo Tribunal Federal que, ao julgar demandas por reconhecimento das minorias sistematicamente excluídas, cumpre com o mandamento constitucional de corrigir as omissões inconstitucionais que prejudica o exercício de direitos de indivíduos.

É nesse sentido que se entende que a prática dialógica entre Cortes e movimentos sociais está inserida no marco de uma Teoria Crítica da Constituição, “cujo sentido normativo se abre ao porvir das lutas por reconhecimento no interior da esfera público-política”⁵⁴.

Portanto, acreditamos que essa abertura ao *por vir* contribui na afirmação de uma Constituição Radical, que se realiza através da ação de seus destinatários que não se restringe “aos mecanismos liberais de mútua negociação entre os poderes constituídos, arriscando-se a ser mais do que isso, ou seja, objeto e sujeito da política democrática. Os direitos estão na Constituição, na medida em que ela permite a sua constante reinvenção e demanda (dos direitos).”⁵⁵

Considerações Finais

A partir do percurso teórico-metodológico empregado, constatou-se que as contribuições dos estudos teóricos do Constitucionalismo Democrático Post e Siegel⁵⁶ podem contribuir como chave interpretativa para defesa da atuação do Judiciário nas questões que envolvem discussões de direitos de minorias que muitas vezes são

⁵³ SILVA, Diogo Bacha e; MELO FRANCO BAHIA, Alexandre Gustavo. Necessidade de criminalizar a homofobia no Brasil: porvir democrático e inclusão das minorias. *Revista da Faculdade de Direito UFPR*, Curitiba, v. 60, n. 2, p. 179.

⁵⁴ CATTANI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Contribuições para uma teoria crítica da constituição*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2017. p. 116.

⁵⁵ CHUEIRI, Vera Karam de. Constituição radical: uma ideia e uma prática. *Revista da Faculdade de Direito UFPR*, Curitiba, v. 58, dez. 2013. p. 29.

⁵⁶ POST, Robert; SIEGEL, Reva. Roe Rage: Democratic Constitutionalism and the Backlash. In: *Harvard Civil Rights – Civil Liberties Law Review*, p. 372-433, 2007.

silenciadas pelo processo político majoritário. Assim, os movimentos sociais podem contribuir na renovação da interpretação da Constituição e na legitimação da atuação contramajoritária da Corte em casos controversos.

Contudo, verifica-se que é necessário e relevante incorporar a noção de paridade de participação de Nancy Fraser⁵⁷ que defende que a justiça requer arranjos que incorporem os indivíduos de modo paritário a impedir que certos indivíduos sejam excluídos da esfera público-política. Ou seja, a garantia da participação paritária na vida social é condição para defesa de outros direitos.

Como visto, minorias LGBT têm sido sistematicamente privadas de participarem da esfera do Executivo pra propositura de políticas públicas voltadas a seus interesses e, somado à isso, são, também, silenciadas e subalternizadas no Poder Legislativo que cede a pressões diversas e evidenciam o poder de setores conservadores e das bancadas evangélicas, que tem maior poder de organização no espaço deliberativo.

Frente à esse quadro de exclusões sistemáticas e violações de direitos, defendeu-se que o Poder Judiciário pode ser espaço para defesa de direitos das minorias, para que essas lutas por reconhecimento se traduzam na realização dos princípios que constituem um Estado Democrático de Direito: fraterno, plural e sem preconceitos.

Neste cenário, verificou-se que, a presença dos *amici curiae* foi relevante na construção de uma jurisdição constitucional mais democrática e dialógica na ADO 26. Há, no instituto, o potencial para atenuar circunstâncias desfavoráveis de inserção de movimentos sociais nos processos de tomada de decisão. O déficit representativo do grupo LGBT no Poder Legislativo, entretanto, não pode ser superado através da abertura da Corte aos movimentos sociais representativos no julgamento de Ações Diretas de Inconstitucionalidade. O espaço do Poder Judiciário é limitado em sua própria natureza e não consegue solucionar desigualdades estruturais em nosso sistema democrático. Este processo de transformação passa pela ampliação da representação política, o desenvolvimento de políticas públicas de caráter afirmativo e do fortalecimento dos movimentos e organizações da sociedade civil.

REFERÊNCIAS

AIDAR, Adriana Marques. *O Conselho Nacional de Combate à Discriminação e Promoção de Direitos de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais (CNCD/LGBT): entraves e possibilidades de participação na elaboração e implementação de políticas públicas*. TESE. IESP/UERJ. Rio de Janeiro, 2016.

BERNSTS, Luísa Giuliani. *A (in)efetividade da tutela dos direitos das mulheres e a questão do aborto a partir do HC 124.306/RJ: contrapúblicos interpretativos e a busca pela resposta correta*. Dissertação (Mestrado) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Programa de Pós Graduação em Direito, São Leopoldo, RS, 2018. Disponível em: <<http://www.repositorio.jesuita.org.br/handle/UNISINOS/8761>>. Acesso em 10 ago. 2020.

BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco; SANTOS, Daniel Moraes dos. O longo caminho contra a

⁵⁷ FRASER, Nancy. Reconhecimento sem ética? *Lua Nova*, São Paulo, n. 119, 2007.

discriminação por orientação sexual no Brasil no constitucionalismo pós-88: igualdade e liberdade religiosa. *Revista Libertas*, UFOP, v. 1, n. 1, jan./jun. 2013.

BRASIL. Anais da Constituição. Assembleia Nacional Constituinte (Atas de Comissões). *Subcomissão dos Direitos, Políticos dos Direitos, Coletivos e Garantias*. Ata da Reunião de instalação realizada em 7 de abril de 1987. P. 16. Disponível em: <http://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/constituente/1b_Subcomissao_Da_Nacionalidade_Dos_Direitos_Politicos_Dos_Direitos.pdf> Acesso em 25 fev. 2020.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n.26/DF* – Distrito Federal. Relator Min. Celso de Mello. Acórdãos, 01 de agosto de 2019. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4515053>>. Acesso em: 02 fev. 2020.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 527*. Relator Min. Roberto Barroso. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF527decisao19mar.pdf>>. Acesso em 20 mar. 2021.

BUNCHAFT, Maria Eugenia. *Ativismo judicial e grupos estigmatizados: filosofia constitucional do reconhecimento*. 2ª edição. Curitiba: Juruá, 2015. 140p.

BUNCHAFT, Maria Eugenia. Constitucionalismo democrático versus minimalismo judicial. *Direito, Estado e Sociedade*. Rio de Janeiro, 2011, n. 38, p. 154-180, jan-jun.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Contribuições para uma teoria crítica da constituição*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2017. 141p.

CHUEIRI, Vera Karam de. Constituição radical: uma ideia e uma prática. *Revista da Faculdade de Direito UFPR*, Curitiba, v. 58, p. 25-36, 2013. ISSN 2236-7284. Disponível em: <<https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/34863>>. Acesso em: 18 mar. 2021. doi:<http://dx.doi.org/10.5380/rfdufpr.v58i0.34863>.

DUARTE, Gabriela Miranda. *Audiência pública no Supremo Tribunal Federal: uma arena de dissenso em construção?*. Tese. (Doutorado) – Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Direito, Belo Horizonte, MG. 2017. Disponível em: <https://repositorio.ufmg.br/bitstream/1843/BUOS-ASPFRE/1/arquivo_gabriela_definitivo_31_3_2017.pdf> .Acesso em maio 2020.

FRASER, Nancy. A justiça social na globalização: Redistribuição, reconhecimento e participação. *Revista Crítica de Ciências Sociais*, 63, Out, p. 7-20, 2002.

FRASER, Nancy. Reconhecimento sem ética? *Lua Nova*, São Paulo, n. 119, p. 101-138, 2007. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ln/n70/a06n70.pdf>>. Acesso em 30 Ago. 2019.

FRASER, Nancy. *Scales of Justice: reimagining political space in a globalizing world*. New York: *Columbia University Press*, 2009.

GODOY, Miguel Gualano de. *Devolver a Constituição ao Povo: crítica à supremacia judicial e diálogos interinstitucionais*. Belo Horizonte: Fórum, 2017. 264p.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional: A sociedade aberta aos intérpretes da constituição: contribuições para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

HONNETH, Axel. *The struggle for recognition: the moral grammar of social conflicts*. Trans. Joel Anderson. Cambridge: Polity Press, 1995.

Oliveira, José Marcelo Domingos de. *Mortes violentas de LGBT+ no Brasil – 2019*: Relatório do Grupo Gay da Bahia/ José Marcelo Domingos de Oliveira; Luiz Mott. – 1. ed. – Salvador: Editora Grupo Gay da Bahia, 2020. Disponível em: <<https://grupogaydabahia.com.br/2021/05/14/relatorio-observatorio-de-mortes-violentas-de-lgbti-no-brasil-2020/>> Acesso em maio de dezembro de 2020.

POST, Robert; SIEGEL, Reva. Roe Rage: Democratic Constitutionalism and the Backlash. In: *Harvard Civil Rights – Civil Liberties Law Review*, p. 372-433, 2007.

SCHWARCZ, Lilia Moritz. *Sobre o autoritarismo brasileiro*. São Paulo: Companhia das Letras, 2019. 273 p.

SILVA, Diogo Bacha e; MELO FRANCO BAHIA, Alexandre Gustavo. Necessidade de criminalizar a homofobia no Brasil: porvir democrático e inclusão das minorias. *Revista da Faculdade de Direito UFPR*, Curitiba, v. 60, n. 2, p. 177-207, apr. 2015. ISSN 2236-7284. Disponível em: <<https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/38641>>. Acesso em: 18 mar. 2021. doi:<http://dx.doi.org/10.5380/rfdufpr.v60i2.38641>.

STRECK, Lenio Luis. *Hermenêutica Jurídica e(m) crise*: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003. 328 p.

TAYLOR, Charles. *Multiculturalism: examining the politics of recognition*. Ed. Amy Gutmann. Princeton, New Jersey: Princeton University Press, 1994.

Data de Recebimento: 05.06.2021.

Data de Aprovação: 20.08.2021.

CONSULTAS POPULARES PREVISTAS NA EC 111, DE 2021, INSTITUTO DESTINADO A SER EFETIVO OU NÃO?

POPULAR CONSTULTATION PROVIDED BY THE AMENDMENT 111/21, INSTITUTE INTENDED TO BE EFFECTIVE OR NOT?

Edson Ricardo Saleme*
Sílvia Elena B. Saborita**
Renata Soares Bonavides***

RESUMO

A Constituição Federal prevê algumas formas de participação democrática em seu texto e, com a Emenda nº 111, de 2021, trouxe nova forma participativa: a consulta popular, concomitante às eleições municipais. Este é mais um dos elementos da democracia direta disponível, a fim de que os cidadãos não se sintam excluídos do processo decisório e, assim, participem ativamente das decisões locais. Trata-se de instrumento de questionamento direto com tentativa de viabilizar um processo participativo. A questão posta é ser este instrumento efetivo ou não em manifestações e questionamentos populares. Não é simples de se resolver, pois nenhuma eleição ocorreu para se ter alguma experiência concreta. Por meio do método hipotético dedutivo e pesquisa bibliográfica a resposta que se vislumbra, diante da experiência dos demais institutos, é ser mais uma busca de participação popular sem possibilidade de um exercício autônomo, isto é, independente de intervenção legislativa para se deliberar.

Palavras-chave: Consulta popular; democracia direta; iniciativa popular; Emenda Constitucional nº 111/2021.

ABSTRACT

The Federal Constitution provides some forms of democratic participation in its provisions and, with Amendment No. 111/21 one more element of direct

* Doutor em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo. Professor permanente do Curso stricto sensu (Mestrado e Doutorado) em Direito Ambiental Internacional na Universidade Católica de Santos; líder do Grupo de Pesquisa Direito Ambiental das Cidades.. Na graduação leciona na Unisantos e na Universidade Paulista; professor de especialização da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo, do IPOG e da Escola Superior da OAB-SP. É pós-doutor em direito público pela UFSC-2019. E-mail: ricasal@unisantos.br

** Doutora em Direito Ambiental Internacional pela Universidade Católica de Santos. Mestre em Direito Ambiental pela Universidade Católica de Santos. Possui graduação em DIREITO pela Universidade Paulista (2005) e graduação em ADMINISTRACAO DE EMPRESAS pelo Centro Universitário da FEI (1994). Professora de Pos- Graduação da Fundação Armando Álvares Penteado e Professora da Universidade Paulista (UNIP). E-mail: silvia.saborita@gmail.com

*** Doutorado em Direito das Relações Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2008), Mestrado em Direito pela Universidade Metropolitana de Santos (2000) e Graduação em Direito pela Universidade Católica de Santos (1992). Docente Permanente do Programa Stricto Sensu (Mestrado e Doutorado) em Direito Ambiental Internacional na Universidade Católica de Santos - UniSantos. Atualmente Diretora da Faculdade de Direito da Universidade Católica de Santos - UniSantos, onde leciona Direito Penal. Professora da Pós-Graduação Lato Sensu em Direito Penal, Processual Penal e Criminologia da Universidade Católica de Santos. Membro do Núcleo Docente Estruturante da Faculdade de Direito da UniSantos. E-mail: renatasbonavides@gmail.com

democracy was created; thus the citizens do not feel excluded from the democratic process and actively participate in local decisions. It is a direct questioning instrument with an attempt to be a participatory process. The question posed is the possibility of being the effective instrument and, as such, having possibility of questioning without legislative interference. It is not simple to solve, because no election took place to have the possibility of having concrete experience on the subject. Through the hypothetical deductive method and bibliographic research, the answer that can be seen, given the experience of other institutes, is to be another search for popular participation without the possibility of an autonomous exercise, that is, independent of legislative intervention to deliberate.

Key-words: Popular consultation; direct democracy; popular initiative; amendment to the Constitution n. 111 of 2021.

INTRODUÇÃO

A estrutura constitucional do Brasil adotou o federalismo de terceiro grau. Isso garante reconhecimento próprio ao Município como ente com características peculiares, competências próprias e individualizadas para tratar de temas de ordem local. Isto se pode observar a partir do disposto no art. 1º da Constituição Federal e em outros tantos cujo propósito nada mais foi que viabilizar um conjunto de regras próprias para este ente com plena autonomia administrativa e política.

Ainda que a democracia seja objeto de descrédito no país, mormente considerando a perda de representatividade atualmente existente, em termos políticos nos diversos níveis de governo, a Constituição reconheceu as competências relacionadas a três ordens e buscou munir esses entes com receita suficiente para cumprir suas respectivas atribuições.

A chamada democracia semidireta, considerada como um contraponto operacional entre a soberania direta e a representação popular, vislumbra alguma participação popular, sem muita autonomia neste país, pois necessita autorização legislativa para seu exercício, com exceção da iniciativa popular. Por outro lado, a EC 111/2022 trouxe novo instituto, que aqui se questiona no sentido de ser realmente efetivo no atendimento dos anseios dos munícipes em termos de oportunização de sua intervenção na governança municipal.

Muito se discute acerca do que verdadeiramente pode ou não ser objeto de debate em termos de consulta popular, já que a Constituição estabelece condições peculiares para o exercício dos mecanismos democráticos diretos. Esta é entendida como uma maneira de obter a opinião dos cidadãos acerca de determinadas decisões, sobretudo com a finalidade de legitimar determinadas decisões. Diante desta realidade o Congresso Nacional publicou mais uma Emenda à Constituição Federal para reiterar sistemática com designação própria, mas sem muitas novidades na realidade jurídica, já que em lei orgânica se poderia fazer previsão assemelhada. Suas características serão esclarecidas e também como verdadeiramente os cidadãos munícipes poderiam opinar no processo democrático.

Este artigo busca equacionar como a consulta popular se desenvolveu e pode ser aplicada, nos termos da EC 111, de 2022, da Constituição Federal. É possível que o instituto não venha a suprir a necessidade da população local, pois a autorização para opinar em determinada política pública ou meta disposta em plano municipal pode frustrar interesses dos que já se manifestaram pela conveniência de ser materializada.

A democracia atualmente disposta na Constituição e cujo exercício seria franqueado aos cidadãos pode não estar adaptada ao seu adequado funcionamento como processo democrático, o que aqui será debatido.

Neste trabalho se empregará o método hipotético-dedutivo partindo da hipótese de que a necessidade de intervenção legislativa pode frustrar a participação de munícipes que desejam ser esclarecidos de elementos considerados inoportunos de questionamento.

A metodologia é a bibliográfica e, sobretudo, documental, uma vez que serão analisadas normas que tratam do tema que possam corroborar com uma verificação mais adequada da possível consulta popular. Também se buscarão correspondências do direito comparado para enriquecer o tema e assim opinar acerca do exercício da governança em sede municipal, tal como propõe o dispositivo em questão.

Diante das interpretações aqui elencadas é possível que a simples interpretação literal normativa não seja suficiente para extrair a significação mais peremptória para a real solução e resposta da questão que se propõe. Contudo, considerando o disposto na própria Constituição, do §1º do art. 5º da CF, de que os direitos e garantias têm aplicabilidade imediata, o exercício da consulta já poderia ser realizado, independentemente de regulamentação, inclusive empregando-se os mecanismos aplicáveis nos casos de plebiscito e referendo municipais.

Aqui se propõe estudo relacionado ao instituto que se inicia na afirmação, pela presente Constituição Federal, do Município como ente federativo, dotado de competências e autonomia próprias. Segue, o próximo capítulo, com a outorga constitucional de realização do planejamento municipal, a fim de criar o zoneamento e as normas locais. Na sequência, há referência à Emenda Constitucional nº 111/2021, que trouxe, entre outros assuntos, a possibilidade de consulta popular concomitante às eleições municipais, o que leva a próxima etapa. Na parte final se discute sobre a necessidade ou não de inserção desta possibilidade por Emenda e na parte final se entabulam os mecanismos possíveis para a concretização da consulta no âmbito municipal.

Reconhecimento do ente municipal

A Constituição vigente aderiu ao federalismo de terceiro grau, como forma de subdivisão de responsabilidades com outros entes federativos. A partir de 1988, outorgaram-se competências diversas a eles que foram enumerados no texto constitucional: a União manteve-se na regulamentação geral de grande parte das matérias e seu rol de competências é bastante considerável. Dentro da configuração que já existia,

reconheceu-se o Município como ente federativo, com características peculiares, tal como descrito no art. 1º da Constituição Federal, autonomia administrativa e política com muitas atribuições. Sua conformação jurídica caracterizada por esta nova conformação, conforme define Moraes retrata sua “tríplice capacidade: auto-administração, autogoverno e auto-organização.”¹

Os municípios, como esclarece Carvalho, compõem o Estado Federal, não obstante não exista federação de municípios, mas sim de estados.² Neste sentido, não se justificaria, em princípio, sua inserção no quadro federativo, sobretudo pelo fato de não possuírem representação central, tal como o Senado, para a formação da vontade nacional. Mesmo assim, romperam-se as tradições das Constituições anteriores que não o reconheciam como ente federativo em face da vigente que a eles confere o reconhecimento de entidades intra-estaduais autônomas.³

Desta forma, como ente subnacional autônomo, a municipalidade possui rol de competências bem extenso; são complexas de se materializar, em face de seu exíguo orçamento, serviços públicos, pessoal, ordenação do território. Tudo está devidamente consignado na Constituição Federal vigente, sobretudo a possibilidade de se criar e votar sua própria lei orgânica, que não chega a ser uma constituição.

Este ente possui vida própria, como esclarece Hely Lopes Meirelles. É pessoa jurídica que pratica atos de natureza civil “[...] submete-se às mesmas normas do direito privado, em pé de igualdade com as demais entidades ou com os cidadãos como quem contrate. Desta regra só se afasta quando atua com prerrogativas de poder público, realizando atos e contratos administrativos.”⁴

Diante de sua ampla autonomia e características próprias de um ente federativo, as municipalidades estão incumbidas de muitos serviços públicos, mormente os de interesse comum, nomeados como “funções públicas de interesse comum” (FPICs), que podem ser desempenhadas de forma individual ou ainda coletiva, nos casos em que isso seja possível.⁵ Por esta razão, devem proporcionar políticas públicas capazes de suprir as necessidades locais e, quando não possa, viabilizar junções juridicamente possíveis, sobretudo capazes de manter infraestrutura e serviços em pleno funcionamento.⁶

Os constituintes de 1988 criaram entes federativos com competências concorrentes no tocante à introdução de políticas públicas, mas a distribuição de receitas não gerou o resultado esperado para que pudessem realizar as ações esperadas,

¹ MORAES, Guilherme Peña de. *Curso de direito constitucional*. 2ª. ed., Niterói: Editora Impetus, 2008, p.312.

² Posição também adotada por José Afonso da Silva em seus diversos estudos de D. Constitucional.

³ CARVALHO, Kildaré Gonçalves. *Direito constitucional: Teoria do Estado e da Constituição. Direito Constitucional positivo*. 14ª. ed., Belo Horizonte: Del Rey Ed., 2008, p. 866.

⁴ MEIRELLES, H.L. *Direito municipal brasileiro*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1985, p.94.

⁵ O orçamento e os repasses não seriam suficientes para desempenhar o grande número de atividades que a Constituição outorgou.

⁶ Os municípios conurbados podem ser agrupados em entidades regionais, tal como a lei estadual assim ordene. Contudo, existe a possibilidade de se unirem por meio de consórcios públicos, tal como preconiza a Lei nº 11.107, de 2005. Atualmente, a questão de conurbação, pode ser considerada pela letra da Lei nº 13.089, de 2015. Porém, a realidade comprova que há muitas entidades regionais cujos componentes estão a uma distância considerável.

sobretudo no tocante aos municípios, cuja percepção de receitas não lhes capacitaria à resposta adequada ao rol de atribuições. Neste diapasão Marta Arretche⁷ afirma que:

Esta distribuição de competências é propícia para produzir os efeitos esperados pela literatura sobre federalismo e políticas públicas: superposição de ações; desigualdades territoriais na provisão de serviços; e mínimos denominadores comuns nas políticas nacionais. Estes efeitos, por sua vez, são derivados dos limites à coordenação nacional das políticas.

As políticas públicas traçadas na atualidade devem ser compatíveis com previsões legais que consideram o desenvolvimento sustentável e também estar de acordo com as competências conferidas ou mesmo repassadas, por exemplo, por um programa de desenvolvimento estadual. Isso seria possível em determinadas áreas que se queira impulsionar o desenvolvimento local. Arretche, em suas considerações, ainda entende que, com exceção das políticas voltadas à educação fundamental, o governo federal concentra em suas mãos as relações federativas na gestão das políticas públicas. Isto pelo fato de ser quem efetivamente financia grande parte dos projetos, além de normatizar e coordenar grande parte das relações intergovernamentais.⁸

Isto pode produzir certa estagnação em determinados entes e, em municípios determinados, pode estar conectada a fatores diversos e ser oriunda de políticas inadequadas. É frequente que seus administradores repute o baixo rendimento ou desatendimento de metas possíveis ao baixo nível arrecadatório, questão frequentemente em debate. Contudo, observa-se que há desatendimento das legislações com previsões de planejamento, falta de atualização do plano diretor, inexistência de impulso regional ou estadual para indução de desenvolvimento sustentável e ainda outros entraves que aqui se poderia levantar, que não se prende à temática central desta discussão.

Na análise do PIB (Produto Interno Bruto) realizado pelo IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística observa que “[...] no recorte por Grandes Regiões, em 2019, observa-se que o padrão identificado no País é repetido, com concentração do PIB em poucos Municípios.”⁹ Neste sentido ainda é necessário existir fundos e outras fontes de apoio para que a municipalidade possa ter recursos para se auto-administrar nos padrões estabelecidos nas normas.

Como reiterado, o ente municipal tem sob sua responsabilidade o desempenho de considerável plexo de atribuições. É frequente que, mesmo existindo a possibilidade de arrecadação de tributos diversos e recebimento de repasses, ainda assim mantém-se deficitário para a prestação adequada de serviços ou mesmo prover infraestrutura local.

Nos casos da saúde, por exemplo, Brandão Oliveira traz suas considerações no sentido de entender ter o federalismo nacional especificidades próprias, que acarretam implicações sérias no sentido de enfrentamento da própria realidade. Em face desses

⁷ ARRETCHE, Marta. Federalismo e políticas sociais no Brasil: problemas de coordenação e autonomia. *São Paulo em perspectiva*, 18(2): 17-26, 2004.

⁸ ARRETCHE, Marta. Federalismo e políticas sociais no Brasil: problemas de coordenação e autonomia. *São Paulo em perspectiva*, 18(2): 17-26, 2004.

⁹ IBGE – Produto Interno Bruto dos Municípios – 2019. Disponível em https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101896_informativo.pdf. Acesso em 18 jul. 2022.

aspectos, os municípios possuem responsabilidades significativas na implementação de políticas públicas. Contudo diante “da diversidade desses entes federativos, em termos de porte, desenvolvimento político, econômico e social, capacidade de arrecadação tributária e capacidade institucional do Estado, implica diferentes possibilidades de implementação de políticas públicas.”¹⁰

Em termos normativos, no tocante a propostas normativas, Trindade Jardim esclarece que muitas medidas que iniciam o processo legislativo municipal são provenientes do Executivo. O plano diretor, muitas vezes obrigatório para a adequada regulação do território¹¹, pode ser uma destas normativas, entre outras tantas fundamentais ao desenvolvimento local. Porém, já se observa tratamento equivalente para qualquer outra medida legislativa de regulação do território. Interessa sublinhar que além da autoria ser do Executivo municipal, com possibilidade de emendas dos vereadores, que devem cumprir os prazos legais, deve-se também garantir a participação popular por meio de audiências públicas e debates com participação popular e de associações representativas de diversos segmentos.¹²

Além desses requisitos fundamentais a informação e a publicidade são fatores relevantes em processos relacionados à aprovação e aplicação de políticas públicas de desenvolvimento local.¹³ Todo e qualquer interessado deve ter acesso aos documentos conectados ao planejamento municipal. A inobservância a este requisito pode gerar responsabilização por parte das autoridades locais, tal como preconizado nos arts. 21 e 22 da Lei nº 12.527, de 2011.¹⁴

No contexto de interesse local, a competência do Município para disciplinar matérias determinadas conecta-se à predominância de seu interesse com relação aos demais entes. Possui competências próprias a eles outorgadas constitucionalmente para elaboração de sua lei orgânica, planejamento municipal e também organização de seus serviços públicos. O Executivo local é quem propõe projetos de interesse local para discussão no respectivo Legislativo, via de regra. Existe fiscalização interna e externa para a verificação do cumprimento dessas atribuições, bem como outras assumidas voluntariamente em seus respectivos planos municipais.

Diante da necessidade de implementação de medidas de desenvolvimento ou infraestrutura, é possível que a população queira se manifestar diretamente diante de omissões do Legislativo local ou ainda busquem participar do processo democrático de

¹⁰ BRANDÃO OLIVEIRA, M.H.C. Pactos de gestão: divisão de responsabilidades entre estados e municípios na descentralização. In *Gestão de sistemas de saúde* Pierantoni C.R., Vianna, C.M.V. (organizadores). Rio de Janeiro: UERJ, 2003.

¹¹ Nos termos do art. 41 da Lei nº 10.257, de 2001 (Estatuto da Cidade), estão obrigados a criar plano diretor os municípios ali indicados.

¹² TRINDADE JARDIM, Z.L. Regulamentação da política urbana e garantia do direito à cidade. *Direito da Cidade: novas concepções sobre as relações jurídicas no espaço social urbano*. COUTINHO, R e BONIZZATO, L. (orgs). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007

¹³ A Lei nº 10.257, de 2001, estabelece a obrigatoriedade de divulgação de todos os atos relacionados à aprovação e acompanhamento de execução do plano diretor.

¹⁴ A Lei nº 12.527, de 2011, sobretudo conforme preceituam os arts. 10 e seguintes, regula o direito à informação que todos os órgãos da Administração devem obrigatoriamente prestar.

maneira a opinar acerca de políticas públicas propostas. A possibilidade dessa coadjuvação popular pode ter dado azo à introdução do instituto da consulta popular. Importante ainda esclarecer que a lei orgânica pode prever hipóteses consultivas por parte dos munícipes em ocasiões diversas.

Emenda à Constituição para inserir a consulta popular

A aprovação de emendas à Constituição é relativamente mais simples neste país que em outros. É suficiente a obtenção da maioria qualificada 3/5, em duas sessões legislativas, na Câmara e no Senado, dos respectivos membros tal como preceitua o art. 60, §2º da CF. Este seria o requisito essencial para sua aprovação. Dispensa-se aprovação nos legislativos de outras esferas federativas, tal como nos Estados Unidos, quando a matéria possa, de alguma maneira, ter repercussões na esfera dos estados. Assim ocorreu com a Emenda enfocada, que trouxe o tema da consulta popular, inobstante ser possível por outros meios, como já referido.

Relativamente ao seu uso pelo mundo pode-se relatar a pesquisa de Guilherme Mendes ao sublinhar que as consultas populares são empregadas com êxito em países como os Estados Unidos e Suíça. O exemplo dado foi o das eleições americanas de 2020, em que pelo menos seis estados votaram para presidente, bem como na legalização, total ou parcial, de algumas drogas recreativas. Na Suíça, em que o modelo de democracia direta predomina, os eleitores manifestaram-se oito vezes em 2021, em que aprovaram " [...] o banimento de máscaras faciais, rejeitaram um projeto que visava criar um RG virtual 'e, por pouca diferença, aprovaram um acordo de parceria econômica com a Indonésia.¹⁵

Contudo, o processo em si não é tão simples quanto possa parecer. O que facilita, em grande parte das vezes, como bem sublinhou Arretche, é o apoio do presidente para a iniciativa legislativa, que permitiria mobilizar de forma mais favorável a coalizão de sustentação do governo no Congresso. Esta sem dúvida é uma das vias de articulação mais eficientes em vista da aprovação de emendas à Constituição.¹⁶

Valiosa a consideração de Pontes de Miranda ao afirmar que a experiência histórica indica o quanto valem as Constituições. Para ele muito não valiam, pois se tem a impressão que começam a morrer no dia de sua publicação. Ainda que votadas a longa duração, são tão voláteis quanto as normas ordinárias. Exemplifica, de forma oposta, a longa vigência das Ordenações Filipinas que, por sua vez, muito duraram; por elas muitos reis passaram e, mesmo revogadas em Portugal, seguiam vigentes no Brasil, nos tempos pré-imperiais e imperiais; ainda mesmo na República, por mais de um quarto de século. No entanto, as

¹⁵ MENDES, G. *Consultas populares poderão ser realizadas se encaminhadas à Justiça Eleitoral até 90 dias antes da votação*. Disponível em: <https://br.lexlatin.com/reportagens/brasil-podera-ter-plebiscitos-junto-com-eleicoes-municipais>. Acesso em: 16 set. 2022.

¹⁶ ARRETCHÉ, Marta. *Federalismo e políticas sociais no Brasil: problemas de coordenação e autonomia. São Paulo em perspectiva*, 18(2): 17-26, 2004.

Constituições, a despeito de sua ênfase, passavam e as emendas seriam o produto da experiência e sabedoria.¹⁷

Cria-se a Constituição, no método adotado atualmente, pelo poder constituinte originário. O poder de reforma constitucional nada mais é do que um poder de direito, como bem sublinha Bulos. É o próprio texto que demarca a forma e limites de seu exercício. Trata-se de uma competência intermediária entre o poder constituinte originário e o poder legislativo comum.¹⁸

A possibilidade do ato praticado *in casu* não se discute. É certo que a emenda à constituição pode criar fórmulas e práticas novas, desde que não impliquem em contrastar cláusulas pétreas. Porém, há determinadas situações em que sua presença, possivelmente, exista para reforçar a importância de certas práticas que deva ser posta à prova, como a aqui enfocada.

Na questão de iniciativa José Afonso da Silva relembra que a Constituição vigente em nada inovou em termos de modificação de suas normas. Relativamente à iniciativa popular afirma que:

Até a votação no Plenário, anteprojetos e projetos admitiam, expressa e especificamente, a iniciativa e o referendo populares em matéria de emenda constitucional. No Plenário, contudo, os conservadores derrubaram essa possibilidade clara que constava do §2º do art.74 do Projeto aprovado na Comissão de Sistematização. Não está, porém, excluída a aplicação desses institutos de participação popular nessa matéria.¹⁹

A participação popular no processo democrático é disponibilizada em várias formas, da qual a consulta popular é uma delas. Viu-se que a única que dispensa participação legislativa em termos autorizativos seria a “iniciativa popular”. Esta não se admite em termos de emendas à Constituição. O art. 60 consigna apenas três incisos e neles não se encontra esta possibilidade, que seria extremamente salutar e democrática.

O povo em geral, nas opinião de Espíndola, não estaria a par dos instrumentos disponibilizados em prol da democracia participativa. Diante deste fato não são frequentemente empregados. Para o autor a falta de melhor acesso informativo da população é verdadeiro óbice ao seu efetivo emprego, em termos de consulta popular, sobretudo a que se oportuniza na EC em comento [...] acrescido isso do fato de que partidos e parlamentares não têm interesse nessa prática de democracia representativa, pois a entendem – não confessadamente – como um desrespeito, um desprestígio aos representantes eleitos pelo voto popular.²⁰

A Emenda à Constituição nº 111, de 28 de setembro de 2021, que provocou o cambio nos parágrafos 12 e 13 do art. 14 da CF, entre outros assuntos, disciplinou a realização de consultas populares concomitantes às eleições municipais. A preferência

¹⁷ MIRANDA, PONTES DE . *Comentários à Constituição de 1946*. Rio de Janeiro: Henrique Caen Editor,1947. Vol IV, p. 351 - 381.

¹⁸ BULOS, U. L. *Curso de direito constitucional*.4ª. ed., São Paulo: Ed. Saraiva, 2009, p.; 313 e 314.

¹⁹ SILVA, J.A. *Curso de direito constitucional positivo*. 34ª. ed., São Paulo: Malheiros Ed., 2011, p. 63.

²⁰ ESPÍNDOLA, R. S. Democracia participativa: autoconvocação de referendos e plebiscitos pela população (análise do caso brasileiro). *Revista de Direito Constitucional e Internacional* , vol. 75,| 2011, p. 335 – 356.

por esta via, certamente, busca sublinhar a importância do ato, uma vez que poderia ter esta disciplina ser feita por outra forma. A norma ainda estabeleceu que possíveis manifestações contrárias ou favoráveis às questões submetidas às consultas populares deveriam ocorrer durante as campanhas eleitorais, sem utilização de propaganda gratuita no rádio ou televisão.

Da Consulta popular e seu exercício

A consulta popular dá a impressão de ser instituto jurídico novo, sem nenhuma correspondência com o que existe no ordenamento jurídico. Esta é a dúvida que se coloca? É instrumento novo ou já existe outro correspondente?

Prima facie parece não ser uma novidade. Isso porque, o Tribunal Superior Eleitoral (TSE) chegou a editar a Resolução nº 23.385, de 16 de agosto de 2012²¹, em que disciplinava a Lei Federal nº 9709, de 18 de novembro de 1998²². Pela leitura de seu artigo primeiro²³, observa-se que a norma tratou como gênero a consulta popular, do qual seriam espécies o plebiscito e referendo; ao buscar uma sinonímia para estas práticas revelou serem simples fórmulas de “consulta popular”, tal como revistas no início deste texto.

A Resolução em comento, contudo, teve a particularidade de indicar que essa fórmula teria como objetivo a criação, incorporação, fusão ou ainda ao desmembramento de municípios.²⁴ Consignou que dependeria de convocação da Assembleia Legislativa do respectivo Estado. Trata-se de ato normativo que não poderia fugir desse conteúdo.

Os entes subnacionais, especificamente aqui os municípios, possuem papel cada vez mais marcante em face da realidade existente, pois são as células em que os cidadãos vivem propriamente. Mesmo em países em que se verifique constituição dirigente, observa-se a minoração de “[...] sua significativa centralidade tanto política, quanto jurídica, obrigando-se a reconhecer a emergência de novos atores que também constroem a realidade político-jurídica.”²⁵

Essa realidade político-jurídica apresenta-se condicionada a democracia direta, em que o cidadão possui papel ativo ao opinar acerca de políticas públicas adotadas pelos entes federativos, bem como acompanhar seu processo de execução. Mendes e Branco

²¹ BRASIL. Resolução nº 23.385, de 16 de agosto de 2012. Disponível em: <https://www.tse.jus.br/legislacao/codigo-eleitoral/normas-editadas-pelo-tse/resolucao-no-23-385-de-16-de-agosto-de-2012>. Acesso em 12 jul 2022.

²² BRASIL, Lei Federal nº 9709, de 18 de novembro de 1998. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil/03/Leis/L9709.htm>. Acesso em 12 jul 2022.

²³ Art. 1º Entende-se como consulta popular a realizada mediante plebiscito ou referendo, para que o povo delibere sobre matéria de acentuada relevância, de natureza constitucional, legislativa ou administrativa, consoante previsto nos §§ 1º e 2º do art. 2º da Lei nº 9.709/1998.

²⁴ BRASIL. Resolução nº 23.385, de 16 de agosto de 2012. Disponível em: <https://www.tse.jus.br/legislacao/codigo-eleitoral/normas-editadas-pelo-tse/resolucao-no-23-385-de-16-de-agosto-de-2012>. Acesso em 12 jul 2022.

²⁵ SOUZA, M.F.N.; TONET, F. O papel da Constituição nas teorias constitucionais de matriz sistêmica. *Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas*, Pouso Alegre, v. 38, n. 1, pp.177-195, jan./jun. 2022.

reafirmam a importância dos atuais instrumentos da democracia direta trazidos pela Constituição vigente. Contudo, reafirmam a necessidade de autorização do Congresso, excetuados os casos expressamente previstos na Constituição.²⁶

Diante das particularidades dos instrumentos anteriores, a consulta popular, instrumento criado pela EC 111, de 2021, mantém a necessidade de autorização legislativa, tal como é previsto nos casos de referendo e plebiscito. A realização da consulta, além de obrigatoriamente ter que ser realizada concomitantemente às eleições municipais, deve ser previamente aprovada pela Câmara de Vereadores e encaminhada à Justiça Eleitoral até 90 dias antes da data das eleições.

Tal como o artigo 49, XV, da Constituição Federal, regulamentado pela Lei nº 9.709, de 1998, não há como dispensar a obrigatoriedade de autorizar referendo e convocar plebiscito²⁷, por meio de decreto legislativo e 1/3 dos votos dos membros do Congresso. *A contrario sensu* “rejeitou-se, assim, proposta no sentido de admitir a convocação de plebiscito ou referendo mediante iniciativa popular, com fundamento no art. 49, XV da Constituição.”²⁸

A Constituição não trouxe essa possibilidade de exercício livre desses institutos de democracia direta e, desta forma, o órgão legiferante impediu o exercício dinâmico do sistema democrático-representativo. Bucci e Gaspardo entendem que o povo pode ser representado perante o poder, seja ele de qual categoria se enquadrar. Afirma ser esta uma das fórmulas de se ultrapassar a pulverização gerada pelo sufrágio universal, em que todos os votos teriam o mesmo valor.²⁹

Os autores descrevem a realidade atual no sentido de que o cidadão, nestes dias, desconhece, de fato quem elege, daí a importância da democracia semidireta. Para eles esse cidadão anônimo:

[...] passou a votar cada vez mais em deputados que não conhece, impostos por partidos, por vezes sem mesmo lhes poder ler os nomes nos boletins de voto. E os deputados passaram a ser elementos de pesadas e manietadoras máquinas partidárias, que os passaram a submeter a estrita disciplina de voto.

Neste nível de entendimento, observa-se, cada vez mais, dificuldades em uma expressão consciente, que possa ser expressada democraticamente. Ferrer e Cardoso apontam outra faceta relacionada com a expressão popular, “no enfrentamento do gangsterismo político, alerte-se que, por uma aplicação simplista da prática plebiscitária, os atenienses condenaram Sócrates à morte, os judeus escolheram Barrabás e Pinochet legitimou sua constituição outorgada ao povo chileno”³⁰

²⁶ MENDES, G. F.; BRANCO, P. G. G. *Curso de direito constitucional*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2022. E-book.

²⁷ Vide também art. 14, I e II da Constituição Federal.

²⁸ MENDES, G. F.; BRANCO, P. G. G. *Curso de direito constitucional*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2022. E-book.

²⁹ BUCCI, M. P. D.; GASPARD, M. *Teoria do Estado - Sentidos Contemporâneos*. São Paulo: Saraiva, 2018. E-book.

³⁰ FERRER W.M.H.; CARDOSO, G.M.F. A reforma política brasileira à luz dos institutos do plebiscito e do referendo: mais uma proposta à democracia. *Rev. direitos fundam. democ.*, v. 23, n. 1, p. 156-185, jan./abr. 2018.

Na verdade, conforme ainda entendem os autores, os institutos não são de simples entendimento, como mecanismos democráticos.

Vê-se então que, o plebiscito, ou qualquer outro procedimento de escolha, pela expressão direta da vontade da maioria, não pode ser tomados ao rigor, como sinônimos de democracia, predominando igualdade e justiça. Em regimes tiranos, os institutos de participação popular eram utilizados para dar uma imagem de legitimidade nas ações do governo.³¹

Diante desta realidade é possível que os mecanismos de participação popular, além de seus condicionamentos para exercício dos titulares também podem não servir a uma manifestação popular, livre e desinteressada. Podem, outrossim, servir a interesses contrários à vontade popular e se destinem opostamente ao interesse público.

Assim, a Resolução do TSE 23.385, de 16 de agosto de 2012³², estabelece as diretrizes gerais para realização de consultas populares concomitante com eleições ordinárias. Desta forma coaduna-se com o previsto na Emenda em comento; porém, destina-se unicamente à criação, incorporação, fusão e ao desmembramento de municípios. Nos demais temas, deixa para as constituições estaduais e leis orgânicas³³. Diante desta constatação não há dúvidas de que seja novo instrumento de exercício de cidadania já que com ela se questiona municípios acerca de questões locais aprovadas pelas câmaras municipais e encaminhadas à Justiça Eleitoral até 90 (noventa) dias antes da data das eleições, observados os limites operacionais relativos ao número de quesito.

Da participação popular efetiva nos processos consultivos

Antes de se observar a conveniência ou não de consultas populares concomitantes às eleições municipais, tal como preconizado pela EC 111, de 2021, que inseriu dois parágrafos no art. 14 da CF, aqui se faz uma reflexão acerca de alguns requisitos essenciais para que o procedimento tenha um desfecho dentro do esperado, sobretudo diante de sua importância dada pela sua veiculação por meio de Emenda à Constituição.

Importante, realmente, é a questão da mobilização da sociedade civil neste processo consultivo. Mendes Soares entende que a participação da sociedade no processo político, além do exercício do voto, é fundamental para a estruturação da democracia. Diante desta nova possibilidade, para que a participação seja efetiva, no sentido real da palavra, mormente com o intuito de levantar e debater necessidades coletivas; não se pode deixar de relevar o conhecimento dos cidadãos participantes dos problemas que

³¹ FERRER W.M.H.; CARDOSO, G.M.F. A reforma política brasileira à luz dos institutos do plebiscito e do referendo: mais uma proposta à democracia. *Rev. direitos fundam. democ.*, v. 23, n. 1, p. 156-185, jan./abr. 2018.

³² BRASIL. Resolução nº 23.385, de 16 de agosto de 2012. Disponível em: <https://www.tse.jus.br/legislacao/codigo-eleitoral/normas-editadas-pelo-tse/resolucao-no-23-385-de-16-de-agosto-de-2012>. Acesso em 12 jul 2022.

³³ Art. 3º Nas demais questões, de competência dos estados, do Distrito Federal e dos municípios, as consultas populares serão convocadas em conformidade, respectivamente, com a Constituição estadual e com a Lei Orgânica.

estão sendo discutidos. Além disso, a autora sublinha que se deve observar, relativamente aos participantes, seu “[...] grau de independência e de igualdade de poder no processo deliberativo, de maneira que o ato de participar influencie verdadeiramente as decisões e faça o cidadão sentir que seu envolvimento faz diferença no processo político.”³⁴

Esta consulta introduzida pela EC aqui em comento, na opinião de Campos da Silva³⁵ quando se refere ao ambiente político e social e da constante criminalização das relações político-partidárias, opina que “[...] essas alterações de caráter constitucional valorizam referidas relações e têm a oportunidade de recolocar o debate democrático no centro da discussão social.”

Na pesquisa, a autora indica que a formação do cidadão brasileiro é extremamente lenta e que isso reflete interesses obscuros, pois o indivíduo esclarecido é um incômodo para alguns tipos de sociedades. Por outro lado, o nível de informação é fundamental para a participação efetiva deles no processo político, mesmo considerando a realidade da democracia restrita pela simples ausência de cultura cívica, sobretudo diante de um passado restrito em termos participativos, o que bem denominou “cidadania regulada”.³⁶

No §13 do art. 14, se estabelece que as manifestações de candidatos e candidatas sobre esses temas ocorrerão durante as campanhas eleitorais, sem a utilização de propaganda gratuita no rádio e na televisão. Na verdade, não se pode afirmar que esta consulta seja efetivada tal qual o plebiscito ou referendo, como observado acima. A posição do Departamento Intersindical de Assessoria Parlamentar - DIAP parece ser a mais adequada ao constatar que

Trata-se de mecanismo de democracia direta e plebiscitária, porém que não encontra paralelo em outras formas de consultas previstas na Constituição brasileira de 1988: não é o plebiscito, o referendo nem a iniciativa popular prevista no caput do art. 14 da CF, nem tampouco é a consulta prévia para criação, incorporação, fusão ou desmembramento de municípios (art. 18, § 4º, da CF). De qualquer modo, é um **avanço**, ainda que tímido.³⁷

A iniciativa popular, já referida alhures, revela-se como o único mecanismo de democracia direta que o Legislativo não interfere. Os mecanismos de participação popular direta foram relacionados na Constituição brasileira a fim de externalizar a prática de uma democracia efetiva, em que o povo tenha voz. A iniciativa popular³⁸ revela-se como a

³⁴ MENDES SOARES, G. *Cidadania online: O papel das novas Tecnologias de Informação e Comunicação na ampliação do acesso à participação popular no legislativo mineiro*. Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Ciências Sociais, da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para a obtenção do Título de Mestre em Ciências Sociais, 114f. Belo Horizonte, 2013.

³⁵ CAMPOS DA SILVA, G.A. *As transformações constitucionais de 2021. O Estado de São Paulo*. Edição de 25 de novembro de 2021.

³⁶ MENDES SOARES, G. *Cidadania online: O papel das novas Tecnologias de Informação e Comunicação na ampliação do acesso à participação popular no legislativo mineiro*. Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Ciências Sociais, da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para a obtenção do Título de Mestre em Ciências Sociais, 114f. Belo Horizonte, 2013.

³⁷ DIAP - DEPARTAMENTO INTERSINDICAL DE ASSESSORIA PARLAMENTAR. *Avanços e retrocessos na legislação partidária*. Disponível em: <https://diap.org.br/index.php/noticias/agencia-diap/90731-avancos-e-retrocessos-na-legislacao-eleitoral-e-partidaria>. Acesso em: 25 jul. 2022.

³⁸ Art. 14, III da Constituição Federal.

possibilidade de o cidadão oferecer projeto de lei às Casas legislativas. Pode ser formulada ou não formulada. O que interessa é o assunto a ser debatido a fim de ser transformado em norma cogente.

Diante dos já mencionados institutos, a iniciativa popular está incluída entre os incisos do artigo 14 da CF, além de criar o direito, dispensa a participação ativa do Legislativo por meio de decreto autorizativo. Talvez seja o mecanismo mais democrático consignado na Constituição, pois é possível se apresentar projeto legislativo de qualquer natureza. Isto sim viabiliza o acesso do cidadão ao parlamento.

A Revista Politize indica ser esta a possibilidade para que a população se manifeste quanto as “[...] questões locais ao mesmo tempo em que elegem seus representantes municipais, as Câmaras Municipais precisam ter aprovado e encaminhado essa consulta à Justiça Eleitoral até 90 dias antes do dia das eleições.”³⁹

Outro aspecto que vale a pena comentar é o fato de não haver exclusão de qualquer matéria. Significa dizer que qualquer tema pode ser objeto dessa possibilidade em que não existe restrição com relação ao assunto que pode ser objeto de discussão.

No direito comparado há uma tese de doutorado que estuda o instituto aqui em relevo. Nela se esclareceu que, na língua francesa, não há sequer uma expressão adequada para evidenciar essa prática. Porém, no direito alemão há, pelo menos, duas significações. Em uma primeira é possível discernir certa proximidade com o instituto praticado no Brasil. Assim, os estados federais alemães, que herdaram essa prática da República de Weimar, permite a uma parte do corpo eleitoral submeter um projeto ou mesmo solicitar atos de importância em face do parlamento. Porém, possui limitações materiais, a exemplo da impossibilidade de se examinar uma lei orçamentária.⁴⁰

Em uma tentativa nova de implementar a consulta popular e tornar a democracia semidireta uma realidade nas cidades francesas, aqui se pode citar uma experiência realizada em Grenoble, França, em 2014. Raul Berton informa que o dispositivo criado era chamado “interpelação e votação de uma iniciativa cidadina”. Prática empregada em diversos países do mundo, inclusive na Suíça. Ressalta-se que, do ponto de vista normativo, suas pesquisas revelaram que entre as melhores formas de democracia direta estaria a realização desta prática. Além disso, sob o ponto de vista democrático, propriamente dito, não obstante alguns resultados não muito promissores, seu exercício certamente permite uma melhor governança.⁴¹

A democracia semidireta segue seu rumo nos países europeus e revelam resultados cada vez mais promissores, sobretudo em face da necessidade de se

³⁹ GUIDORIZZI, J.H. *Reforma eleitoral de 2021. Quais são as novas mudanças?* Disponível em: www.politize.com.br/reforma-eleitoral-2021/. Acesso em: 15 set. 2022.

⁴⁰ SCHOTT, S. *L’initiative populaire dans les États fédérés allemands: contribution à la connaissance d’une insitution démocratique*. 2003. 596f. Tese de Doutorado – Droit. Université d’Avignon, 2009. Français. ffNNT : 2009AVIG2019. Disponível em: <https://tel.archives-ouvertes.fr/tel-03135186/document>. Tradução dos autores. Acesso em 19 jul. 2022.

⁴¹ MAGNI-BERTON, Raúl. *Référendum local d’initiative populaire. Récit d’une première expérience en France*. Revue Dans Participations 2018/2 (20) p. 85-110. Tradução dos autores. Disponível em: <https://www.cairn.info/revue-participations-2018-1-page-85.htm>. Acesso em 19 jul. 2022.

implementar a governança adequada, que depende certamente da participação ativa dos cidadãos.

Considerando a Suíça como um país extremamente promissor e democrático, sobretudo diante da reunião democrática de seus cantões, chama a atenção para a votação de tema importantíssimo relacionado a tributos recolhidos localmente. No comentário de Raol Paglia⁴²

No dia 2 de abril de 2019, o GISO (Juventude Socialista Suíça) assinou as assinaturas recolhidas para o lançamento da iniciativa popular “Aliviar os salários, tributar o capital de forma justa”, também conhecido como “99% iniciativa”. A iniciativa vem na forma de um projeto que deseja alterar o art. 127 da Constituição Federal (art. 101), que dispõe a necessidade de a tributação obedecer aos critérios de generalidade, uniformidade e tributação de acordo com a capacidade econômica.

Esta é uma importante manifestação popular. É certo que há promessas de diversos candidatos em simplesmente cumprir o previsto em campanha, que em muitas ocasiões nunca se materializam. Diante dessa omissão, considerando o Executivo como o grande implementador de projetos de lei, a iniciativa popular é o instrumento que pode instrumentalizar a normatização adequada.

Diante da necessidade de manifestação popular e da importância de que realmente o povo tenha voz em termos legislativos trazemos o escólio de Bucci e Gaspardo para quem a representação da sociedade no poder com poder do povo pelo povo seria sim o Estado de Direito. Os autores entendem que:⁴³

Não um Estado de Direito meramente formal, e eventualmente antidemocrático, que apenas obedecesse aos ditames que a seu bel-prazer faria e desfaria, sob forma legal, ou negasse a representação no poder à sociedade. Mas um Estado de Direito com essa dimensão ética da democracia verdadeira, um Estado de Direito democrático, material, substancial. O Estado de Direito, assim entendido, é muito mais Direito que Estado. É um Estado submetido ao Direito: e tem de legiferar de acordo com a sociedade, que não pode violentar com utopias, nem com arbítrios.

Na Constituição atual o instituto teve sua regulamentação pela Lei 9.709, de 1998. Assim, deve ser apresentado projeto à Câmara dos Deputados que contenha, no mínimo, assinatura de um por cento do eleitorado nacional, distribuído pelo menos por cinco Estados, com não menos de três décimos por cento dos eleitores de cada um deles (artigo 61, §2º, da CR/88).

Parece simples cumprir os requisitos necessários para que projetos possam tramitar na Casa; porém, sublinhe-se que deveria ser muito mais simples, diante de sua inestimável importância na governança das diversas esferas legislativas. José Afonso da

⁴² PAGLIA, Raol. *Un commento all’iniziativa popolare federale “Sgravare i salari, tassare equamente il capitale”*. Ed. Politica Fiscale. Disponível em: https://novitafiscali.supsi.ch/1066/1/Paglia_Un%20commento%20all’iniziativa%20popolare%20federale%20“Sgravare%20i%20salari%2C%20tassare%20equamente%20il%20capitale”.pdf. Acesso em 19 jul. 2022.

⁴³ BUCCI, M. P. D.; GASPARD, M. *Teoria do Estado - Sentidos Contemporaneos*. São Paulo: Saraiva, 2018. E-book.

Silva apresentou um anteprojeto na Assembleia Constituinte que facilitava o uso do instituto, pois sempre foi partidário dessa previsão e de seu exercício pela população.

O autor confirma que esse instituto é empregado em diversos países, inclusive neste país, em alguns Estados-membros da Federação dos Estados Unidos da América. No Brasil, o art. 61 da CF relaciona quem possui competência para iniciar o processo legislativo. Ademais, este dispositivo serve de modelo para as constituições estaduais e leis orgânicas. O autor se alongou na temática em outro artigo de sua autoria⁴⁴.

É possível que o Congresso, tal como informado pela Radioagência Nacional, tenha dado prioridade a um fato notado nas municipalidades, tal como o distanciamento entre os políticos locais e a população. Para o presidente do Congresso Nacional opina no sentido de que “[...] com a medida será possível a aproximação entre eleitores e políticos locais.”⁴⁵

No quesito específico aqui tratado “participação popular” o sistema vigente revela certa dificuldade. Inicialmente é necessário angariar cerca de cem mil assinaturas no país. Ademais, fundamental que se distribuam em pelo menos cinco estados e que conte com três décimos dos eleitores de cada um deles. Desta forma, nota-se “nítida dificuldade para a utilização da iniciativa legislativa popular”. Importante ainda o fato de não se admitir iniciativa popular em matéria reservada à iniciativa exclusiva de outros titulares. Sua regulamentação por meio da Lei foi tímida, pois apenas indicou que o projeto deveria circunscrever-se a um assunto apenas. Se observados esses requisitos, o projeto tramitará nos termos do art. 252 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados.⁴⁶

Considerações finais

Aqui se buscou esmiuçar características próprias dos institutos relacionados à democracia semidireta adotada neste país e como a consulta popular se desenvolveu e pode ser aplicada, nos termos da EC 111, de 2022, da Constituição Federal. Diante desta novidade é possível que o instituto não venha a suprir a necessidade da população local, pois imprescindível a autorização legislativa municipal para opinar em determinada política pública ou meta disposta em plano local. Isto confirma a hipótese proposta no sentido de que se pode frustrar interesses dos que já se manifestaram pela conveniência de ser materializada.

Talvez o Poder Reformador quis dar relevo a mais um instrumento em que a população seja capaz de viabilizar seus anseios e necessidades por meio da consulta em

⁴⁴ Cf. José Afonso da Silva. “O sistema representativo, democracia semidireta e democracia participativa”, em *Revista do Advogado*, ano XXIII, 73, Nov de 2003, pp. 94-108.

⁴⁵ LEON, L. P. *Emenda da reforma eleitoral é aprovada pelo Congresso Nacional*. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/radioagencia-nacional/politica/audio/2021-09/emenda-da-reforma-eleitoral-e-aprovada-pelo-congresso-nacional>. Acesso em: 15 set. 2022.

⁴⁶ SILVA, José Afonso. *Processo constitucional de formação de leis*. 2ª. ed., São Paulo: Malheiros Ed., 2007, p. 161 – 163.,

situações em que certas políticas públicas estão para ser criadas ou ainda outros atos que possam interessar localmente. A consulta popular poderia, outrossim, ser franqueada na própria lei orgânica municipal, que poderia veicular hipóteses em que seu exercício seja possível. Entretanto, o poder reformador promoveu o instituto a outro patamar.

Poderia se discutir o fato de a lei orgânica não poderia instituir consulta concomitante com as eleições, tendo em vista que a construção de datas para a realização de pleitos é questão de extrema importância, como visto nos trabalhos da própria Constituinte de 1988 e também modificações realizadas *a posteriori*. Contudo, a *contrario sensu*, a Resolução do TSE 23.385, de 16 de agosto de 2012, ao estabelecer diretrizes gerais para realização de consultas populares, previu seu exercício, no art. 4º, por sufrágio universal, voto direto e secreto, concomitantemente com o primeiro turno das eleições ordinárias subsequentes à edição do ato convocatório.

A consulta popular deveria ser fórmula, tal como a iniciativa popular, cujo exercício fosse possível independentemente de intervenção legislativa. Daí sim instrumento capaz de servir às necessidades populares. O fato de necessitar autorização legislativa para manifestação tornam o instituto condicionado aos interesses legislativos locais, tal como o referendo e plebiscito, cujo exercício neste país é extremamente raro.

Outros países, tal como a Suíça, cujo caráter consultivo do plebiscito ou referendo é extremamente amplo, sem interferência legislativa, pode-se afirmar que é real e verdadeiro instrumento popular.

Sublinhou-se, por outro lado que, diante das características da população nacional, sobretudo diante da sua heterogeneidade em termos de formação, pode servir de instrumento contrário ao interesse coletivo. Exemplo típico é a questão armamentista cujo referendo, há 15 anos, teve negativa a resposta popular ao fim do comércio de armas de fogo e munições no país. A campanha, em um primeiro plano, poderia parecer forma de defesa individual. Contudo, diante do que se vê em países que não estabelecem nenhum empecilho a aquisição de armamento, vê-se que pode servir a outros interesses e grupos e, ao contrário, ser nociva ao interesse coletivo.

A consulta popular é instituto novo, cujo exercício deve obedecer à fórmula prevista nos dispositivos inseridos pela EC 111, de 2021. Ainda que haja previsão e possibilidade de exercício direto deste novo instrumento, possivelmente outra resolução deve trazer maiores detalhes acerca da forma de manifestação popular para apreciação da respectiva câmara municipal.

REFERÊNCIAS

BUCCI, M. P. D.; GASPARD, M. *Teoria do Estado - Sentidos Contemporâneos*. São Paulo: Saraiva, 2018. E-book.

BRANDÃO OLIVEIRA, M.H.C. Pactos de gestão: divisão de responsabilidades entre estados e municípios na descentralização. In *Gestão de sistemas de saúde* Pierantoni C.R., Vianna, C.M.V. (organizadores). Rio de Janeiro: UERJ, 2003.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 10 jul. 2021.

BRASIL. *Resolução nº 23.385, de 16 de agosto de 2012*. Disponível em: <https://www.tse.jus.br/legislacao/codigo-eleitoral/normas-editadas-pelo-tse/resolucao-no-23-385-de-16-de-agosto-de-2012>. Acesso em 12 jul 2022.

BRASIL, *Lei Federal nº 9709, de 18 de novembro de 1998*. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9709.htm. Acesso em 12 jul 2022.

BULOS, U. L. *Curso de direito constitucional*. 4ª. ed., São Paulo: Ed. Saraiva, 2009.

CARVALHO, Kildaré Gonçalves. *Direito constitucional: Teoria do Estado e da Constituição. Direito Constitucional positivo*. 14ª. ed., Belo Horizonte: Del Rey Ed., 2008.

DIAP - DEPARTAMENTO INTERSINDICAL DE ASSESSORIA PARLAMENTAR. *Avanços e retrocessos na legislação partidária*. Disponível em: <https://diap.org.br/index.php/noticias/agencia-diap/90731-avancos-e-retrocessos-na-legislacao-eleitoral-e-partidaria>. Acesso em: 25 jul. 2022.

ESPÍNDOLA, R. S. Democracia participativa: autoconvocação de referendos e plebiscitos pela população (análise do caso brasileiro). *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, vol. 75, | 2011, p. 335 – 356.

FERRER W.M.H.; CARDOSO, G.M.F. A reforma política brasileira à luz dos institutos do plebiscito e do referendo: mais uma proposta à democracia. *Rev. direitos fundam. democ.*, v. 23, n. 1, p. 156-185, jan./abr. 2018.

GUIDORIZZI, J.H. *Reforma eleitoral de 2021. Quais são as novas mudanças?* Disponível em: www.politize.com.br/reforma-eleitoral-2021/. Acesso em: 15 set. 2022.

IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. *Produto Interno Bruto dos Municípios – 2019*. Disponível em https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101896_informativo.pdf. Acesso em 18 jul. 2022.

LEON, L. P. *Emenda da reforma eleitoral é aprovada pelo Congresso Nacional*. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/radioagencia-nacional/politica/audio/2021-09/emenda-da-reforma-eleitoral-e-aprovada-pelo-congresso-nacional>. Acesso em: 15 set. 2022.

MAGNI-BERTON, Raúl. *Référendum local d'initiative populaire. Récit d'une première expérience en France*. *Revue Dans Participations* 2018/2 (20) p. 85-110. Disponível em: <https://www.cairn.info/revue-participations-2018-1-page-85.htm>. Acesso em 19 jul. 2022.

MEIRELLES, H.L. *Direito municipal brasileiro*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1985.

MENDES, G. F.; BRANCO, P. G. G. *Curso de direito constitucional*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2022. E-book.

MENDES, G. *Consultas populares poderão ser realizadas se encaminhadas à Justiça Eleitoral até 90 dias antes da votação*. Disponível em: <https://br.lexlatin.com/reportagens/brasil-podera-ter-plebiscitos-junto-com-eleicoes-municipais>. Acesso em: 16 set. 2022.

MENDES SOARES, G. *Cidadania online: O papel das novas Tecnologias de Informação e Comunicação na ampliação do acesso à participação popular no legislativo mineiro*. 114f., 2013. Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Ciências Sociais, da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para a obtenção do Título de Mestre em Ciências Sociais, Belo Horizonte.

MORAES, Guilherme Peña de. *Curso de direito constitucional*. 2^a. ed., Niterói: Editora Impetus, 2008.

PAGLIA, Raol. *Un commento all'iniziativa popolare federale "Sgravare i salari, tassare equamente il capitale"*. Ed. Politica Fiscale. Disponível em: [https://novitafiscali.supsi.ch/1066/1/Paglia_Un%20commento%20all'iniziativa%20popolare%20federale%20"Sgravare%20i%20salari%2C%20tassare%20equamente%20il%20capitale".pdf](https://novitafiscali.supsi.ch/1066/1/Paglia_Un%20commento%20all'iniziativa%20popolare%20federale%20). Acesso em 19 jul. 2022.

SCHOTT, S. *L'initiative populaire dans les États fédérés allemands: contribution à la connaissance d'une insitution démocratique*. 2003. 596f. Tese de Doutorado – Droit. Université d'Avignon, 2009. Français. ffNNT : 2009AVIG2019. Disponível em: <https://tel.archives-ouvertes.fr/tel-03135186/document>. Acesso em 19 jul. 2022.

SILVA, José Afonso da. SILVA, José Afonso. *Processo constitucional de formação de leis*. 2^a. ed., São Paulo: Malheiros Ed., 2007.

SILVA, J.A. *Curso de direito constitucional positivo*. 34^a. ed., São Paulo: Malheiros Ed., 2011.

SOUZA, M.F.N.; TONET, F. O papel da Constituição nas teorias constitucionais de matriz sistêmica. *Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas*, Pouso Alegre, v. 38, n. 1, pp.177-195, jan./jun. 2022.

TRINDADE JARDIM, Z.L. Regulamentação da política urbana e garantia do direito à cidade. *Direito da Cidade: novas concepções sobre as relações jurídicas no espaço social urbano*. COUTINHO, R e BONIZZATO, L. (orgs). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

Data de Recebimento: 01.08.2022.

Data de Aprovação: 14.09.2022.

CRIANÇA, CONSUMO E ATO INFRACIONAL

CHILDREN, CONSUMPTION AND INFRACTIONAL ACT

*Fernanda Carolina de Araujo Ifanger,**

*Cláudio José Franzolin***

*Samuel Antqueira Michelin****

RESUMO

Estuda-se a maneira em que sociedade de consumo afeta os jovens no desejo pelos produtos, visto que os dados nacionais sobre o sistema socioeducativo demonstram que os adolescentes respondem, sobretudo, por atos infracionais de natureza patrimonial. Dialoga-se com a teoria estrutural-funcionalista- sobre como os valores do american way of life levavam os jovens das camadas mais desprivilegiadas economicamente à criminalidade-, com os criminólogos críticos, que refletem sobre os processos de criminalização, bem como com Zygmunt Bauman e a sociedade de consumidores. Outrossim, apresentam-se as características de uma sociedade de consumo, de modo a identificar a atuação dos meios de comunicação e redes sociais na introjeção de valores consumistas e analisar as normativas sobre a publicidade e a comunicação mercadológica destinadas às crianças e adolescentes. Neste contexto, faz-se uso da técnica de revisão bibliográfica sobre os assuntos tratados na pesquisa e o cotejo dos dados oficiais sobre o Sistema Socioeducativo Nacional.

Palavras-chave: Direito da Infância e Juventude; Direitos Humanos; Sociedade de consumo; Atos infracionais patrimoniais.

ABSTRACT

The way in which consumer society affects young people in their desire for products is studied, since national data on the socio-educational system show that adolescents are mainly responsible for infractions of a patrimonial nature. It dialogues with the structural-functionalist theory - how the values of the American way of life led youthful from the most economically disadvantaged to criminality -, with critical criminologists, who reflect on the criminalization processes, as with Zygmunt Bauman and the consumer society. Furthermore, the characteristics of a consumer society are presented, in order to identify the role of the media and social networks in the introjection of consumerist values

* Professora do programa de mestrado em Direito da puc-campinas; doutora e mestre em direito pela USP; graduada em direito pela PUC-Campinas. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5457771059463212>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-1072-5545>. E-mail: fe_carolina@uol.com.br

** Professor do Programa de Mestrado em Direito da PUC-Campinas. Doutor (2009) e mestre (2005) em direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Especialista em em direito empresarial (1994) na Universidade Mackenzie (São Paulo) e Direito dos contratos com ênfase em relações de consumo (2001) perante o C.E.U.- (Centro de Extensão Universitária - atual I.I.C.S - Centro de Extensão Universitária). É graduado pela Pontifícia Universidade Católica de Campinas (1992). Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0120973253492591>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-9594-1238>. E-mail: cfranzol30@gmail.com

*** Graduando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Campinas e pela Universidade de Coimbra (Portugal). Participante e pesquisador no Laboratório de Ciências Criminais do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM). Pesquisador de Iniciação Científica (período 2021-2022). Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9164494945433021>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-8636-3707>. E-mail: samuelmichelan@gmail.com.

and to analyze the regulations on advertising and marketing communication aimed at children and adolescents. In this context, the technique of bibliographic review is used on the subjects dealt with in the research and the collation of official data on the National Socio-Educational System.

Key-words: Children and Youth Law. Human rights. Consumer society. Property infringements.

INTRODUÇÃO

Os dados oficiais sobre o Sistema Socioeducativo em esfera nacional são no sentido de que os adolescentes em conflito com a lei se envolvem, sobretudo, com atos infracionais que não apresentam o fator violência como característica primária. A partir do cotejo dos dados oficiais, busca-se estabelecer a interface entre a prática de atos infracionais, a sociedade de consumo e a cultura consumista, estabelecendo em qual grau há influências recíprocas.

Para a concretização da resposta à hipótese posta, de modo específico, almeja-se: analisar as estatísticas oficiais sobre os atos infracionais praticados pelos adolescentes; compreender o que se entende por sociedade de consumo; estudar a ação dos meios de comunicação e redes sociais na introjeção de valores consumistas; analisar as normativas sobre a publicidade e a comunicação mercadológica destinada a crianças e adolescentes; estudar a teoria da anomia, a partir do pensamento de Robert Merton, e a criminologia crítica.

A opção pela utilização do pensamento estrutural-funcionalista de Merton ocorre em razão da relação estudada pelo autor entre estrutura social e criminalidade, nada obstante, com embasamento na criminologia crítica, não se faz uso da teoria de modo acrítico, de modo a superar determinadas hipóteses e buscar respostas próprias à realidade brasileira.

Suscita-se a presente análise o fato de que, na manifestação social hodierna, a valorização do consumo impulsiona o desejo por ter determinados objetos e, com isso, acesso ao estilo de vida refletido nos comerciais que apresentam referidos produtos. Deste modo, resta evidente que os jovens que apresentam poder aquisitivo para adquirir esses produtos o fazem licitamente, diferentemente dos jovens que, em razão de sua condição econômica desfavorável, optam por consegui-los de maneira ilícita, o que culmina em seu contato com o sistema de responsabilização juvenil e sua institucionalização.

No mais, importa compreender o papel da publicidade comercial destinada ao público infantil, uma vez que, na sociedade de consumo, a publicidade exerce uma funcionalidade central em termos sociais, bem como as normas que regem tal âmbito e o (des)respeito a estas.

Como contribuição à área de pesquisa, pretende-se, então, orientar uma melhor prática no tocante à temática, de modo que se estimule o debate sobre o consumo e a questão penal juvenil, recorrentemente negligenciados pela produção acadêmica.

Deste modo, foi utilizada para a realização do estudo a revisão bibliográfica, especificamente a análise de livros clássicos e artigos científicos publicados em revistas indexadas na base de dados Quais/Capes sobre os assuntos tratados na pesquisa, bem como o cotejo dos dados oficiais sobre o Sistema Socioeducativo Nacional que revelam informações sobre os jovens autores de atos infracionais.

A justificativa para escolha de uma análise que verse sobre dados oficiais é no sentido de que, a despeito de, por vezes, falhos quanto à criminalidade real, possuem a potência de fornecer base para formulação de hipóteses sobre os processos de criminalização. Ao final, visa-se reelecioná-los com o estímulo ao consumo, decorrência notória da sociedade de consumo.

A responsabilização dos jovens pela prática de atos infracionais de natureza patrimonial

O ato infracional, de acordo com a disposição do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), é compreendido como a prática, por inimputáveis, em razão da idade, de condutas descritas como crimes ou contravenções penais. Na presente análise, especial atenção é conferida à prática de condutas equivalentes aos crimes patrimoniais, sobretudo furto e roubo.

Visando a melhor percepção sobre a temática selecionada, essencial se faz mencionar que, quanto ao sistema de responsabilização de jovens presente no Estatuto, é preciso “a existência de crime ou contravenção como causa objetiva, eficiente e necessária para o acionamento do sistema, sem dispensar as condições subjetivas (dolo ou culpa)”¹.

Ademais, sem prejuízo aos princípios e garantias que orientam a responsabilização penal comum, no âmbito da resposta estatal conferida à prática de atos infracionais, vislumbram-se certos princípios próprios tais como o respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, excepcionalidade e brevidade da intervenção do sistema de justiça penal juvenil.²

Entende-se que importa conferir prioridade às medidas socioeducativas sem a privação da liberdade, de maneira que a medida socioeducativa de internação atue como uma verdadeira excepcionalidade.³

No entanto, partindo de uma leitura estatística sobre a realidade do sistema juvenil brasileiro, é notória a ausência de excepcionalidade da aplicação das medidas socioeducativas privativas de liberdade, uma vez que a sua observância implicaria na aplicação somente àquelas que apresentassem elevado dano social, assim sendo, por

¹ SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Sistema de Garantias e o Direito Penal Juvenil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 172.

² SOTTO MAIOR NETO, Olympio de Sá. *Garantias penais do adolescente autor de ato infracional*. In: ILANUD et al (Org.). *Justiça, adolescente e ato infracional: socioeducação e responsabilização*. São Paulo: ILANUD, 2006. p. 123-149

³ CIFALI, A. C.; CHIES-SANTOS, M.; ALVAREZ, M. C. *Justiça juvenil no Brasil: Continuidades e rupturas*. *Tempo Social, [S. l.]*, v. 32, n. 3, p. 197-228, 2020. DOI: 10.11606/0103-2070.ts.2020.176331. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/ts/article/view/176331>. Acesso em: 11 ago. 2022.

definição, o bem jurídico patrimônio não deveria atrair demasiadamente os esforços do sistema socioeducativo.⁴

Deste modo, com base no Levantamento Anual SINASE de 2013, 43% (10.051) dos atos registrados foram tipificados como análogo a roubo e 24,8% (5.933) foram classificados como análogo ao tráfico de drogas. Por sua vez, o ato infracional análogo ao homicídio ocorreu em 9,23% dos casos.⁵

No mesmo sentido, de acordo com os dados do Levantamento Anual do SINASE, referente aos dados de 2015, 46% (12.724) do total de atos infracionais registrados foram análogos a roubo e 24% (6.666) análogos ao tráfico de drogas. Já o ato infracional relacionado ao homicídio resultou em 10% (2.788) do total de atos registrados.⁶

Ademais, de acordo com os números do sistema socioeducativo nacional com informações de 2016, embora publicado pelo Levantamento Anual do SINASE em 2018, 47% dos atos infracionais praticados são análogos a roubo, 22% ao tráfico de drogas, 10% de homicídios e 3% tentativas de homicídios. Além disto, 43,7% dos jovens que cumpriram medidas socioeducativas no país respondiam pela prática de atos infracionais contra o patrimônio -furto e roubo.⁷

Já no ano de 2019, com dados de 2017, o Levantamento referido ratifica o destaque para atos infracionais que não são contra o bem jurídico vida: 38,1% - roubo, 26,5% - tráfico de entorpecentes (contra a incolumidade pública), 8,4% - homicídio e 5,6% - furto.⁸

No mesmo sentido são os dados do 8º Anuário de Segurança Pública (LIMA; BUENO, 2014), destacando que os atos infracionais de natureza patrimonial praticados pelos jovens representam, junto com o tráfico de drogas, 71,5% das infrações registradas no Brasil.⁹

Importa a ressaltar que, embora a natureza dos atos realizados apresente, em comum, a tutela do bem jurídico patrimônio, com exceção ao tráfico de drogas, há

⁴ SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Sistema de Garantias e o Direito Penal Juvenil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

⁵ BRASIL. Presidência da República. Secretaria de Direitos Humanos (SDH). *Levantamento anual Sinase 2013*. Brasília: Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República, 2015. Disponível em: http://ens.ceag.unb.br/sinase/ens2/images/conteudo/levantamentos/Levantamento_2013_junho2015_Vers%C3%A3o_Restri%C3%A7%C3%A3o%20e%20Priva%C3%A7%C3%A3o%20de%20Liberdade.pdf. Acesso em: 10 ago. 2022.

⁶ BRASIL. Ministério dos Direitos Humanos (MDH). *Levantamento anual Sinase 2015*. Brasília: Ministério dos Direitos Humanos, 2018. Disponível em: http://ens.ceag.unb.br/sinase/ens2/images/conteudo/levantamentos/Levantamento_2015.pdf. Acesso em: 10 ago. 2022.

⁷ BRASIL. Ministério dos Direitos Humanos (MDH). *Levantamento anual Sinase 2016*. Brasília: Ministério dos Direitos Humanos, 2018. Disponível em < https://www.mdh.gov.br/navegue-por-temas/crianca-e-adolescente/Levantamento_2016Final.pdf > Acesso em 4 out. 2019. Brasil. Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos (MMFDH).

⁸ LEVANTAMENTO ANUAL SINASE 2017. Brasília: Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos, 2019. 4 LIMA, Renato Sérgio de; BUENO, Samira (org.). *Anuário Brasileiro de Segurança Pública*. 8. ed. São Paulo: Brasil, 2014.

⁹ LIMA, Renato Sérgio de; BUENO, Samira (org.). *Anuário Brasileiro de Segurança Pública*. 8. ed. São Paulo: Brasil, 2014.

particularidades no significado jurídico de cada qual das ações. No que tange ao roubo, há o fator violência, no entanto, de forma indireta, pois não é a finalidade da ação em si mesma- o objetivo é, sobretudo, a obtenção de objetos, restando a violência alocada em um papel instrumental para tanto; já no furto, não há qualquer presença de violência, bastando o mero alcance da vantagem patrimonial; por derradeiro, quanto ao tráfico de entorpecentes, embora não associado diretamente, em construções doutrinárias, ao bem jurídico patrimônio, é inegável a relação entre o sentido social da ação e a sua finalidade- enquanto negócio jurídico imperfeito em razão da ilicitude do objeto, fato é que o comércio de substâncias rotuladas como drogas ocorre, sobretudo, visando fins econômicos.

Com base na apreciação dos dados retratados supra, é possível a seguinte elaboração analítica: a despeito da previsão expressa do princípio da excepcionalidade da aplicação da medida socioeducativa, disposta na Lei do SINASE (L. 12594/2012),¹⁰ e decorrência do caráter de *ultima ratio* da intervenção do direito penal juvenil, os atos infracionais que, majoritariamente, acarretam na institucionalização dos jovens, não são ligados ao bem jurídico vida, valor mais fundamental em tese protegido pelo sistema de justiça penal- comum ou juvenil- tampouco ao fator violência tomado isoladamente como determinante, mas, sim, relacionados, direta ou indiretamente, ao patrimônio, ou seja, à violência empregada para alcançar determinada vantagem econômica (ex. subtração de objetos).

Vale ressaltar que a prática de atos infracionais de natureza patrimonial, do ponto de vista criminológico, pode ser explicada por diversas concepções, de modo que, para além do imediatismo do fenômeno, há diversos fatores ocultos suscitando a notoriedade dos dados em questão.

Diante do exposto, compete à presente pesquisa estabelecer o diálogo entre a predominância de atos infracionais de conteúdo patrimonial, a sociedade de consumo em sua manifestação atual, de modo a apontar para prováveis determinações com o cunho explicativo dos dados supracitados.

A sociedade de consumo e a ação dos meios de comunicação

A principal elaboração teórica sobre a temática da sociedade de consumo foi realizada pelo sociólogo polonês Bauman, mormente a partir da obra intitulada “Vida para consumo”.¹¹

Nota-se, na assim chamada sociedade líquido-moderna, uma tendência de transformação das pessoas em mercadorias. Nesta configuração social, as relações sociais são pautadas no consumo como elemento fundamental e estrutural, de tal modo que este se torna o centro da vida social atual. Entende-se que o consumismo é um arranjo social

¹⁰ BRASIL. Lei nº 12594, de 18 de janeiro de 2012. **Lei do Sinase**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/112594.htm. Acesso em: 11 ago. 2022.

¹¹ BAUMAN, Zygmunt. *Vida Para Consumo: A Transformação das Pessoas em Mercadoria*. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

que transcende ser um mero atributo individual, de modo a atuar como um transformador das vontades, desejos e anseios das pessoas na principal força operativa da sociedade.¹²

Destarte, o consumo é responsável por organizar as relações sociais, mudar a forma como as pessoas se veem e projetam a sua imagem aos outros, portanto, interfere na subjetividade. Outro atributo característico de tal manifestação social se dirige às relações interpessoais, de modo que ficam menos estáveis, mais líquidas.

Bauman identifica que toda sociedade consome e teve que consumir – ou seja, o consumo percorre a história, todavia, a inovação de seu marco teórico se faz presente na centralidade do consumo na configuração líquido-moderna, portando-se como parte estruturante da vida social das pessoas.

Desta maneira, o consumo não se esgota como ato meramente voltado à satisfação dos desejos e/ou necessidade das pessoas; em contrapartida, visa à comodificação e recomodificação das pessoas, de maneira que torna os consumidores habilitados a serem vendidos. Entende-se por comodificar o ato de transformar o consumidor em mercadoria, apreendendo-se, desta constatação, a principal tese de Bauman, qual seja, de que na sociedade do consumo há a redução dos consumidores em mercadoria.¹³

Apreende-se, a partir dos conceitos de comodificação e recomodificação, a sucessiva necessidade dos indivíduos se atualizarem conforme a mudança das tendências sociais, ou seja, a personalidade perde autonomia em face da organização social, pois, enquanto mercadorias, as pessoas devem se manter atrativas para serem “consumidas”.¹⁴

Ainda sob essa perspectiva, articulando consumo, sociedade e mercadoria, vale destacar o estudo de Debord, quando destaca a sociedade do espetáculo. Guy Debord¹⁵ associa o espetáculo do capital, numa perspectiva de acumulação de bens que revelam a imagem do cidadão, o consumidor. Ou seja, na verdade, a mercadoria vale menos pelo seu uso, e vale mais, pelo que ela representa, ou seja, “o consumidor real torna-se consumidor de ilusões. A mercadoria é essa ilusão efetivamente real, e o espetáculo é sua manifestação geral”¹⁶. Nessa rota, bastante elucidativo, os ensinamentos do autor, quando articula o sentido de mercadoria e sua influência, numa perspectiva da mídia e sua interdependência com a imagem que ela revela:

A satisfação que a mercadoria abundante já não pode dar no uso começa a ser procurada no reconhecimento de seu valor como mercadoria: é o uso da mercadoria bastando em si mesmo; para o consumidor, é a efusão religiosa

¹² BAUMAN, Zygmunt. *Vida Para Consumo: A Transformação das Pessoas em Mercadoria*. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

¹³ BAUMAN, Zygmunt. *Vida Para Consumo: A Transformação das Pessoas em Mercadoria*. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

¹⁴ “Se hace explícito el paso del sujeto al objeto producto de consumo. El individuo adquiere cualidades que el mercado demanda como conditio sine qua non para alcanzar el éxito de la movilidad social que hace apenas medio siglo otorgaba el mundo del trabajo keynesiano”. VELÁZQUEZ, Ruslan Posadas. La vida de consumo o la vida social que se consume: apreciaciones sobre la tipología ideal del consumismo de Zygmunt Bauman. *Estudios Políticos*, México, v. 29, p. 115-127, ago. 2013.

¹⁵ DEBORD, Guy. *A sociedade do espetáculo*. Tradução: Estela dos Santos Abreu. Rio de Janeiro, Contraponto, 1997, p. 25.

¹⁶ DEBORD, Guy. *A sociedade do espetáculo*. Tradução: Estela dos Santos Abreu. Rio de Janeiro, Contraponto, 1997, p. 33.

diante da liberdade soberana da mercadoria. Ondas de entusiasmo por determinado produto, apoiado e lançado por todos os meios de comunicação, propagam-se com grande rapidez. Um estilo de roupa surge de um filme; uma revista lança lugares da moda, que por sua vez lançam as mais variadas promoções. No momento em que a massa de mercadoria caminha para a aberração (...), é a expressão do fato de o próprio aberrante tornar-se uma mercadoria especial.¹⁷

Assim, o caráter fundamental é que a sociedade se baseia apenas na situação de espetacularização¹⁸, isto é, na verdade há o adorno aos objetos, mercadoria, por meio dos quais há apenas, na verdade, um conjunto de imagens-objeto, uma produção para que a economia promova uma comercialização, crescente, onde o indivíduo deixa de ser identificado pelo ser para reconhecer no ter. É nessa sociedade que o jovem se vê aprisionado, sem que ele mesmo tenha condições de ver a degradação da sociedade onde está inserido

Importa, então, elucidar a elaboração teórica sobre o que se entende por mercadoria. Trata-se, em suma, de produto que vise ao mercado; portanto, não é pensado para suprir as necessidades, ou seja, não é um instrumento a serviço do indivíduo, mas, sim, objetiva a troca no mercado, de modo a atender a uma demanda. O modo de produção capitalista pauta a organização da vida social em torno do mercado, comportando a lógica da troca, valor de uso e valor de troca. Em tal modo de produção, as pessoas devem participar do mercado para sobreviver, subsistir.¹⁹

Ascendeu-se uma nova maneira de organizar socialmente o trabalho, com o capitalismo, deixando de ser apenas a coação física, como em organizações sociais pretéritas, para passar a ser integrado por meio de um salário- contrato entre sujeitos de direito. Deste modo, apreende-se que o trabalhador participa do mercado vendendo a sua única mercadoria, a saber, força de trabalho.²⁰

Constata-se que, no ponto de vista de compreensão dos indivíduos como mercadorias, as pessoas são estimuladas a entrar em competição e agregar valor à sua mercadoria (força de trabalho), de sorte a se tornarem atraentes aos consumidores (empregadores). Um exemplo prático de tal lógica é simbolizado pelo *currículo vitae*, entregue pelos concorrentes à determinada vaga ao empregador, que expõe as características do sujeito tal qual uma mercadoria, sendo comparado a um produto em venda pela rede mundial de computadores.²¹

Nada obstante, não é tão-só no mundo do trabalho que as pessoas se comportam como mercadoria. Em uma sociedade de consumo, tal lógica se expande para a formação da identidade e da personalidade. As pessoas passam a se desenvolver pensando como

¹⁷ DEBORD, Guy. *A sociedade do espetáculo*. Tradução: Estela dos Santos Abreu. Rio de Janeiro, Contraponto, 1997, p. 45.

¹⁸ DEBORD, Guy. *A sociedade do espetáculo*. Tradução: Estela dos Santos Abreu. Rio de Janeiro, Contraponto, 1997, p. 17.

¹⁹ BAUMAN, Zygmunt. *Vida Para Consumo: A Transformação das Pessoas em Mercadoria*. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

²⁰ MASCARO, Alysson Leandro. *Estado e Forma Política*. São Paulo: Boitempo, 2013.

²¹ BAUMAN, Zygmunt. *Vida Para Consumo: A Transformação das Pessoas em Mercadoria*. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

uma mercadoria que necessita ser vendida. Desta maneira, só conseguem desenvolver a identidade consumindo e sendo consumidas, uma vez que é preciso assumir a lógica do consumo para desenvolver as identidades e personalidades. Ato contínuo, a ação de consumir objetiva o aumento do valor agregado à sua própria mercadoria (imagem para si e para os outros). Na sociedade de consumidores, o consumo configura uma nova função, qual seja, a vendabilidade.²²

Nesta nova função, como anteriormente mencionado, os indivíduos são reduzidos à mercadoria, de modo a atuarem sempre visando a inserção na sociedade- seguindo padrões de comportamentos, de aparência e, sobretudo, adquirindo os produtos que estão em destaque social. Isto é, os sujeitos abdicam das suas personalidades para se adequarem a padrões estabelecidos- por vezes, pelo mercado-, como se se colocassem “à venda” na sociedade. O sujeito, portanto, passa a agir perseguindo a adequação social independentemente de suas necessidades.²³

No mais, sintomática é a provocação feita por Bauman: as mercadorias em um shopping center não são só os produtos da vitrine, mas, também, as pessoas- são mercadorias olhando para mercadorias, expostas à venda como se na vitrine estivessem. As redes sociais são entendidas como símbolos da lógica da mercadoria na sociedade líquido-moderna, sendo a maior vitrine de todas, haja vista que as pessoas querem ser consumidas pelas outras, olvidando-se da personalidade para se valorizarem como mercadoria.²⁴

Dentro desse cenário de estímulo exacerbado ao consumo estão os adolescentes. Já imersos em uma fase de mudanças físicas e biológicas precisam também lidar com um processo de aceitação social pautado em sua possibilidade de consumir. Não poder consumir representa não se adequar aos padrões impostos e se reconhecer como alguém inferior.

Além dos atributos já referidos sobre a sociedade de consumo, na sociedade líquido-moderna, especificamente na configuração atual, os meios de comunicação possuem um impacto sem precedentes. É por intermédio desses mecanismos que se dá a publicidade comercial, tão fundamental na época do consumismo.

Neste sentido, entende-se por publicidade comercial

o ato de comunicação, de índole coletiva, patrocinado por ente público ou privado, com ou sem personalidade, no âmbito de uma atividade econômica, com

²² BAUMAN, Zygmunt. *Vida Para Consumo: A Transformação das Pessoas em Mercadoria*. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

²³“En la sociedad de consumidores, los individuos deben convertirse en una inversión, para ello deben adquirir un valor para sí mismos, aumentando su atractivo como productos disponibles para ser poseídos en ese turbulento mar llamado mercado. En ese tenor, el mercado va a establecer una regla de oro: la de incluir y excluir individuos en función de su viabilidad y rentabilidad como valores de cambio”. VELÁZQUEZ, Ruslan Posadas. La vida de consumo o la vida social que se consume: apreciaciones sobre la tipología ideal del consumismo de zygmunt bauman. *Estudios Políticos*, México, v. 29, p. 115-127, ago. 2013.

²⁴ BAUMAN, Zygmunt. *Vida Para Consumo: A Transformação das Pessoas em Mercadoria*. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

a finalidade de promover, direta ou indiretamente, o consumo de produtos ou serviços.²⁵

Fato é que a publicidade decorre do próprio modo de produção, oriundo da evolução histórico-social, qual seja, o capitalismo, de modo que uma das formas utilizadas para atração do consumidor foi a publicidade.²⁶

Importa mencionar o abandono do caráter informativo para ascensão do persuasivo em razão do aprimoramento das técnicas que a transformaram em catalizadora do consumismo.²⁷

Em razão da configuração histórico-social hodierna, estruturada fundamentalmente pela lógica do consumo, especial ofício é atribuído à publicidade comercial, deixando de ser apenas algo secundário para, efetivamente, assumir uma feição central na vida social. Deste modo, os conteúdos publicitários acatam uma posição marcada pela autoridade de propagar o consumismo na subjetividade de cada qual, fomentando no indivíduo a vontade de consumir para além de suas necessidades básicas.²⁸

Indubitável é que a publicidade se faz presente visando persuadir o público-alvo, fomentando o consumo de certos bens e serviços, objetivando influências no comportamento do público e modificação de hábitos.²⁹

Ademais, nomeadamente em tempos de hiperconsumo, o instrumento publicitário é responsável por recriar as necessidades que o aparelho produtivo demanda visando permanecer ativo, acarretando a ausência de autonomia por parte do indivíduo e, ato contínuo, em um “poder soberano” da oferta. Nota-se que na manifestação social atual, em síntese, a publicidade assume um papel muito mais difuso, com presença (mas não, em regra, perceptível) em todos os interstícios da vida, de tal maneira a se apoderar de todos os espaços e assumir um papel de onipresença.³⁰

Diante da centralidade da publicidade na sociedade de consumo, especificamente em sua configuração hodierna, importa apontar que o direito se configurou de tal modo a acompanhar o fenômeno, fornecendo normativas sobre publicidade e comunicação comercial, sobretudo, dirigidas ao público infantil.

As normativas sobre publicidade e comunicação comercial infantil

²⁵ SERRANO, Vidal; SOUZA, Adriana Cerqueira de. A discussão legal da publicidade comercial dirigida ao público infantil. In: FONTENELLE, Lais. **Criança e Consumo: 10 anos de transformação**. São Paulo: Instituto Alana, 2016. p. 342- 353.

²⁶ SOUZA, Priscila Branco de; TESSARO, Eduardo Felipe. Publicidade infantil: uma análise sobre o papel do direito na proteção às crianças. **Instituto Alana**, São Paulo, v. 1, p. 1-20, nov. 2016.

²⁷ SOUZA, Priscila Branco de; TESSARO, Eduardo Felipe. Publicidade infantil: uma análise sobre o papel do direito na proteção às crianças. **Instituto Alana**, São Paulo, v. 1, p. 1-20, nov. 2016.

²⁸ EFING, A. C.; MOREIRA, A. C. T. Influenciadores mirins: reflexos da publicidade digital direcionada às crianças. *civilistica.com*, v. 10, n. 3, p. 1-18, 6 dez. 2021.

²⁹ MARQUES, Claudia Lima. Criança e consumo: contribuição ao estudo da vulnerabilidade das crianças no mercado de consumo brasileiro. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, São Paulo, v. 14/2018, p. 101-129, mar. 2018.

³⁰ LIPOVETSKY, Gilles. **A felicidade paradoxal: ensaio sobre a sociedade de hiperconsumo**. 2. ed. Tradução de: Maria Lucia Machado. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

Para a introdução de uma discussão mais aprofundada sobre a publicidade comercial dirigida ao público infantil, importa estabelecer que o ponto de partida do direito brasileiro é a consolidação do princípio da vulnerabilidade do consumidor, instrumento que objetiva resguardar uma certa igualdade formal-material aos sujeitos da relação de consumo.³¹ Tal princípio, nomeado como vulnerabilidade “geral”, está disposto no art. 4º, I, do CDC (LGL\1990\40), é presumido a atingir todos os consumidores.³²

Neste sentido, não há como ignorar que as crianças, nos tempos hodiernos, são partes de grande importância na dinâmica das relações de consumo. Em termos publicitários, são compreendidas como “público-alvo” de mensagens mercadológicas. São, em suma, consumidoras direta ou indiretamente.³³

A partir deste cenário, mister se faz entender a posição da criança no seio da relação de consumo como um centro de “hipervulnerabilidade”. Ou seja, há de se fazer um juízo de diferenciação para, então, atingir um certo patamar de igualdade: o público infantil, para além da vulnerabilidade inerente a todos os consumidores (artigo 4º, I, CDC.), apresenta a característica de formação contínua, de maneira a demandar a proteção integral e a absoluta prioridade – em termos constitucionais. Assim, há de ser feito, consoante termo designado por Cruz e Versuti³⁴, um “diálogo entre as fontes protetivas” visando a tutela de tal público.³⁵

Ademais, em termos concretos, os efeitos irradiados da publicidade infantil podem suscitar graves consequências, em razão do constante estado de desenvolvimento que marca a criança, visto que ainda não se encontra habilitada para compreender o caráter persuasivo e sublinear da publicidade.³⁶

Além do cenário já referido, é fato que nunca na história houvera tamanha imersão das crianças no consumo. Destarte, tem-se que o público infantil não detém mecanismos cognitivos para compreender, de forma plena, os artifícios de sedução utilizados pela publicidade.³⁷

³¹ CRUZ, Marco Aurélio Rodrigues da Cunha e; VERSUTI, Andrea Cristina. A hipervulnerabilidade das crianças nas relações de consumo no caso “é hora do shrek” (RESP 1.558.086). **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 117/2018, n. 15891, p. 323-359, maio 2018.

³² MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

³³ MARQUES, Claudia Lima. Criança e consumo: contribuição ao estudo da vulnerabilidade das crianças no mercado de consumo brasileiro. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, São Paulo, v. 14/2018, p. 101-129, mar. 2018.

³⁴ CRUZ, Marco Aurélio Rodrigues da Cunha e; VERSUTI, Andrea Cristina. A hipervulnerabilidade das crianças nas relações de consumo no caso “é hora do shrek” (RESP 1.558.086). **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 117/2018, n. 15891, p. 323-359, maio 2018.

³⁵ MARQUES, Claudia Lima. Criança e consumo: contribuição ao estudo da vulnerabilidade das crianças no mercado de consumo brasileiro. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, São Paulo, v. 14/2018, p. 101-129, mar. 2018.

³⁶ SOUZA, Priscila Branco de; TESSARO, Eduardo Felipe. Publicidade infantil: uma análise sobre o papel do direito na proteção às crianças. **Instituto Alana**, São Paulo, v. 1, p. 1-20, nov. 2016.

³⁷ TESSARO, Eduardo Felipe. A publicidade infantil e a obesidade: O papel do direito na proteção do cidadão. Berlin: Novas Edições Acadêmicas, 2014, p. 80.

Diante do retrato realizado sobre o estado da arte da publicidade comercial voltada ao público infantil, argumenta-se que esta necessita ser limitada e controlada ao ser direcionada ao público infantojuvenil, pois nesse período, a pessoa está em desenvolvimento físico e intelectual, não possuindo total capacidade de análise e discernimento sobre a sociedade de consumo e sobre o que o modo consumista de vida pode causar a si como indivíduo, assim como os efeitos que poderá gerar para o coletivo.³⁸

No âmbito constitucional há duas normativas que, embora indiretamente, tratam das questões da publicidade e das crianças, quais sejam, os artigos artigo 5º, XXXII e 227 da Constituição. O artigo 5º afirma ser dever do Estado promover a defesa do consumidor, enquanto o art. 227 a absoluta prioridade no respeito e promoção dos direitos das crianças. Especial atenção deve ser conferida ao termo “absoluta prioridade” presente no texto constitucional: em uma possível ponderação de valores entre a liberdade comercial e a prioridade no respeito aos direitos das crianças deve prevalecer, portanto, o direito das crianças.³⁹

Em outra esfera normativa, especificamente no Código de Defesa do Consumidor, o artigo 30 dispõe sobre a forma e requisitos de realização da publicidade, estatuinto a necessidade de ser “suficientemente precisa, veiculada por qualquer forma ou meio de comunicação com relação a produtos e serviços oferecidos ou apresentados”.⁴⁰

No mesmo diploma, há a presença do artigo 36, consolidando que a “publicidade deve ser veiculada de tal forma que o consumidor, fácil e imediatamente, a identifique como tal”⁴¹ Especial nota deve ser realizada em relação à situação das crianças e adolescentes no que toca à identificação da publicidade, em razão de, como supra retratado, apresentarem certa vulnerabilidade na captação das mensagens comerciais, uma vez que:

a criança é um ser em desenvolvimento e demandatária de especial proteção, não tendo condições de captar o conteúdo das mensagens publicitárias e, tampouco, defesas emocionais suficientemente formadas para perceber os influxos dos conteúdos persuasivos, praticamente em todas as situações, a publicidade comercial dirigida ao público infantil configurar-se-á abusiva e, portanto, ilegal.⁴²

A princípio, o artigo 37, parágrafo segundo, do Código de Defesa do Consumido⁴³r, fiel aos propósitos que animaram a sua criação, dispõe serem abusivas práticas

³⁸ EFING, Antônio Carlos. Fundamentos do direito das relações de consumo: consumo e sustentabilidade. Curitiba: Juruá, 2020, p. 271.

³⁹ SODRÉ, Marcelo. Duas palavrinhas importantes: uma ausente, outra presente. In: FONTENELLE, Lais. **Criança e consumo**: 10 anos de transformação. São Paulo: Instituto Alana, 2016. p. 298-371.

⁴⁰ BRASIL. Código de Defesa do Consumidor nº 8078, de 11 de setembro de 1990. **Lei**. Brasília, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm. Acesso em: 11 ago. 2022

⁴¹ BRASIL. Código de Defesa do Consumidor nº 8078, de 11 de setembro de 1990. **Lei**. Brasília, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm. Acesso em: 11 ago. 2022.

⁴² SERRANO, Vidal; SOUZA, Adriana Cerqueira de. A discussão legal da publicidade comercial dirigida ao público infantil. In: FONTENELLE, Lais. **Criança e Consumo**: 10 anos de transformação. São Paulo: Instituto Alana, 2016. p. 342- 353.

⁴³ BRASIL. Código de Defesa do Consumidor nº 8078, de 11 de setembro de 1990. **Lei**. Brasília, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm. Acesso em: 11 ago. 2022.

publicitárias que se aproveitem da deficiência de julgamento e experiência da criança. Neste sentido, Souza e Tessaro afirmam que:

Tanto o Código de Defesa do Consumidor, quanto o Estatuto da Criança e do Adolescente estabelecem a proteção integral da criança e do adolescente de forma a coibir atividades que busquem se aproveitar da falta de discernimento delas. A doutrina da proteção integral estabelecida no ECA consoante o disposto no art. 37, §2º do CDC determina a ilegalidade da publicidade que se aproveita da deficiência de julgamento da criança.⁴⁴

Ademais, a Resolução número 163 do CONANDA, Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente, estatui acerca da abusividade por parte da publicidade comercial dirigida a crianças visando a proteção de seus direitos, destacando em seu artigo segundo ser abusiva a ação que seja apta a persuadir a criança ao consumo. No entanto, cabe a advertência no sentido de que, em razão da não plenitude em termos de desenvolvimento da criança, elas não conseguem apresentar uma proteção ante o impulso publicitário, visto que não possuem os predicados sensoriais consolidados para a plena inteligência da publicidade.⁴⁵

Desta feita, a Resolução deve ser compreendida como uma garantia conferida às crianças (ROMÃO, 2016)⁴⁶, uma vez que utiliza como base um diálogo de fontes protetivas, assumindo o papel de “hipervulnerável” das crianças em termos de publicidade comercial, com alicerce jurídico- normativo nos art. 227 da Constituição Federal de 1988, artigos 2º, 3º, 4º e 86 da Lei 8.069/1990 e § 2º do art. 37 do CDC (LGL\1990\40).⁴⁷

Além dos dispositivos jurídicos mencionados, o controle de tais ações, no Brasil, ocorre por meio da autorregulação realizada pelo Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária (CONAR)⁴⁸, mediante o Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária (CBARP), não possuindo, no entanto, oponibilidade, ou

⁴⁴ SOUZA, Priscila Branco de; TESSARO, Eduardo Felipe. Publicidade infantil: uma análise sobre o papel do direito na proteção às crianças. **Instituto Alana**, São Paulo, v. 1, p. 1-20, nov. 2016

⁴⁵ SERRANO, Vidal; SOUZA, Adriana Cerqueira de. A discussão legal da publicidade comercial dirigida ao público infantil. In: FONTENELLE, Lais. **Criança e Consumo: 10 anos de transformação**. São Paulo: Instituto Alana, 2016. p. 342- 353.

⁴⁶ CRUZ, Marco Aurélio Rodrigues da Cunha e; VERSUTI, Andrea Cristina. A hipervulnerabilidade das crianças nas relações de consumo no caso “é hora do shrek” (RESP 1.558.086). **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 117/2018, n. 15891, p. 323-359, maio 2018.

⁴⁷ BRASIL. Código de Defesa do Consumidor nº 8078, de 11 de setembro de 1990. **Lei**. Brasília, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm. Acesso em: 11 ago. 2022

⁴⁸ O CONAR tem como objetivo, “impedir que a publicidade enganosa ou abusiva cause constrangimento ao consumidor ou a empresas e defender a liberdade de expressão comercial. Constituído por publicitários e profissionais de outras áreas, o CONAR é uma organização não-governamental que visa promover a liberdade de expressão publicitária e defender as prerrogativas constitucionais da propaganda comercial. Sua missão inclui, principalmente, o atendimento a denúncias de consumidores, autoridades, associados ou formuladas pelos integrantes da própria diretoria. As denúncias são julgadas pelo **Conselho de Ética**, com total e plena garantia de direito de defesa aos responsáveis pelo anúncio. Quando comprovada a procedência de uma denúncia, é sua responsabilidade recomendar alteração ou suspender a veiculação do anúncio. O CONAR não exerce censura prévia sobre peças publicitárias, já que se ocupa somente do que está sendo ou foi veiculado. Mantido pela contribuição das principais entidades da publicidade brasileira e seus filiados – anunciantes, agências e veículos –, tem sede na cidade de São Paulo e atua em todo o país. Foi fundado em 1980”. (CONAR/2022). Disponível em: <http://www.conar.org.br/> Acesso em: 1 julho 2022).

seja, não apresentando efeito vinculante. Tal ausência resulta no enfraquecimento da regulamentação por meio do CONAR.⁴⁹

Na verdade, o que se quer sustentar é que o CONAR não tem o condão nem a legitimidade coercitiva para impor que suas decisões possam ser exigidas. No entanto, é importante destacar que se trata de uma entidade que ajuda a filtrar um controle extrajudicial sobre os contornos ético-publicitários. O CONAR, por exemplo, não tem poder de decisão para suspender ou impedir uma dada publicidade de ser veiculada; por outro, suas posições sobre esta ou aquela mensagem publicitária repercutem na atividade dos profissionais que atuam na área da publicidade, assim, seus pareceres afetam e e contribuem para subsidiar os órgãos e poderes constituídos.

Vale ressaltar que o Conselho de Autorregulamentação Publicitária atua como uma organização da sociedade civil criada por entidades do mercado comercial nacional visando controlar a publicidade em território brasileiro, sustentado a partir de recursos oriundos de entidades e empresas privadas.

Neste âmbito, tem-se que

para participar das formulações de normas que regulem a atividade publicitária deve-se fazer parte do CONAR e essas regras somente recaem sobre seus associados, ou seja, agências de publicidade associadas ao Conselho são as que podem ser “reguladas” pelo CONAR. Desta forma, a autorregulamentação publicitária é enfraquecida em relação à legitimidade de suas decisões, já que não atinge a todos.⁵⁰

No atinente à publicidade dirigida ao público infanto-juvenil, a despeito de o CONAR apresentar oposição à vedação plena, em 2006, consentiu com a imperatividade de ofertar proteção ao público em questão, de modo a estabelecer novas restrição na Seção 11 do Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária⁵¹.

Em decorrência deste cenário de obstáculo à regularização da publicidade comercial dirigida ao público juvenil, torna-se evidente que inexistem, suficientemente, políticas públicas para estabelecer limites à publicidade infantil, em razão de fatores como interesses econômicos suscitados pela publicidade e o desejo dos anunciantes em manter a liberdade na forma publicitária.⁵²

⁴⁹ MONTEIRO, Maria Clara Sidou. A autorregulamentação em questão: a legitimidade do CONAR e a participação da esfera pública na discussão da publicidade para a criança. In: XXXV Congresso brasileiro de ciências da comunicação. 2012, Fortaleza. **Sociedade Brasileira de Estudos Interdisciplinares da Comunicação**. 2012. p. 1-15.

⁵⁰ MONTEIRO, Maria Clara Sidou. A autorregulamentação em questão: a legitimidade do CONAR e a participação da esfera pública na discussão da publicidade para a criança. In: XXXV Congresso brasileiro de ciências da comunicação. 2012, Fortaleza. **Sociedade Brasileira de Estudos Interdisciplinares da Comunicação**. 2012. p. 1-15.

⁵¹ Destaca-se na citada seção que a publicidade deve ser encarada como fator secundário na formação de cidadãos e consumidores conscientes e responsáveis. Ademais, cabe mencionar a vedação à imposição da noção de superioridade (ou inferioridade) relacionada ao consumo. O item 2, por sua vez, confere especial atenção à condição psicológica da criança, ou seja, a falta de discernimento completo, impondo à publicidade a devida atenção às características do público juvenil.

⁵² MONTEIRO, Maria Clara Sidou. A autorregulamentação em questão: a legitimidade do CONAR e a participação da esfera pública na discussão da publicidade para a criança. In: XXXV Congresso brasileiro de ciências da comunicação. 2012, Fortaleza. **Sociedade Brasileira de Estudos Interdisciplinares da Comunicação**. 2012. p. 1-15.

De qualquer forma, em que pese não seja substitutivo de políticas públicas, vale destacar que o CONAR já foi instado a se manifestar em detrimento de várias mensagens publicitárias envolvendo o público infantil. Uma delas relata a situação de uma mensagem publicitária que foi sugerida sua suspensão pelo órgão, quando se depara com a situação de criança que é hostilizada por outra porque não tem um dado bem de consumo⁵³ e que cujo tema muito se afina ao presente estudo.

Há, pois, um descontentamento à regulamentação hodierna e demanda por políticas com uma maior eficácia.

Contribuições criminológicas para o debate

Para compreender a razão determinante que enseja a relação entre criminalidade patrimonial, juventude e lógica do consumo, é imperativo a utilização de teorias criminológicas para consolidação de um aporte teórico, especificamente a partir da teoria da anomia, de Robert Merton⁵⁴, cuja produção se deu nos Estados Unidos da América, em meados do início do século XX, visando conferir certo embasamento teórico aos apontamentos a serem realizados sobre a temática.

⁵³ Na Representação nº 131/92, o Conar, mediante queixa do Consumidor, ante a mensagem publicitária que apresentava a ‘tesoura Mikey e Minie’, e o cenário era retratado por um menino e uma menina, que repetem a respeito do produto, um mote: “- Eu tenho....você não tem...!”. Assim, a denúncia, inspirada em queixa de consumidor que viu no comercial uma implícita inferioridade da criança que não possuía o produto, fundamentou-se nos artigos 1º, 3º, 6º, 37, “caput” e 1º, 2º e 37, letras “a”, “b”, “d”, “e” e “f”, do Código Brasileiro de Auto-Regulamentação Publicitária. A partir da síntese apartada desse fato, que muito se acomoda ao presente estudo, assim foi o parecer do CONAR de lavra de Pedro Kassab: “A tesoura anunciada é evidentemente desejável pela criança, de modo bastante generalizado. Esse pressuposto é óbvio na publicidade examinada. Assim, pelo menos para um grande número de crianças que não a possuem, o motivo é a impossibilidade; desde a de natureza econômica até a que decorre da escolha de outro produto congênere por seus pais ou responsáveis. Seja qual for a razão, muitas dessas crianças ficam frustradas e sentem-se inferiorizadas em relação às que têm o objeto. Aí está o problema. A publicidade, principalmente em televisão, revolve-lhes a ferida. Aprofunda-lhes o desgosto e dá dimensões muito grandes àquilo que se limitaria, dentro dos fatores reais, a um número muito restrito de outras crianças que convivem diretamente com a que ostenta suas “vantagens”. Há muitos aspectos inerentes à publicidade que permitem identificá-la como uma parte do processo educacional, tomado este em sua maior abrangência. Ela busca a rápida difusão de informações, para que todos se beneficiem, o mais possível, do que a ciência, a tecnologia e a técnica vão criando continuamente. Na criança, ser humano em desenvolvimento e formação, a publicidade - e com maior força é a da televisão - penetra nesse processo; se for adequada, é um ingrediente da formação geral, que significa também a possibilidade de influência negativa e deformadora, quando não a for. Este último caso existe, por exemplo, quando a prática de caçoar provocadoramente é apresentada de modo complacente ou mesmo valorizada, em lugar de merecer a orientação esclarecedora e educativa que requer, assim como se passa na vida normal de um, quando surge atitude comumente denominada “deboche”. Não se pode justificar a destruição da solidariedade humana, e de seu cuidadoso cultivo, em nome da competição saudável ou da emulação leal e construtiva; principalmente quando a questão se refere a crianças, cuja falta de amadurecimento e inexperiência podem favorecer a absorção do mau exemplo e sua imitação. Consideramos existir, na realidade, o fato de que a publicidade reproduz; a nosso ver, todavia, é tão inaceitável como a agressão física ou outras formas de injúria, que também constituem realidades da vida. Aplica-se, a nosso ver, a sanção prevista na letra “c” do Art. 50 do Código Brasileiro de Auto-Regulamentação Publicitária. É o nosso voto” (grifos nosso) (CONAR. Caderno 4. Caso 33. Representação 131/1992. Rel. Pedro Kassab. Disponível em: <http://www.conar.org.br/> Acesso 1 julho 2022).

⁵⁴ MERTON, Robert. Social Structure and anomie. *American Sociological Review*, 1938.

De início, tem-se que, Robert King Merton,⁵⁵ por intermédio de sua célebre obra “*Social Structure and Anomy*”, sob influência de Durkheim,⁵⁶ Parsons⁵⁷ e, sobretudo, das condições materiais da sociedade estadunidense à época, teoriza sobre a relação entre criminalidade e estrutura social. Fato é que seus estudos criminológicos discutiam como o chamado “*american way of life*” afetaria os jovens das camadas mais populares.⁵⁸

Objetivando uma atualização dos estudos de Durkheim⁵⁹, os quais analisavam as mudanças sociais e a falta de acompanhamento das regras (para, então, surgir a anomia), Merton identifica que os fins sociais, quais sejam, bem-estar e sucesso econômico, e os caminhos por meio dos quais eles poderiam ser atingidos existentes nas sociedades contemporâneas, possibilitaria o surgimento da anomia e do comportamento desviante.

Deste modo, na sociedade americana, haveria uma centralidade nas metas sociais, influenciadas pela cultura dominante consumista⁶⁰, de tal maneira que a estrutura social estava limitada para o alcance de tais metas, ou seja, não apresentaria condições aptas ao alcance de tais metas. Dá-se, portanto, a situação de anomia, essencialmente a partir da contradição entre cultura- refletida nas metas sociais- e estrutura social de uma determinada sociedade.⁶¹

Assim, por meio de uma interpretação original, Merton desenvolve o argumento duplo que é cultural e estrutural, elucidando o porquê das taxas de criminalidade e da super-representação das camadas menos favorecidas da estrutura social. Neste sentido, a distribuição da criminalidade foi entendida como reflexo da distribuição de oportunidades legítimas- ou seja, na ausência de meios legítimos para alcance das metas socialmente estabelecidas-, de sorte que Merton⁶² foi responsável por deslocar a visão conformada em buscar “um indivíduo criminoso- próprio à Escola Positiva, que teve em Lombroso um de seus principais nomes-, voltando-o para os fatores criminógenos inerentes à estrutura social”.⁶³

⁵⁵ MERTON, Robert. *Social Structure and anomie*. American Sociological Review, 1938.

⁵⁶ DURKHEIM, Émile. **As Regras do Método Sociológico**. Petrópolis: Editora Vozes, 2019. Tradução de: Maria Ferreira

⁵⁷ PARSONS, Talcott. **Social Structure & Person**. S.A: Free Press, 2010.

⁵⁸ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Criminologia: contribuição para crítica da economia da punição*. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2021.

⁵⁹ DURKHEIM, Émile. **As Regras do Método Sociológico**. Petrópolis: Editora Vozes, 2019. Tradução de: Maria Ferreira

⁶⁰ The first consists of culturally defined goals, purposes and interests, held out as legitimate objectives for all or for diversely located members of the society. The goals are more or less integrated—the degree is a question of empirical fact—and roughly ordered in some hierarchy of value.

⁶¹ MERTON, Robert. *Social Structure and anomie*. American Sociological Review, 1938.

⁶² “There persists a notable tendency in sociological theory to attribute the malfunctioning of social structure primarily to those of man’s imperious biological drives which are not adequately restrained by social control... This point of view, whatever its other deficiencies, clearly begs one question. It provides no basis for determining the nonbiological conditions which induce deviations from prescribed patterns of conduct. In this paper, it will be suggested that certain phases of social structure generate the circumstances in which infringement of social codes constitutes a “normal” response.” MERTON, Robert. *Social Structure and anomie*. American Sociological Review, 1938.

⁶³ COSTA, Domingos Barroso da. *Criminalidade e violência na sociedade de consumo: uma abordagem interdisciplinar*. Revista Bonijuris, Curitiba, v. 21, n. 550, p. 14-19, set. 2009.

Por intermédio das referidas conclusões, Merton não propõe uma teoria geral do crime- enquanto leitura a todos os fatos definidos como crimes praticados, mas, sim, uma série de respostas possíveis aos conflitos, todas se utilizando da tipologia da adaptação, fornecendo cinco maneiras diferentes para responder aos conflitos entre meios e metas, também conhecidos como modelos de adequação individual. Esses modelos variam de acordo com a atitude dos sujeitos em relação ao conflito entre fins e meios sociais.

Deste modo, há aqueles que se conformam, aceitando as metas e os meios sociais estabelecidos, configurando a adaptação conformista; tal adaptação, à partida, não apresenta relevo para a análise da criminalidade. Restam quatro adaptações erigidas pela não conformação individual em relação aos meios ou fins sociais: a) inovação, que consiste na aplicação de meios ilegítimos para a realização de metas culturais socialmente desejadas; neste modelo, o indivíduo aceita o acúmulo de riquezas enquanto fim social, mas inova nos meios selecionados para atingi-las, isto é, faz uso de instrumentos socialmente não reconhecidos ou validados. b) ritualismo, que compreende o desaparecimento de fins sociais consolidados, mas novos meios se tornam essenciais. c) escapismo, em que há rejeição de meios e metas estabelecidos. d) rebelião, não apenas se negando meios e metas, mas resultando em substituição, como revoluções.⁶⁴

Para Baratta⁶⁵, ao realizar um estudo sobre a teoria de Merton, os ilícitos relacionados ao patrimônio, sob a visão estrutural-funcionalista, estariam inscritos no modelo tipológico de adequação individual denominado inovação, à medida em que correspondem à adesão aos fins culturais- sobretudo, a meta cultural relativa à riqueza-, sem o respeito aos meios institucionais disponíveis, ou seja, é feito uso da criminalidade, enquanto meio socialmente repellido, para alcançar os fins sociais- hodiernamente, difundidos por meio da publicidade.⁶⁶

Neste sentido, conforme a teoria de Merton sobre a tipologia da inovação sobre a possível resposta aos fins socialmente estabelecidos:

A grande ênfase cultural na meta de sucesso convida a esse modo de adaptação através do uso de meios institucionalmente proscrios, mas muitas vezes eficazes, de alcançar pelo menos o simulacro de riqueza e poder de sucesso. Essa resposta ocorre quando o indivíduo assimilou a ênfase cultural sobre a meta sem internalizar igualmente as normas institucionais que governam as formas e os modos de sua realização⁶⁷

⁶⁴ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Criminologia: contribuição para crítica da economia da punição*. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2021.

⁶⁵ BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal*. 6. ed. Tradução de Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

⁶⁶ Contemporary American culture appears to approximate the polar type in which great emphasis upon certain success-goals occurs without equivalent emphasis upon institutional means (MERTON, P. 204, 1938)

⁶⁷ Great cultural emphasis upon the success-goal invites this mode of adaptation through the use of institutionally proscribed but often effective means of attaining at least the simulacrum of success wealth and power. This response occurs when the individual has assimilated the cultural emphasis upon the goal without equally internalizing the institutional norms governing ways and means for its attainment (MERTON, 1938, p.210)

Ao transportar as contribuições de Merton ao contexto brasileiro marcado historicamente pela desigualdade social, afirma-se que a predominância da prática de atos infracionais de natureza patrimonial sugere um descompasso entre os fins e meios sociais. No cenário de hiperconsumo, em atual presença no Brasil, os fins sociais permanecem relacionados ao ato de consumir e à acumulação de riqueza; no entanto, na sociedade brasileira, particularmente, as oportunidades de ascensão social por meios legítimos são mínimas, fomentando a eleição de outros instrumentos, tal como a prática de atos infracionais atinentes à subtração de coisas alheias. Fato é que a manifestação atual da sociedade de hiperconsumo não modifica materialmente as metas sociais pensadas por Merton no contexto estadunidense, porém, por meio da publicidade, há um agravamento de tais metas- ou seja, passam a ser, subjetivamente, mais poderosas do ponto de vista de atrair os indivíduos.

Em outro aspecto da questão, quanto ao desenvolvimento da criança, há de se ressaltar que em torno dos dez ou doze anos de idade, a despeito de já ter adquirido diversos elementos relativos à sua autoimagem, estes ainda são inconsistentes e carentes de uma unidade particular. Entretanto, a criança ainda não tem nenhum compromisso muito firme com qualquer desses elementos e não existem intenções de que eles se tornem objetivos a longo prazo ou um estilo de vida permanente. Não obstante, com o início da adolescência, tudo isso é mudado e durante os poucos anos seguintes há uma crescente pressão para que ele desenvolva uma identidade unificada que represente valores básicos e compromissos permanentes⁶⁸. Poder ou não consumir, integrar-se aos seus pares e a prática ilícita são mais do que meras opções, mas ações que se colam à identidade buscada ou imposta ao jovem. Isto é, conforme a tipologia da inovação, a instrumentação do crime ocorreria como resposta à contradição entre fins e meios sociais, negando a leitura de tais atos como mera “opção”.

Ainda que a teoria de Merton seja de imensurável importância para teorizar sobre o envolvimento dos jovens com os ilícitos patrimoniais, razão pela qual justificou-se a menção, o autor deixa de fora de suas reflexões o debate sobre os processos de criminalização influenciados pela posição social do sujeito na estratificação social⁶⁹. No entanto, para a elaboração teórica sobre a relação entre sociedade de consumo e criminalidade patrimonial juvenil, apresentam certo poder explicativo.

Resta evidente, diante do exposto, que a influência da cultura de consumo, sobretudo, por meio da propagação da comunicação mercadológica, estruturalmente abusiva por adentrar na subjetividade dos jovens, em relação à prática de crimes patrimoniais é marcante. No mesmo sentido, elucida Costa⁷⁰ que a falta de uma instância superior para tutelar o desequilíbrio das relações econômicas e sociais suscita efeitos perversos.

⁶⁸ ARGYLE, Michael. *A interação social: relações interpessoais e comportamento social*. Tradução de Márcia Bandeira de Mello Leite Nunes. Rio de Janeiro: Zahar, 1976.

⁶⁹ A crítica à intervenção realizada pelo sistema penal, que recai majoritariamente sobre os grupos sociais mais vulneráveis será objeto das teorias do *labelling approach* e crítica, surgidas posteriormente, nas décadas de 1960 e 1970, respectivamente.

⁷⁰ COSTA, Domingos Barroso da. *Criminalidade e violência na sociedade de consumo: uma abordagem interdisciplinar*. Revista Bonijuris, Curitiba, v. 21, n. 550, p. 14-19, set. 2009.

O adolescente passa por um momento de construção de sua identidade e o fato de não se enquadrar nos padrões estabelecidos pela lógica do consumo afetam sobremaneira a sua autoestima e sua autopercepção. Neste contexto, o crime se torna um caminho possível e apto ao alcance do prestígio social almejado.

Hipoteticamente, utilizando-se do aporte mertoniano⁷¹ as metas sociais atribuídas ao jovem, ou seja, consumir para estar inscrito na sociedade, e a falta de meios para atingi-los, isto é, falta de recursos financeiros para consumir, impacta no cometimento de ilícitos patrimoniais pelos jovens.

Faz-se inegável a constatação de que a pobreza, sobretudo cumulada com a cultura de consumo, acaba por catalisar, entretanto não determinar, a demasiada prática de atos infracionais de natureza patrimonial, visto que ações delituosas acabam sendo postuladas como meio necessário à obtenção de certos produtos por parte dos jovens. Em um país com acentuada desigualdade social como no caso brasileiro, tal fator deve ser posto em consideração no cotejo dos dados oficialmente disponíveis.

Portanto, fato é que a sociedade de consumo, a partir da sua cultura consumista e a exclusão social dos “não consumidores”, pode ser entendida como uma das determinações que ensejam a prática de ilícitos relacionados ao patrimônio, de tal modo que catalisa na procedência para alcançar os fins sociais por meio de atividades configuradas como criminosas.⁷²

Conclusão

Os dados que constam do levantamento Anual do SINASE (2018)⁷³ e do 8º Anuário de Segurança Pública (2014)⁷⁴ demonstram, de forma indubitável, como visto, a prevalência da prática de atos infracionais relacionados ao patrimônio e às drogas.

Partindo de tal base, almejou-se estabelecer se há ou não relação entre a prática de atos infracionais, o estímulo ao consumo, bem como as normativas que regulam a publicidade infantil e o poder de tal tipo publicitário na subjetividade dos jovens.

Deste modo, entende-se que há relação entre a cultura consumista e a prática de atos infracionais; para além disto, a publicidade, em razão da hipervulnerabilidade infantil, ou seja, cumulando a posição de consumidora e pessoa em formação, é preponderante no estímulo ao consumo, suscitando o fato de que determinados jovens,

⁷¹ MERTON, Robert. *Social Structure and anomie*. American Sociological Review, 1938.

⁷² COSTA, Domingos Barroso da. *Criminalidade e violência na sociedade de consumo: uma abordagem interdisciplinar*. Revista Bonijuris, Curitiba, v. 21, n. 550, p. 14-19, set.. 2009.

⁷³ BRASIL. Ministério dos Direitos Humanos (MDH). *Levantamento anual Sinase 2016*. Brasília: Ministério dos Direitos Humanos, 2018. Disponível em <https://www.mdh.gov.br/navegue-por-temas/crianca-eadolescente/Levantamento_2016Final.pdf> Acesso em 4 out. 2019. Brasil. Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos (MMFDH).

⁷⁴ LIMA, Renato Sérgio de; BUENO, Samira (org.). *Anuário Brasileiro de Segurança Pública*. 8. ed. São Paulo: Brasil, 2014.

por conta de sua realidade econômica, acabam se instrumentalizando da criminalidade como meio para alcançar determinados produtos.

Em razão dessa posição, fundamental a observância das regras previstas na Constituição Federal, no Código de Defesa do Consumidor e das Resoluções do CONANDA sobre a temática, de modo a garantir a proteção integral das crianças e adolescentes consumidores.

Em relação à análise criminológica do fenômeno, nada obstante as críticas que devem ser realizadas ao estrutural-funcionalismo, a estrutura social, sobretudo no contexto brasileiro, permanece não fornecendo meios socialmente adequados para a consecução dos fins postos; no caso da sociedade de consumo: a aquisição de produtos.

REFERÊNCIAS

ARGYLE, Michael. *A interação social: relações interpessoais e comportamento social*. Tradução de Márcia Bandeira de Mello Leite Nunes. Rio de Janeiro: Zahar, 1976.

BAUMAN, Zygmunt. *Vida Para Consumo: A Transformação das Pessoas em Mercadoria*. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal*. 6. ed. Tradução de Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BRASIL. Lei nº 12594, de 18 de janeiro de 2012. *Lei do Sinase*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12594.htm. Acesso em: 11 ago. 2022.

BRASIL. Presidência da República. Secretaria de Direitos Humanos (SDH). *Levantamento anual sinase 2013*. Brasília: Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República, 2015. Disponível em: http://ens.ceag.unb.br/sinase/ens2/images/conteudo/levantamentos/Levantamento_2013_junho2015_Vers%C3%A3o_Restri%C3%A7%C3%A3o%20e%20Priva%C3%A7%C3%A3o%20de%20Liberdade.pdf. Acesso em: 10 ago. 2022.

BRASIL. Ministério dos Direitos Humanos (MDH). *Levantamento anual sinase 2015*. Brasília: Ministério dos Direitos Humanos, 2018. Disponível em: http://ens.ceag.unb.br/sinase/ens2/images/conteudo/levantamentos/Levantamento_2015.pdf. Acesso em: 10 ago. 2022.

BRASIL. Ministério dos Direitos Humanos (MDH). *Levantamento anual Sinase 2016*. Brasília: Ministério dos Direitos Humanos, 2018. Disponível em < https://www.mdh.gov.br/navegue-por-temas/crianca-eadolescente/Levantamento_2016Final.pdf> Acesso em 4 out. 2019. Brasil. Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos (MMFDH).

BRASIL. *Código de Defesa do Consumidor* nº 8078, de 11 de setembro de 1990. Lei. Brasília, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm. Acesso em: 11 ago. 2022

CIFALI, A. C.; CHIES-SANTOS, M.; ALVAREZ, M. C. Justiça juvenil no Brasil: Continuidades e rupturas. *Tempo Social, [S. l.]*, v. 32, n. 3, p. 197-228, 2020. DOI: 10.11606/0103-2070.ts.2020.176331. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/ts/article/view/176331>. Acesso em: 11 ago. 2022.

COSTA, Domingos Barroso da. *Criminalidade e violência na sociedade de consumo: uma abordagem interdisciplinar*. Revista Bonijuris, Curitiba, v. 21, n. 550, p. 14-19, set. 2009.

CRUZ, Marco Aurélio Rodrigues da Cunha e; VERSUTI, Andrea Cristina. A hipervulnerabilidade das crianças nas relações de consumo no caso “é hora do shrek” (RESP 1.558.086). *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 117/2018, n. 15891, p. 323-359, maio 2018.

DEBORD, Guy. *A sociedade do espetáculo*. Tradução: Estela dos Santos Abreu. Rio de Janeiro, Contraponto, 1997.

DURKHEIM, Émile. *As Regras do Método Sociológico*. Petrópolis: Editora Vozes, 2019. Tradução de: Maria Ferreira

EFING, Antônio Carlos. *Fundamentos do direito das relações de consumo: consumo e sustentabilidade*. Curitiba: Juruá, 2020, p. 271.

EFING, A. C.; MOREIRA, A. C. T. Influenciadores mirins: reflexos da publicidade digital direcionada às crianças. *civilistica.com*, v. 10, n. 3, p. 1-18, 6 dez. 2021.

FONTENELLE, Lais. *Criança e Consumo: 10 anos de transformação*. São Paulo: Instituto Alana, 2016.

LIMA, Renato Sérgio de; BUENO, Samira (org.). *Anuário Brasileiro de Segurança Pública*. 8. ed. São Paulo: Brasil, 2014.

LIPOVETSKY, Gilles. *A felicidade paradoxal: ensaio sobre a sociedade de hiperconsumo*. 2. ed. Tradução de: Maria Lucia Machado. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MARQUES, Claudia Lima. Criança e consumo: contribuição ao estudo da vulnerabilidade das crianças no mercado de consumo brasileiro. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, São Paulo, v. 14/2018, p. 101-129, mar. 2018.

MASCARO, Alysson Leandro. *Estado e Forma Política*. São Paulo: Boitempo, 2013.

MERTON, Robert. *Social Structure and anomie*. American Sociological Review, 1938.

MONTEIRO, Maria Clara Sidou. *A autorregulamentação em questão: a legitimidade do CONAR e a participação da esfera pública na discussão da publicidade para a criança*. In: XXXV Congresso Brasileiro de Ciências da Comunicação. 2012, Fortaleza. Sociedade Brasileira de Estudos Interdisciplinares da Comunicação. 2012. p. 1-15.

ROMÃO, José Eduardo Elias. *Sobre o exercício do direito à comunicação por crianças: os casos da resolução 163 do CONANDA e da nova classificação indicativa*. In: FONTENELLE, Lais. Criança e Consumo: 10 anos de transformação. São Paulo: Instituto Alana, 2016. p. 318 – 341.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Criminologia: contribuição para crítica da economia da punição*. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2021

SERRANO, Vidal; SOUZA, Adriana Cerqueira de. *A discussão legal da publicidade comercial dirigida ao público infantil*. In: FONTENELLE, Lais. *Criança e Consumo: 10 anos de transformação*. São Paulo: Instituto Alana, 2016. p. 342- 353.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Sistema de Garantias e o Direito Penal Juvenil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008

SODRÉ, Marcelo. *Duas palavrinhas importantes: uma ausente, outra presente*. In: FONTENELLE, Lais. *Criança e consumo: 10 anos de transformação*. São Paulo: Instituto Alana, 2016. p. 298-371.

SOTTO MAIOR NETO, Olympio de Sá. *Garantias penais do adolescente autor de ato infracional*. In: ILANUD et al (Org.). *Justiça, adolescente e ato infracional: socio-educação e responsabilização*. São Paulo: ILANUD, 2006. p. 123-149

SOUZA, Priscila Branco de; TESSARO, Eduardo Felipe. *Publicidade infantil: uma análise sobre o papel do direito na proteção às crianças*. Instituto Alana, São Paulo, v. 1, p. 1-20, nov. 2016.

TESSARO, Eduardo Felipe. *A publicidade infantil e a obesidade: O papel do direito na proteção do cidadão*. Berlin: Novas Edições Acadêmicas, 2014.

VELÁZQUEZ, Ruslan Posadas. *La vida de consumo o la vida social que se consume: apreciaciones sobre la tipología ideal del consumismo de zygumt bauman*. **Estudios Políticos**, México, v. 29, p. 115-127, ago. 2013.

Data de Recebimento:

Data de Aprovação:

DA TERCEIRIZAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS: LIMITAÇÃO À EXECUÇÃO INDIRETA DE ATIVIDADES PÚBLICAS

OUTSOURCING OF PUBLIC SERVICES: LIMITATION TO THE INDIRECT EXECUTION OF PUBLIC ACTIVITIES

Gustavo Henrique Paschoal^{1*}

RESUMO

O artigo objetiva analisar a terceirização irrestrita, considerada constitucional pelo STF a partir do julgamento da ADPF nº 324 e do RE nº 958.252, e sua compatibilidade com o concurso público, em vista do julgamento do RE nº 760.931. Inicia com a análise da adoção do modelo gerencial de administração pelo Brasil com a edição do Decreto-Lei nº 200/1967, que permitiu a execução indireta de serviços públicos como forma de melhorar os serviços prestados aos administrados. Em seguida, passa-se ao estudo da terceirização no Brasil e, em especial, na Administração Pública, tratando da necessidade de licitação para contratação dos trabalhadores terceirizados, e da responsabilidade do Poder Público pelos haveres laborais não pagos por seus contratados. Ao final, trata da compatibilização da terceirização irrestrita com a regra do concurso público, sendo necessária a regulamentação do instituto para sua correta aplicação, o que, na esfera federal, foi concretizado pelo Decreto nº 9.507/2018.

Palavras-Chave: Terceirização; Serviços Públicos; Modernização; Limitações; Responsabilidade.

ABSTRACT/ RESUMEN

The article aims to analyze unrestricted outsourcing, considered constitutional by the STF from the judgment of ADPF nº 324 and RE nº 958.252, and its compatibility with the public tender, in view of the judgment of RE nº 760.931. It begins with the analysis of the adoption of the managerial model of administration by Brazil with the enactment of Decree-Law nº 200/1967, which allowed the indirect execution of public services as a way of improving the services provided to those administered. Then, we move on to the study of outsourcing in Brazil and, in particular, in the Public Administration, dealing with the need for bidding for contracting outsourced workers, and the responsibility of the Government for the labor assets not paid by its contractors. In the end, it deals with the compatibility of unrestricted outsourcing with the public tender rule, requiring the regulation of the institute for its correct application, which, at the federal level, was implemented by Decree No. 9.507/2018.

Key-words: Outsourcing; Public services; Modernization; Limitations; Responsibility.

INTRODUÇÃO

¹ Doutor em Ciência Jurídica – UENP, Mestre em Direito Constitucional – ITE, Especialista em Direito e Processo do Trabalho – UNIVEM. Professor dos cursos de pós-graduação do ProJuris Cursos Jurídicos, UNIMAR, UniToledo, Toledo Prudente e UEPG. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3792193627271559>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-0529-9254>. E-mail: ghpaschoal1981@gmail.com.

O tema da terceirização encontra-se, não raras vezes, cercado de polêmicas, especialmente quando vem à tona a dicotomia geração de novos postos de trabalho x proteção dos direitos dos trabalhadores. Enquanto os defensores da terceirização argumentam a habilidade do instituto em aumentar o número de postos de trabalho disponíveis, os críticos embatem-se sobre a precarização de direitos laborais historicamente conquistados a partir do momento em que um trabalhador é contratado por meio da terceirização.

Os debates em torno do tema acirraram-se quando da publicação das Leis Federais nº 13.429/2017 e nº 13.467/2017, as quais, ao introduzirem modificações na Lei Federal nº 6.019/1974, passaram a autorizar o que a doutrina e a jurisprudência chamam de terceirização irrestrita, isto é, a possibilidade de o empregador relegar a terceiros não só as atividades descritas na Súmula nº 331 do TST – vigilância, conservação, limpeza e atividades-meio – como também as chamadas atividades-fim, o que, de um modo geral, possibilita a terceirização de todas as atividades desenvolvidas pelo empregador.

Levando-se em conta que a terceirização, por força do Decreto-Lei nº 200/1967, é possível também no âmbito da Administração Pública, a decisão proferida pelo STF na ADPF nº 324 e no RE nº 958.252 tem reflexos na organização administrativa de pessoal da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, pois abre nova possibilidade de admissão de trabalhadores para execução de atividades típicas da Administração Pública, tendo sido tal questão apreciada pelo STF no julgamento do RE nº 760.931.

Em âmbito federal, foi editado o Decreto nº 9.507/2018, que disciplina a terceirização no serviço público federal, delimitando, inclusive, os cargos que podem e os que não podem ser relegados à execução indireta. Ressalte-se, contudo, que o referido decreto aplica-se unicamente à esfera federal, não sendo possível a extensão de seus efeitos aos demais entes da federação, cabendo a Estados, Distrito Federal e Municípios a edição de normas próprias para regulamentar a terceirização e serviços públicos.

Desta forma, o objetivo da presente pesquisa é responder aos seguintes problemas: é possível compatibilizar a terceirização irrestrita com a regra constitucional do concurso público? Pode a Administração Pública promover a terceirização de todos os cargos existentes em sua estrutura ou existem limites que devem ser observados, aos moldes do Decreto Federal nº 9.507/2018, o qual disciplina a terceirização na esfera federal?

Da adoção do modelo administrativo gerencial

A Administração Pública no Brasil, ao longo do tempo, organizou-se de diversas maneiras diferentes, refletindo em todos os casos, o momento histórico pelo qual passava o país, ora com maiores restrições, ora com maior liberdade. Desde o modelo patriarcal do império até o advento do atual modelo gerencial, foram muitas as tentativas de aperfeiçoar o modelo de gestão da coisa pública no Brasil.

A edição do Decreto-Lei nº 200/1967 marcou a tentativa inicial de promover a transição entre o modelo patriarcal de gestão da coisa pública, permeado especialmente pelo clientelismo, para um modelo gerencial, que vê o Estado como um prestador de serviços e o administrado como cliente, numa tentativa de incutir na esfera administrativa valores próprios da cultura empresarial privada. Nesse sentido escreve Klicia Maria Silva Guimarães²:

² GUIMARÃES, Klicia Maria Silva. *Uma proposta de modelo gerencial para Administração Pública: caso Brasil*, Tese de Doutorado, Universitat de les Illes Balears, 2004. Disponível em <https://www.tdx.cat/handle/10803/9420#page=1>. Acesso em 15 fev 2022.

O usuário dos serviços públicos deve ser visto dentro dos princípios de uma empresa privada, como verdadeiro cliente, no sentido de que a relação Administração/Cidadão, deixa de ser uma relação de subordinação e passa a ser uma relação de igualdade. A capacitação e modernização administrativas, quando se tornam ações concretas, obtêm-se resultados com qualidade e eficiência, melhorando o atendimento, informação, comunicação e a receptividade. Infelizmente, ainda não atingimos as aspirações que a sociedade exige e estamos, ainda, presos a alguns motivos clássicos.

Um dos principais méritos do Decreto-Lei nº 200/1967 foi promover a chamada descentralização administrativa, numa clara tentativa de “enxugar” a “máquina pública” a partir da redistribuição das competências administrativas a órgãos menores e de atuação mais limitada, além, é claro, da delegação de atividades administrativas a particulares, por meio de delegação (art. 6º, inc. III e IV). Escreve Luís Carlos Bresser-Pereira³:

Em consequência da captura por interesses privados, que acompanhou o grande crescimento do Estado, e do processo de globalização, que reduziu sua autonomia, desencadeou-se a crise do Estado, cujas manifestações mais evidentes foram a crise fiscal, o esgotamento das suas formas de intervenção e a obsolescência da forma burocrática de administrá-lo. A crise fiscal definia-se pela perda em maior grau de crédito público e pela incapacidade crescente do Estado de realizar uma poupança pública que lhe permitisse financiar políticas públicas. A crise do modo de intervenção manifestou-se de três formas principais: a crise do welfare state no primeiro mundo, o esgotamento da industrialização por substituição de importações na maioria dos países em desenvolvimento, e o colapso do estatismo nos países comunistas. A superação da forma burocrática de administrar o Estado revelou-se nos custos crescentes, na baixa qualidade e na ineficiência dos serviços sociais prestados pelo Estado através do emprego direto de burocratas estatais.

Ao promover a descentralização das decisões administrativas, o Decreto-Lei nº 200/1967 tratou de dar agilidade às ações da Administração Pública, levando-se em conta que, com a criação de órgãos públicos com competências mais específicas, a tendência lógica era que as expectativas dos administrados passassem a ser atendidas com mais presteza e, conseqüentemente, com maior precisão. Fazemos coro, aqui, às palavras de Leonardo Secchi⁴:

Hood e Jackson (1991) defendem que a APG é um argumento administrativo ou uma filosofia de administração, na qual eficiência e desempenho são valores que prevalecem. Essa filosofia de administração é baseada em um conjunto de doutrinas e justificativas. As doutrinas são prescrições para a ação, receitas para serem aplicadas na gestão e no desenho das organizações públicas. As justificativas são as razões para a pertinência das doutrinas, dando a elas um sentido racional. Como argumentado por Hood e Jackson (1991), doutrinas e justificativas são relativamente coerentes umas com as outras, e algumas filosofias podem usar certas prescrições baseadas em algumas justificativas, já outras filosofias podem usar as mesmas prescrições baseadas em justificativas totalmente diferentes.

Importante salientar que o Decreto-Lei nº 200/1967 possibilitou a descentralização das atividades administrativas para entidades privadas, nos termos do art. 10, §1º, alínea “c”, de maneira que, por meio de contratos ou concessões, os particulares receberam autorização legal para o exercício de atividades tipicamente públicas, acarretando a redução das competências

³ BRESSER-PEREIRA, Luís Carlos. *A reforma do Estado nos anos 90: lógica e mecanismos de controle*, Lua Nova: Revista de Cultura e Política, 1998. Disponível em <https://www.scielo.br/j/ln/a/xQZRPfMdrHyH3vjKLqtmMWd/?lang=pt>. Acesso em 14 fev 2022.

⁴ SECCHI, Leonardo. *Modelos organizacionais e reformas da administração pública*, Revista de Administração Pública, Rio de Janeiro, 43(2):347-69, mar/abr 2009, p. 354.

administrativas e, obviamente, do tempo de espera, por parte do administrado, para a solução de problemas.

Desta forma, dentro do que se pretendia com a adoção do modelo gerencial de administrar a coisa pública, a aproximação da iniciativa privada traz novos ares, pois implementa novos modelos de gestão, especialmente baseados na eficiência do serviço e na satisfação do consumidor final que, no caso dos serviços públicos, é o administrado.

A eficiência dos serviços passou a ser, assim, palavra de ordem quando se trata da administração da coisa pública, tanto que foi alçada, em 1988, à categoria de norma constitucional, constando expressamente do art. 37, caput da Constituição Federal como princípio regente da atividade administrativa brasileira. Escreve Diogenes Gasparini⁵:

O desempenho deve ser rápido e oferecido de forma a satisfazer os interesses dos administrados em particular e da coletividade em geral. Nada justifica qualquer procrastinação. Aliás, essa atitude pode levar a Administração Pública a indenizar os prejuízos que o atraso possa ter ocasionado ao interessado num dado desempenho estatal. É o que ocorre se solicitada a instalação de um para-raios numa escola. O Estado procrastina a instalação. Nesse tempo, ocorre a queda de raio que causa prejuízo aos alunos. O Estado, apurada a culpa, deve indenizar os prejudicados.

Assim, dentro daquilo que Juarez Freitas⁶ denominou “direito fundamental à boa Administração Pública”, o modelo gerencial busca oferecer ao administrado um serviço público qualitativamente melhor, mais condizente, especialmente no Brasil, com a altíssima carga tributária suportada pelos contribuintes. A obrigação de agir com eficiência tem sido, inclusive, reconhecida pela jurisprudência do STJ:

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSO ADMINISTRATIVO. ANISTIA POLÍTICA. LEGITIMIDADE PASSIVA DA MINISTRA DA MULHER, DA FAMÍLIA E DOS DIREITOS HUMANOS. ATO OMISSIVO. DIREITO DE PETIÇÃO. ORDEM CONCEDIDA PARA QUE A AUTORIDADE COATORA DECIDA O PEDIDO DE ANISTIA DO IMPETRANTE NO PRAZO DO ART. 49 DA LEI Nº 9.784/99. 1. Cuida-se, no caso concreto, de pedido administrativo para declaração da condição de anistiado, formulado pela parte impetrante em maio de 2010, ou seja, há mais de uma década, mas ainda pendente de decisão final pela Administração Pública. 2. O direito de petição aos Poderes Públicos, assegurado no art. 5º, XXXIV, a, da Constituição Federal, traduz-se em preceito fundamental a que se deve conferir a máxima eficácia, impondo-se à Administração, como contrapartida lógica e necessária ao pleno exercício desse direito pelo Administrado, o dever de apresentar tempestiva resposta. [...] 4. A demora excessiva e injustificada da Administração para cumprir obrigação que a própria Constituição lhe impõe é omissão violadora do princípio da eficiência, na medida em que denuncia a incapacidade operacional do Poder Público em desempenhar, num prazo razoável, as atribuições que lhe foram conferidas pelo ordenamento (nesse sentido, o comando do art. 5º, LXXVIII, da CF) (sem grifos no original)⁷.

Não é diferente o posicionamento do STF, podendo ser encontrado, exemplificativamente, na ADI nº 8621156-42.2015.1.00.0000⁸.

⁵ GASPARINI, Diogenes. *Direito Administrativo*, 16ª edição, São Paulo: Saraiva, 2011, p. 76.

⁶ “Trata-se de assumir, com ênfase inédita, a *defesa do Direito Administrativo mais de Estado do que de governo*, no sentido de menos vocacionado ao efêmero particularista, por melhor que seja. Cumpre, assim, expandir a *sindicabilidade*, com os olhos fitos nos princípios da boa administração, assimilados como autênticos nortes vinculativos” (FREITAS, Juarez. *Direito fundamental à boa Administração Pública*, 3ª edição, São Paulo: Malheiros, 2014, p. 20).

⁷ MS nº 26552 DF – Rel. Min. Sérgio Kukina – Julgamento: 10 fev 2021.

⁸ ADI nº 8621156-42.2015.1.00.0000 DF – Rel. Min. Rosa Weber – Julgamento: 14 jun 2021.

Importante salientar que o Decreto-Lei nº 200/1967 não surgiu de regular procedimento legislativo, ou seja, após debates sobre o tema realizados nas duas casas do Congresso Nacional. Ao contrário, refletindo o regime ditatorial que vigia no Brasil no período, a reforma administrativa foi introduzida *a forceps*, o que significa dizer que não estamos diante de um direito posto, mas de um direito imposto.

Assim, a despeito de o Decreto-Lei nº 200/1967 tratar de temas importantes para o desenvolvimento da atividade administrativa no Brasil, os resultados esperados pelo regime ditatorial eram mais supostos do que pressupostos, haja vista que o referido diploma ignorou estudos anteriores realizados pelo Legislativo.

Alguns autores, como Matheus Carvalho⁹, salientam que uma grande parte dos dispositivos do Decreto-Lei nº 200/1967 sequer teria sido recepcionada pela Constituição Federal de 1988. Na mesma esteira o escólio de José Antonio Remedio¹⁰, que cita, inclusive, a edição do Ato Institucional nº 08/1969 para “dinamizar a Reforma Administrativa” adotada pelo Decreto-Lei nº 200/1967, o que reforça o caráter impositivo da legislação ora em comento.

Salutar a transcrição das palavras de Leonor Moreira Câmara¹¹:

A institucionalização da prática de planejamento nos moldes das condições político-econômicas vigentes na década de 1960 e no âmbito da administração para o desenvolvimento, em última instância, é o contexto no qual o modelo de interações intergovernamentais foi definido. O planejamento, neste caso, se materializa a partir de um órgão coordenador que engloba todos os demais órgãos da administração pública. Essa prática de planejamento está contida nos títulos III, IV e V do Decreto-lei nº 200/67 e se caracteriza pelo controle centralizado sobre a execução das ações, pela exclusividade dos órgãos centrais sobre o ato de planejar a ação a ser executada e por uma rígida linha de comunicação e autoridade hierárquica. Essas são as principais características sobre as quais todo o sistema de planejamento foi idealizado. Esse sistema ainda está em vigência e, apesar de alguns de seus artigos terem sido alterados, no que se refere aos princípios norteadores do planejamento, o mérito permanece.

Belmiro Valverde Jobim Castro e Herbert Antonio Age José¹² apresentam a seguinte crítica às alterações trazidas pelo Decreto-Lei nº 200/1967, bem como ao modelo de concepção da referida legislação:

Apesar da modernidade conceitual de muitas das provisões do Decreto-lei nº 200, não se pode atribuir ao mesmo avanços quânticos no funcionamento da máquina governamental, mesmo porque boa parte das inovações previstas nele não foi, sequer, implantada parcialmente. As forças modernizantes da burocracia continuaram a ter de multiplicar arranjos *ad hoc* e improvisar “gambiaras” jurídico-organizacionais para driblar as regras imobilizantes da burocracia tradicional. A tão sonhada profissionalização da burocracia estatal brasileira e o azeiteamento produtivo da máquina pública para que ela funcionasse com eficiência claramente ficaram na promessa mais uma vez.

⁹ CARVALHO, Matheus. *Manual de Direito Administrativo*, 6ª edição, Salvador: Juspodivm, 2019, p. 161-162.

¹⁰ REMEDIO, José Antonio. *Direito Administrativo*, 3ª edição, São Paulo: Verbatim, 2018, p. 111-113.

¹¹ CÂMARA, Leonor Moreira. Breves notas sobre o modus operandi do modelo de relacionamento entre instâncias de governo institucionalizado pelo Decreto-lei nº 200/67 em face dos novos desafios do federalismo cooperativo, *Revista de Administração Pública*, 36(5), 797 a 809. Recuperado de <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rap/article/view/6464>. Acesso em 05 jul 2022.

¹² CASTRO, Belmiro Valverde Jobim; JOSÉ, Herbert Antonio Age. Reforma e contrarreforma: a perversa dinâmica da administração pública brasileira. *Revista de Administração Pública*, 32(6), 97 a 111. Recuperado de <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rap/article/view/7779>. Acesso em 05 jul 2022.

Buscando, portanto, inculcar na atividade administrativa a mesma presteza e eficiência da iniciativa privada, bem como a otimização dos serviços prestados aos administrados, valendo-se do permissivo do Decreto-Lei nº 200/1967, foi introduzida, como forma de execução das atividades típicas da Administração Pública, a terceirização, que nada mais é do que a delegação do exercício de competências públicas para agentes privados, substituindo-se servidores públicos admitidos mediante concurso público, por trabalhadores privados, contratados por meio de licitação.

Da terceirização na administração pública brasileira

A terceirização ganhou notoriedade no Brasil a partir da década de 1970, quando começou a ser adotada pelas grandes empresas como forma de redução do custo de produção por meio da redução dos gastos com mão de obra. Com o avanço do processo de industrialização e com o aumento da concorrência por parte das empresas estrangeiras, a terceirização de parte das atividades empresariais foi uma saída encontrada para reduzir o custo final do produto nacional e torná-lo competitivo no mercado internacional.

Com a disseminação da terceirização, as indústrias, especialmente, passaram a transferir partes de suas etapas de produção para empresas menores, mais especializadas, o que possibilitou, às empresas adotantes da terceirização, a redução dos custos com folha de pagamento e com insumos de produção, repassando tais gastos ao terceirizado. Ressaltamos, aqui, as palavras de Carlos Henrique Bezerra Leite¹³:

Sendo a competitividade a palavra de ordem ditada pelo processo de globalização e da ideologia neoliberal, diversas empresas passaram a ver a terceirização como única forma de reduzir custos, mormente encargos sociais, trabalhistas e fiscais, procurando, com tal prática, diminuir o quantitativo de empregados e contratar com número cada vez maior de “colaboradores” autônomos ou pequenos empresários.

Não tardou para que a terceirização chegasse à Administração Pública. Como já dito nas linhas anteriores, a partir da introdução da descentralização dos serviços públicos pelo Decreto-Lei nº 200/1967, as pessoas jurídicas de direito público optaram por executar parte de suas competências, especialmente as que exigem menos conhecimentos técnicos, por meio de contratação de empresas privadas, deixando, portanto, de admitir servidores por meio de concursos públicos.

A respeito do tema leciona José dos Santos Carvalho Filho¹⁴:

Diz-se que há execução indireta quando os serviços são prestados por entidades diversas das pessoas federativas. O Estado, por sua conveniência, transfere os encargos da prestação a outras pessoas, nunca abdicando, porém, do dever de controle sobre elas, controle esse, como é lógico, variável de conformidade com a forma específica de transferência. Em certas situações, o executor indireto originário contrata terceiros para desempenhar parte do objeto que lhe incumbe. É o caso em que, por exemplo, empresa pública (já responsável por execução indireta) contrata sociedade privada para assistência mecânica a seus veículos. Sob esse prisma, pois, haverá uma execução indireta originária, incumbência da pessoa originariamente incumbida do serviço, e uma execução indireta derivada, de responsabilidade da pessoa por ela contratada.

¹³ LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de Direito do Trabalho*, 11ª edição, São Paulo: Saraiva, 2019, p. 544 (e-book).

¹⁴ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*, 33ª edição, São Paulo: Atlas, 2019, p. 519-520 (e-book).

Na mesma esteira, Hely Lopes Meirelles¹⁵ escreve que ocorre a descentralização quando o “Poder Público transfere sua titularidade ou, simplesmente, sua execução, por outorga ou delegação, a autarquias, fundações, empresas estatais, empresas privadas ou particulares individualmente”.

Antes das alterações promovidas pelas Leis Federais nº 13.429/2017 e nº 13.467/2017, as hipóteses de terceirização válida, aplicáveis também à Administração Pública, regiam-se pela Súmula nº 331 do TST, ou seja, poderiam ser terceirizados¹⁶ os serviços de vigilância, conservação, limpeza e aqueles ligados à atividade-meio do tomador dos serviços. Restava vedada, desta sorte, a terceirização de atividades-fim do empregador, que são aquelas ligadas diretamente ao núcleo principal da atividade empresarial.

Duas questões são importantes a tal altura do trabalho: a forma de contratação dos serviços terceirizados pela Administração Pública e a responsabilidade da Administração Pública em relação aos trabalhadores terceirizados não componentes do quadro de servidores efetivos.

A contratação de serviços terceirizados passa, necessariamente, pela realização de licitação. Nos termos do art. 2º da Lei Federal nº 8.666/1993 e do art. 2º, inc. V da Lei Federal nº 14.133/2021, quaisquer aquisições de serviços devem ser licitadas, de maneira a assegurar a possibilidade de participação do maior número possível de interessados e, conseqüentemente, assegurar à Administração a proposta mais vantajosa. Ademais, a contratação de serviços terceirizados não se encontra descrita, ao menos genericamente, entre as hipóteses de dispensa ou inexigibilidade de licitação, o que reforça a tese da necessidade de realização do certame.

A respeito do tema escrevem Rennan Thamay, Vanderlei Garcia Junior, Igor Moura Maciel e Jhonny Prado¹⁷:

O objeto da licitação pode ser dividido em dois: um objeto mediato e um objeto imediato. Enquanto o objeto imediato é a seleção da proposta que melhor atenda aos objetivos e interesses da Administração Pública, o objeto mediato consiste na obtenção de obra, serviço, realização de compra, locação ou prestação de serviço público a ser produzidos por um particular por meio de uma contratação formal.

Na mesma esteira, as palavras de Hely Lopes Meirelles¹⁸:

Licitação é o procedimento administrativo mediante o qual a Administração Pública seleciona a proposta mais vantajosa para o contrato de seu interesse. Como procedimento, desenvolve-se através de uma sucessão ordenada de atos vinculantes para a Administração e para os licitantes, o que propicia igual oportunidade a todos os interessados e atua como fator de eficiência e moralidade nos negócios administrativos.

No que concerne à responsabilidade da Administração Pública quanto aos débitos trabalhistas de seus contratados, o TST vinha entendendo pela possibilidade de imputar ao

¹⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*, 27ª edição, São Paulo: Malheiros, 2002, p. 327.

¹⁶ Edmir Netto de Araújo destaca que a terceirização é “[...] o caso de contratar-se o particular para prestar determinado serviço ou realizar certa obra, em prazo certo” (ARAÚJO, Edmir Netto de. *Curso de Direito Administrativo*, 8ª edição, São Paulo: Saraiva, 2018, p. 150)

¹⁷ THAMAY, Rennan; GARCIA JUNIOR, Vanderlei; MACIEL, Igor Moura; PRADO, Jhonny. *Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos Comentada e Referenciada*, São Paulo: Saraiva, 2021, p. 25.

¹⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*, 27ª edição, São Paulo: Malheiros, 2002, p. 260-261.

Poder Público contratante, pelo simples inadimplemento do contratado, a responsabilidade por todos os haveres trabalhistas, conforme se podia ler da redação do item IV da Súmula nº 331:

IV – O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações, inclusive quanto aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial (art. 71 da Lei nº 8.666, de 21.06.1993).

O entendimento do TST fundamentava-se no fato de que a Administração Pública, ao firmar contrato com particulares, despojava-se de seu poder de império, de maneira que a relação contratual passava a ser regida pelas normas de direito privado, e não mais de direito público, o qual atribui à Administração Pública algumas prerrogativas em função da prevalência do interesse público.

Tal entendimento, contudo, contrariava expressamente o conteúdo do art. 71, §1º¹⁹ da Lei Federal nº 8.666/1993, o qual retirava do Poder Público contratante qualquer responsabilidade sobre os débitos trabalhistas de seus contratados. Na visão do TST, a aplicabilidade de tal norma deveria ser afastada em razão de sua inconstitucionalidade.

Analisando a redação da Súmula nº 331 do TST, alterada após o julgamento, pelo STF, da ADC nº 16-DF, que julgou constitucional o art. 71, §1º da Lei Federal nº 8.666/1993, resta bastante evidente que a Fazenda Pública somente pode ser condenada subsidiariamente, pelos débitos de seus contratados, se restar cabalmente demonstrada a ocorrência de conduta culposa.

In verbis:

CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE (nova redação do item IV e inseridos os itens V e VI à redação) - Res. 174/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.05.2011

[...]

V – Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n.º 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada (sem grifos no original).

Note-se que tal posicionamento foi referendado, posteriormente, pelo STF, quando do julgamento da RE nº 760.931, a partir do qual é possível verificar que a responsabilização da Fazenda Pública, de forma subsidiária, nas relações jurídicas de terceirização, somente se dá quando resta demonstrada ação ou omissão culposa da Administração Pública. Neste sentido a lição de Carlos Henrique Bezerra Leite²⁰:

Outro ponto relevante da decisão do STF é que, doravante, tendo em vista o reconhecimento da constitucionalidade do § 1º do art. 71 da Lei 8.666/93, houve consenso entre os ministros do Pretório Excelso no sentido de que o TST não poderá generalizar os casos e terá de investigar com mais rigor se a inadimplência tem como

¹⁹ Art. 71. [...] §1º. A inadimplência do contratado, com referência aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento, nem poderá onerar o objeto do contrato ou restringir a regularização e o uso das obras e edificações, inclusive perante o Registro de Imóveis.

²⁰ LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de Direito do Trabalho*, 11ª edição, São Paulo: Saraiva, 2019, p. 567.

causa principal a falha ou falta de fiscalização pelo órgão público contratante (sem grifos no original).

Não é outro o posicionamento do STF, explicitado no RE nº 760.931²¹, oportunidade em que a Suprema Corte reconheceu, como já dito nas alíneas anteriores, a impossibilidade da implicação subsidiária do Poder Público pelo simples inadimplemento do empregador, devendo restar comprovada nos autos, no mínimo, a conduta culposa da Administração Pública, quer na contratação (culpa *in eligendo*), quer na fiscalização do contrato (culpa *in vigilando*).

Na mesma esteira tem se posicionado o TST, podendo servir de exemplo o acórdão proferido no RR nº 070800-92.2010.5.13.0009²², oportunidade em que se reconheceu a impossibilidade de imposição de responsabilidade subsidiária à Administração Pública sem a demonstração cabal da existência de conduta culposa por parte do Poder Público, culminando, inclusive, na reforma da decisão proferida pelo Regional, em estreita atenção ao posicionamento adotado pelo STF quando do julgamento da ADC nº 16.

Possível concluir que a execução indireta de serviços público passa, via de regra, pela realização de procedimento licitatório, no intuito de obter a proposta mais vantajosa para a Administração Pública. Consequentemente, realizada a terceirização, compete à Administração Pública fiscalizar o cumprimento das obrigações trabalhistas por parte dos contratados, sob pena de responsabilização subsidiária por todos os haveres laborais não pagos ou pagos a destempo. Ressalte-se que tal posicionamento foi convertido pelo STF no Tema de Repercussão Geral nº 246²³.

Da regulamentação da terceirização irrestrita

Como já dito nas linhas anteriores, o Decreto-Lei nº 200/1967 introduziu medidas para a modernização da Administração Pública brasileira, dando especial ênfase à necessidade de prestar serviços de maneira mais eficiente aos administrados, possibilitando, inclusive, a execução de serviços públicos por delegação a agentes privados. Tal situação foi reconhecida pelo STF quando do julgamento do RE nº 760.931²⁴:

A Administração Pública, pautada pelo dever de eficiência (art. 37, caput, da Constituição), deve empregar as soluções de mercado adequadas à prestação de serviços de excelência à população com os recursos disponíveis, mormente quando demonstrado, pela teoria e pela prática internacional, que a terceirização não importa precarização às condições dos trabalhadores.

A terceirização, de um modo geral, foi reconhecida pelo STF como uma forma moderna de gerir as atividades públicas e privadas, atendendo, portanto, às exigências do mercado e, ao

²¹ “O inadimplemento dos encargos trabalhistas dos empregados do contratado não transfere automaticamente ao Poder Público contratante a responsabilidade pelo seu pagamento, seja em caráter solidário ou subsidiário, nos termos do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93” (RE nº 760.931 – Rel. Min. Rosa Weber – Julgamento: 26 abr 2017).

²² RR nº 070800-92.2010.5.13.0009 – Rel. Min. Guilherme Augusto Caputo Bastos – Julgamento: 20 mai 2020.

²³ “O inadimplemento dos encargos trabalhistas dos empregados do contratado não transfere automaticamente ao Poder Público contratante a responsabilidade pelo seu pagamento, seja em caráter solidário ou subsidiário, nos termos do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93”.

²⁴ RE nº 760.931 – Rel. Min. Rosa Weber – Julgamento: 30 mar 2017.

cabo de contas, do consumidor final. No julgamento da ADPF nº 324 escreveu o Ministro Luís Roberto Barroso²⁵:

Terceirizar significa transferir parte da atividade de uma empresa para outra empresa, por motivos de custo, eficiência, especialização ou por qualquer outro interesse empresarial legítimo. Assim, uma etapa da cadeia produtiva de uma empresa – chamada empresa contratante – passa a ser cumprida por uma outra empresa – denominada empresa contratada ou empresa prestadora de serviços. Por exemplo, uma empresa pode optar por ter um departamento jurídico internamente ou pode optar por contratar um escritório de advocacia. Eu acho perfeitamente legítimo, já antecipando, que um escritório de advocacia especializado em advocacia tributária, portanto, sua atividade-fim, contrate um parecer ou uma sustentação de outro escritório especializado em advocacia tributária, mesmo sendo esta a sua atividade-fim.

Citando José Pastore, escreve a Ministra Rosa Weber no julgamento do RE nº 760.931²⁶:

No Brasil, a terceirização também avança a passos largos. As áreas mais terceirizadas são informática, organização e métodos, serviços jurídicos, relações públicas, recrutamento e seleção, treinamento e desenvolvimento, administração de cargos e salários, folha de pagamento, benefícios em geral, restaurante e alimentação, previdência privada, saúde, seguro de vida e acidentes, transporte coletivo, limpeza e conservação, segurança, gráfica, correio externo, malote, frota de veículos, importação e exportação, auditoria de sistemas, marketing, pesquisa de mercado, propaganda, projetos, laboratórios diversos e serviços domésticos.

A terceirização é um processo irreversível. Faz parte da nova divisão do trabalho. E constitui peça essencial na formação de redes de produção. Nos dias atuais, não são mais as empresas que competem entre si. A verdadeira competição se dá entre as redes de produção. E isso é crucial para a manutenção das empresas e dos empregos. A eficiência das redes é que coloca as empresas no lado perdedor ou ganhador na concorrência mundial. Em 2006, a General Motors, por exemplo, perdeu US\$ 1 bilhão por mês – e em 2008 está à beira da falência – enquanto que a Toyota lucrou US\$ 1 bilhão por mês, vendendo os mesmos produtos (automóveis) no mesmo mercado (o planeta Terra). A grande diferença esteve na eficiência da rede de produção, inovação, manutenção e vendas das duas empresas.

Resta evidente que a terceirização é um fenômeno irrefreável, que tende a atingir uma grande percentual dos postos de trabalho disponíveis, especialmente após o reconhecimento, pelo STF, da constitucionalidade da terceirização irrestrita. Quando se trata, contudo, da aplicação do instituto da terceirização à Administração Pública, alguns pontos precisam ser trazidos à discussão: (i) se é possível compatibilizar a terceirização com a regra do concurso público, previsto no art. 37, inc. II da Constituição Federal, e (ii) se existem limites à terceirização de cargos públicos, ou seja, se existem atividades públicas que não poderiam, sob nenhuma hipótese, ser executadas de forma indireta.

O Texto Constitucional assegura que ninguém pode ser admitido no serviço público sem ser aprovado em concurso público de provas ou de provas e títulos. As exceções à referida regras estão na própria Constituição: cargos de provimento em comissão (art. 37, inc. II) e contratações temporárias para atendimento de situações emergenciais (art. 37, inc. IX). Sobre o tema o escólio de André Ramos Tavares²⁷:

²⁵ ADPF nº 324 – Rel. Min. Luís Roberto Barroso – Julgamento: 22 ago 2018.

²⁶ RE nº 760.931 – Rel. Min. Rosa Weber – Julgamento: 30 mar 2017.

²⁷ TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*, 18ª edição, São Paulo: Saraiva, 2020, p. 1.427 (e-book).

Ademais, para alcançar qualquer cargo público efetivo e transformar-se em servidor público, o interessado deverá submeter-se, previamente, a um concurso público²⁰⁸⁷ (art. 37, II), que é modalidade de licitação pública. Este, portanto, só não é exigível nos casos de cargos públicos em comissão ou função de confiança, cujo ocupante é demissível ad nutum (art. 37, V). Também prevê a Constituição a hipótese de contratação direta de pessoal para enfrentar necessidade temporária de excepcional interesse público (art. 37, IX).

Mais duas exceções podem ser apontadas à regra do concurso público: aproveitamento de ex-combatentes da Segunda Guerra Mundial (ADCT, art. 53), e a admissão de agentes comunitários de saúde e agentes de combate a endemias que é feita por processo seletivo simplificado. Para os demais casos, o concurso público será sempre necessário (EC nº 51/2006).

Assim, qualquer pessoa que passa a integrar o quadro do serviço público federal, estadual ou municipal sem aprovação em concurso público e fora das exceções legais, encontra-se em situação irregular. Entende o TST que tais trabalhadores, encontrados em situação irregular junto ao serviço público, têm direito ao recebimento, unicamente, das horas trabalhadas e do FGTS, como se pode ler da redação da Súmula nº 363:

A contratação de servidor público, após a CF/1988, sem prévia aprovação em concurso público, encontra óbice no respectivo art. 37, II e § 2º, somente lhe conferindo direito ao pagamento da contraprestação pactuada, em relação ao número de horas trabalhadas, respeitado o valor da hora do salário mínimo, e dos valores referentes aos depósitos do FGTS.

De se notar, pois, que a terceirização, ou seja, a execução de funções tipicamente públicas por trabalhadores privados, parece ferir a regra constitucional do concurso público, lembrando que tais trabalhadores são admitidos por meio de procedimento licitatório, e não por concurso público de provas ou de provas e títulos como determina a Constituição. Ademais, a contratação de trabalhadores terceirizados para execução de atividades contínuas, não se enquadra nas exceções à regra do concurso público previstas no Texto Constitucional.

Interessante, nesse ponto, a transcrição das palavras de Winnicius Pereira de Góes, citadas pela Ministra Rosa Weber no julgamento do RE nº 760.931²⁸:

Vale lembrar que os serviços de natureza pública executiva, a partir do Decreto nº 200/1967, passaram a ser terceirizados ou os trabalhadores eram contratados diretamente pela Administração Pública direta ou indireta, como se esta fosse entidade da iniciativa privada, com contratos regidos pela Consolidação das Leis do Trabalho, o que, de certo modo, conferia ao ente público contratante maior flexibilidade para contratar e demitir seus funcionários.

Todavia, o uso desgovernado da terceirização e de contratações diretas teve como consequências o inchaço da máquina administrativa pública e o elevado custo para a manutenção do quadro de pessoal.

Registre-se, ainda, que a utilização irracional do modelo contratual, anterior à Constituição vigente, favorecia o nepotismo e o clientelismo administrativo, marcado pelo favorecimento de pessoas próximas aos administradores públicos à obtenção de cargos ou empregos públicos, prática atualmente vedada por ir de encontro aos princípios constitucionais voltados à boa administração.

Nessa esteira, tem-se como primeira limitação de ordem constitucional à terceirização de serviços no âmbito público, o disposto no artigo 37, inciso II, da Constituição Federal, que estabelece a investidura em cargo ou emprego de natureza pública somente após aprovação prévia em concurso de provas e títulos.

O perigo da terceirização irrestrita no serviço público é a burla à regra do concurso público, o que permitiria o provimento de cargos públicos efetivos por pessoas despreparadas

²⁸ RE nº 760.931 – Rel. Min. Rosa Weber – Julgamento: 30 mar 2017.

por meio de favorecimento pessoal, violando, em última análise, os princípios constitucionais da moralidade e da impessoalidade (art. 37, caput). Nesse sentido as palavras de Luciano Ferraz e João Trindade Cavalcanti Filho, ambos citados pela Ministra Rosa Weber no julgamento do RE nº 760.931²⁹.

Seria lícito, por exemplo, delegar o exercício do poder de polícia da Administração Pública a terceiros? Ou o exercício de funções de direção, chefia e assessoramento? Aplicada indistintamente a decisão do STF quanto à constitucionalidade da terceirização irrestrita, não haveria óbices ao exercício das atividades mencionadas por um trabalhador privado terceirizado?

Aqui, porém, é necessário que se façam algumas ponderações.

Se o objetivo da regra constitucional do concurso público é assegurar a aplicação do princípio da isonomia (CF, art. 5º, caput) no acesso aos cargos públicos, para que todos os eventuais interessados tenham condições de postular o ingresso no serviço público, não faria sentido que todos os cargos públicos fossem abertos ao acesso a partir da terceirização, sob pena de se relegar à inutilidade a regra constitucional do concurso público.

Outro ponto relevante são as garantias atribuídas aos servidores públicos, regularmente admitidos por concurso público, especialmente a estabilidade (CF, art. 41), que permitem aos ocupantes de cargos públicos que façam cumprir a lei sem interferência política. Os terceirizados não têm tais garantias, de maneira que, ocupando cargos que exerçam poder de polícia, não estariam resguardados dos ataques daqueles interessados em descumprir as normas.

Importante, ainda, salientar que a exigência de concurso público para contratação de servidores assegura o respeito ao princípio constitucional da impessoalidade, levando-se em conta que serão contratados, unicamente, aqueles que forem aprovados ao final do certame, independentemente de quem seja o aprovado. Assim, o critério de escolha da Administração é objetivo, ou seja, deve ser contratado o candidato que obtiver aprovação em concurso público, sendo irrelevantes as condições pessoais dele.

Por outro lado, a contratação de trabalhadores terceirizados, como já dito nas linhas anteriores, atende a outro reclamo constitucional, que é a aplicação do princípio da eficiência nos serviços públicos. Compete ao administrador público atender às necessidades dos administrados da melhor forma possível, valendo-se dos recursos públicos para satisfação das necessidades primordiais da população, como saúde e educação. Sobre o tema o escólio de Maria Sylvia Zanella Di Pietro³⁰:

O princípio da eficiência apresenta, na realidade, dois aspectos: pode ser considerado em relação ao modo de atuação do agente público, do qual se espera o melhor desempenho possível de suas atribuições, para lograr os melhores resultados; e em relação ao modo de organizar, estruturar, disciplinar a Administração Pública, também com o mesmo objetivo de alcançar os melhores resultados na prestação do serviço público.

Irene Patrícia Nohara³¹ acrescenta que a eficiência na aplicação dos recursos públicos deve resultar em eficácia das medidas, isto é, no atingimento das metas pretendidas pelo administrador:

²⁹ RE nº 760.931 – Rel. Min. Rosa Weber – Julgamento: 30 mar 2017.

³⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*, 32ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 243-244 (*e-book*).

³¹ NOHARA, Irene Patrícia. *Direito Administrativo*, 9ª edição, São Paulo: Atlas, 2019, p. 51 (*e-book*).

Na Ciência da Administração, a eficiência e a eficácia são duas formas recorrentes de avaliação do desempenho de uma organização. Compreendem, todavia, conceitos com significados distintos. Enquanto eficiência é noção que se refere à adequada medida de utilização dos recursos, ou seja, um administrador eficiente é o que consegue um desempenho elevado em relação aos insumos disponíveis (mão de obra, material, dinheiro, máquinas e tempo); a noção de eficácia transcende a mera indagação dos meios e avalia mais diretamente os resultados; portanto, neste enfoque pode ser que um administrador seja eficiente sem que necessariamente seja eficaz, ou seja, que não obstante a utilização de métodos e procedimentos adequados, os objetivos visados não sejam alcançados. Note-se que a ideia de eficiência administrativa não deve se pautar apenas no aproveitamento de meios e recursos colocados à disposição dos agentes públicos; deve também abranger a relação dos meios utilizados e dos resultados obtidos em face das necessidades públicas existentes.

Diante de tal paradigma, o Governo Federal editou o Decreto nº 9.507/2018, o qual trouxe limitações ao uso da terceirização irrestrita na esfera administrativa federal, lembrando que a decisão proferida pelo STF na ADPF nº 324 e no RE nº 958.252 reconheceu, apenas, a constitucionalidade da terceirização irrestrita, não sendo, pois, obrigatória a sua adoção.

Desta sorte, nos termos do art. 3º do referido decreto, vedou-se a terceirização dos seguintes serviços públicos:

Art. 3º. Não serão objeto de execução indireta na administração pública federal direta, autárquica e fundacional, os serviços:

I – que envolvam a tomada de decisão ou posicionamento institucional nas áreas de planejamento, coordenação, supervisão e controle;

II – que sejam considerados estratégicos para o órgão ou a entidade, cuja terceirização possa colocar em risco o controle de processos e de conhecimentos e tecnologias;

III – que estejam relacionados ao poder de polícia, de regulação, de outorga de serviços públicos e de aplicação de sanção; e

IV – que sejam inerentes às categorias funcionais abrangidas pelo plano de cargos do órgão ou da entidade, exceto disposição legal em contrário ou quando se tratar de cargo extinto, total ou parcialmente, no âmbito do quadro geral de pessoal.

Note-se que o Decreto nº 9.507/2018 impediu a terceirização de postos-chave para a Administração Pública Federal, ou seja, que envolvam capacidade decisória, que sejam estratégicos para determinada pasta, que exerçam poder de polícia ou de cargos que estejam previstos na estrutura da administração direta ou indireta. Claro, pois, que a terceirização só chega a cargos ligados diretamente à execução das atividades administrativas, não cabendo a eles o planejamento dos trabalhos, mas, apenas, o cumprimento das ordens emanadas das autoridades competentes.

A respeito do tema escreve Tatiana Kian³²:

Entretanto, a multiplicação destes ajustes, acabaram envolvendo atividades que, ainda que acessórias, perdem o caráter próprio de especialização, lançando dúvidas sobre a legalidade na contratação. Exemplo bastante citado é o dos hospitais públicos que contratam cooperativas de médicos para prestarem serviços de suas especialidades profissionais, sem realização de concurso público para o provimento de seus cargos. Considerando o que foi visto até o momento, pode se afirmar que há uma variedade de atividades que o Estado pode dirigir sem que as execute diretamente. Entretanto, nem todas as tarefas materiais acessórias podem ser terceirizadas, principalmente se na estrutura administrativa do Poder Público existirem cargos criados para atendimento àquelas necessidades.

³² KIAN, Tatiana. Terceirização na Administração Pública, *Revista de Direito Público*, Londrina, v. 1, n. 2, p. 227-240, 2006. Disponível em <https://www.uel.br/revistas/uel/index.php/direitopub/article/view/11577/10273>. Acesso em 05 jul 2022.

Resta evidente a necessidade de regulamentação da terceirização irrestrita, especialmente para os demais entes federados (Estados, Distrito Federal e Municípios), a fim de se evitar o desvirtuamento da atividade administrativa e, em última análise, da própria existência da Administração Pública. No julgamento do RE nº 760.931 adverte a Ministra Rosa Weber³³:

Importante destacar que essa crescente transferência de tarefas do setor público para o setor privado não se tem limitado aos serviços secundários, de suporte, alcançando muitas vezes atividades próprias e essenciais do Estado. Não raro, em desvirtuamento do instituto, empregados das prestadoras de serviços vêm a desempenhar, permanentemente, atividades afetas a servidores públicos em sentido estrito, exercentes de cargos ou empregos públicos, restando inviabilizado o reconhecimento de vínculo direto com a Administração Pública pela inobservância do artigo 37, inciso II, da Constituição Federal, ao prescrever a exigência de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos para a investidura em cargo, função ou emprego público, ressalvadas “as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração”.

Trata-se, assim, o Decreto Federal nº 9.507/2018, de uma tentativa de compatibilização entre a terceirização irrestrita enquanto instrumento de melhoria da eficiência dos serviços públicos, e da necessidade de respeito ao princípio da impessoalidade dos serviços públicos, o que se concretiza na exigência de concurso público para a admissão de agentes públicos.

Há que se ressaltar que não há unanimidade em relação aos benefícios da terceirização para a Administração Pública. Alguns autores, como Jorge Luiz Souto Maior, entendem que a execução indireta descaracteriza a atividade administrativa, incorrendo em verdadeira inconstitucionalidade. Escreve o referido autor³⁴:

Os autores que cuidam do assunto, defendendo a terceirização no setor público, falam de modernização do ente público, mas ou não têm a mínima ideia do que representa a terceirização no contexto da produção capitalista ou, tendo, assumem o risco de trazer tal perversidade para o âmbito público, só não se sabe para atender a qual finalidade. A do lucro?

É evidente que a lógica da terceirização nada tem a ver com as exigências do serviço público, a não ser que se queira ver no Estado um produtor de riquezas a partir da exploração do trabalho alheio, sendo estes, os “alheios”, exatamente os membros da sociedade, que cabe a ele organizar e proteger.

Prossegue com suas críticas Jorge Luiz Souto Maior³⁵:

No setor público, então, isso é ainda mais nítido, pois, como o orçamento é limitado, muitas vezes só se conseguem verbas para aumentar os ganhos do administrador, dos seus apaniguados (os altos salários dos cargos em comissão) e dos considerados servidores de carreira, com a redução do custo de parcela da mão de obra, que é remetida para a esfera da terceirização. O problema é que como isso se faz sem qualquer limite e sem qualquer repressão dos poderes constituídos, pois são eles

³³ RE nº 760.931 – Rel. Min. Rosa Weber – Julgamento: 30 mar 2017.

³⁴ MAIOR, Jorge Luiz Souto. Terceirização na Administração Pública: uma prática inconstitucional. *Boletim Científico Escola Superior do Ministério Público da União*, n. 17, p. 87-117, 2005. Disponível em <https://escola.mpu.mp.br/publicacoes/cientificas/index.php/boletim/article/download/207/186>. Acesso em 05 jul 2022.

³⁵ MAIOR, Jorge Luiz Souto. Terceirização na Administração Pública: uma prática inconstitucional. *Boletim Científico Escola Superior do Ministério Público da União*, n. 17, p. 87-117, 2005. Disponível em <https://escola.mpu.mp.br/publicacoes/cientificas/index.php/boletim/article/download/207/186>. Acesso em 05 jul 2022.

próprios os executores da prática, uma parcela cada vez maior de servidores está sendo atirada para fora da administração. Assim, os servidores que hoje, indiretamente, se beneficiam dessa situação muito provavelmente serão os terceirizados de amanhã.

Salutar, ainda, trazer a crítica à terceirização na Administração Pública realizada por Fernanda Maria Afonso Carneiro³⁶:

Por outro lado, a prática descontrolada e intensiva da terceirização na Administração Pública poderia fazer com que o Estado se tornasse completamente dependente dos serviços executados pelas empresas prestadoras de serviços. Essa dependência seria inevitável, uma vez que o Estado abriria mão de realizar concurso público para contratação de pessoal, preferindo contratar empresas para substituir a mão de obra direta. No entanto, em que pese essa possibilidade, há de se observar, fundamentando-se na mesma premissa, que empregados terceirizados não podem substituir, nas atividades especializadas, aqueles que são contratados mediante aprovação em concurso público.

Desta sorte, a despeito das vozes em sentido contrário, parece ser a terceirização uma realidade na Administração Pública brasileira, cuja tendência é de substituir grande parte dos servidores concursados por mão de obra terceirizada, com o objetivo, ao menos a princípio, de reduzir os custos com contratações, bem como de dar maior agilidade aos serviços prestados à população.

Quanto aos demais entes federados, como já dito, existe a necessidade de regulamentação por normas próprias, tendo em vista que cabe a cada unidade da federação organizar internamente seu serviço público, editando normas para regulamentar quais serviços serão prestados diretamente e quais serão objeto de execução indireta, em conformidade com o disposto no art. 39 da Constituição Federal.

Conclusão

Diante de todo o exposto, é possível concluir que a introdução da terceirização na Administração Pública, por força do Decreto-Lei nº 200/1967, vem ao encontro dos ideais de implantação do modelo gerencial de administrar a coisa pública, de maneira que se busca, na iniciativa privada, inspiração para oferecer à população serviços públicos mais ágeis e de melhor qualidade.

Até a entrada em vigor da Lei Federal nº 13.467/2017, tanto a iniciativa privada quanto a Administração Pública só podiam promover a execução indireta de serviços de vigilância, conservação e limpeza, além de outros ligados à atividade-meio do tomador, o que significava o endurecimento do núcleo da atividade empresarial, e da pública, à terceirização, conforme de se lia da redação da Súmula nº 331 do TST.

Com o início da vigência da Lei Federal nº 13.467/2017, que ampliou as hipóteses de terceirização e passou a abranger, também, a atividade-fim do tomador de serviços, surgiu aquilo que doutrina e jurisprudência passaram a chamar de terceirização irrestrita, possibilitando, portanto, a execução indireta de todas as atividades do empregador, inclusive aquelas ligadas diretamente ao núcleo da atividade empresarial, bem como do serviço público.

³⁶ CARNEIRO, Fernanda Maria Afonso. A terceirização na Administração Pública: vantagens, desvantagens e ameaças ao regime jurídico das relações do trabalho, *Revista de Direito Administrativo e Gestão Pública*, Curitiba, v. 2, n. 2, p. 61-80, jul/dez 2016. Disponível em <https://www.indexlaw.org/index.php/rdagp/article/view/1298/1724>. Acesso em 05 jul 2022.

A questão foi levada ao STF que, no julgamento da ADPF nº 324, do RE nº 760.931 e do RE nº 958.252, entendeu não só pela constitucionalidade da terceirização irrestrita como pela aplicação do referido instituto ao serviço público, de forma que o Poder Público poderia, ao menos em tese, substituir o concurso público por contratações terceirizadas.

Ocorre que o instituto da terceirização irrestrita, em que pese o reconhecimento, pelo STF, de sua constitucionalidade, choca-se com a regra constitucional do concurso público, prevista no art. 37, inc. II, a qual impede que se ingresse no serviço público sem a aprovação em concurso público de provas ou de provas e títulos, ressalvadas as exceções contidas no próprio Texto Constitucional.

Desta sorte, fez-se necessária a regulamentação da aplicação da terceirização na Administração Pública, o que, no âmbito federal, deu-se pela edição do Decreto nº 9.507/2018, o qual barrou a terceirização de cargos que envolvam capacidade decisória, que sejam estratégicos para determinada pasta, que exerçam poder de polícia ou de cargos que estejam previstos na estrutura da administração direta ou indireta.

Possível, portanto, a terceirização, apenas, de atividades de natureza puramente executiva, que não possuam poder de decisão ou de exercer o poder de polícia estatal. Tais atividades continuam relegadas a agentes públicos admitidos na forma da Constituição Federal.

Por fim, compete aos demais entes federados, que se interessem pela execução indireta de parte de suas atividades, promover a regulamentação do instituto da terceirização irrestrita por meio de normas próprias, respeitando, assim, a autonomia federativa de Estados e Município, bem como a divisão de competências prevista na Constituição Federal.

REFERÊNCIAS

- ARAÚJO, Edmir Netto de. *Curso de Direito Administrativo*, 8ª edição, São Paulo: Saraiva, 2018.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *MS nº 26552 DF* – Rel. Min. Sérgio Kukina – Julgamento: 10 fev 2021.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI nº 8621156-42.2015.1.00.0000 DF* – Rel. Min. Rosa Weber – Julgamento: 14 jun 2021.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE nº 760.931* – Rel. Min. Rosa Weber – Julgamento: 26 abr 2017.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADPF nº 324* – Rel. Min. Luís Roberto Barroso – Julgamento: 22 ago 2018.
- BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Súmula nº 331. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE* (nova redação do item IV e inseridos os itens V e VI à redação) - Res. 174/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.05.2011.
- BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *RR nº 070800-92.2010.5.13.0009* – Rel. Min. Guilherme Augusto Caputo Bastos – Julgamento: 20 mai 2020.
- BRESSER-PEREIRA, Luís Carlos. *A reforma do Estado nos anos 90: lógica e mecanismos de controle*, Lua Nova: Revista de Cultura e Política, 1998. Disponível em <https://www.scielo.br/j/ln/a/xQZRPfMdrHyH3vjKLqtmMWd/?lang=pt>. Acesso em 14 fev 2022.
- CÂMARA, Leonor Moreira. Breves notas sobre o modus operandi do modelo de relacionamento entre instâncias de governo institucionalizado pelo Decreto-lei nº 200/67 em face dos novos desafios do federalismo cooperativo, *Revista de Administração Pública*, 36(5), 797 a 809. Recuperado de <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rap/article/view/6464>. Acesso em 05 jul 2022.

- CARVALHO, Matheus. *Manual de Direito Administrativo*, 6ª edição, Salvador: Juspodivm, 2019.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*, 33ª edição, São Paulo: Atlas, 2019 (*e-book*).
- CASTRO, Belmiro Valverde Jobim; JOSÉ, Herbert Antonio Age. Reforma e contrarreforma: a perversa dinâmica da administração pública brasileira. *Revista de Administração Pública*, 32(6), 97 a 111. Recuperado de <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rap/article/view/7779>. Acesso em 05 jul 2022.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*, 32ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 2019 (*e-book*).
- FREITAS, Juarez. *Direito fundamental à boa Administração Pública*, 3ª edição, São Paulo: Malheiros, 2014.
- GASPARINI, Diogenes. *Direito Administrativo*, 16ª edição, São Paulo: Saraiva, 2011.
- GUIMARÃES, Klicia Maria Silva. *Uma proposta de modelo gerencial para Administração Pública: caso Brasil*, Tese de Doutorado, Universitat de les Illes Balears, 2004. Disponível em <https://www.tdx.cat/handle/10803/9420#page=1>. Acesso em 15 fev 2022.
- KIAN, Tatiana. Terceirização na Administração Pública, *Revista de Direito Público*, Londrina, v. 1, n. 2, p. 227-240, 2006. Disponível em <https://www.uel.br/revistas/uel/index.php/direitopub/article/view/11577/10273>. Acesso em 05 jul 2022.
- LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de Direito do Trabalho*, 11ª edição, São Paulo: Saraiva, 2019 (*e-book*).
- MAIOR, Jorge Luiz Souto. Terceirização na Administração Pública: uma prática inconstitucional. *Boletim Científico Escola Superior do Ministério Público da União*, n. 17, p. 87-117, 2005. Disponível em <https://escola.mpu.mp.br/publicacoes/cientificas/index.php/boletim/article/download/207/186>. Acesso em 05 jul 2022.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*, 27ª edição, São Paulo: Malheiros, 2002.
- NOHARA, Irene Patrícia. *Direito Administrativo*, 9ª edição, São Paulo: Atlas, 2019 (*e-book*).
- REMEDIO, José Antonio. *Direito Administrativo*, 3ª edição, São Paulo: Verbatim, 2018.
- SECCHI, Leonardo. *Modelos organizacionais e reformas da administração pública*, *Revista de Administração Pública*, Rio de Janeiro, 43(2):347-69, mar/abr 2009, p. 354.
- TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*, 18ª edição, São Paulo: Saraiva, 2020, (*e-book*).
- THAMAY, Rennan; GARCIA JUNIOR, Vanderlei; MACIEL, Igor Moura; PRADO, Jhonny. *Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos Comentada e Referenciada*, São Paulo: Saraiva, 2021.

DIREITO À CONVIVÊNCIA FAMILIAR: SERVIÇOS DE APADRINHAMENTO

RIGHT TO FAMILY LIFE: GODFATHERING SERVICES

Mariane Contursi-
André Viana Custódio*

RESUMO

O artigo analisa o direito à convivência familiar através dos serviços de apadrinhamento e a proibição da adoção por participantes do serviço no contexto do direito à convivência familiar e comunitária. O objetivo geral desta pesquisa é estudar os pressupostos que embasam a proibição de adotar por participantes de serviços de apadrinhamento no contexto dos direitos fundamentais à convivência familiar de crianças e adolescentes. Os objetivos específicos são descrever os fundamentos do direito à convivência familiar e comunitária de crianças e adolescentes; analisar o contexto dos programas de apadrinhamento socioafetivo e verificar se a proibição da adoção nos casos de apadrinhamento atende aos fundamentos do direito à convivência familiar e comunitária. O problema que pretendemos responder é se a proibição atende aos fundamentos do direito à convivência familiar e comunitária. A hipótese inicial é que a vedação legal, como regra, viola a teoria da proteção integral.

Palavras-chave: Direitos Humanos; Criança; Adolescente; Políticas Públicas; Convivência Familiar.

ABSTRACT

This paper analyzes the right to family coexistence through sponsorship services and the prohibition of adoption by participants of the family care service in the context of the right to family and community coexistence. The main goal of this research is to study the presuppositions that support the context of adoption by the participants of sponsorships services due to the fundamental rights to family coexistence of children and adolescents. The specific goals are to describe the foundations of the right to family and community life for children and adolescents, to analyze cases of affective sponsorship, and to verify if the prohibition of adoption in cases of sponsorship meets the right to family and community coexistence. The question we aim to answer is if the prohibition meets the right to family and community coexistence. The initial assumption is that legal prohibition, in general, violates the doctrine of integral protection.

Keywords: Human Rights; Child; Adolescent; Public Policies; Family Coexistence.

* Mariane Contursi Piffero, Mestranda no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul (PPGD/UNISC); integrante do Grupo de Pesquisa Políticas Públicas de Inclusão Social e do Grupo de Estudos em Direitos Humanos de Crianças, Adolescentes e Jovens e Políticas Públicas do PPGD/UNISC; Advogada. Email: contursimariane@gmail.com. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3753205664119273>

** André Viana Custódio, Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC) com Pós-doutorado na Universidade de Sevilha (US/Espanha); Coordenador adjunto e Professor permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito - Mestrado e Doutorado - da Universidade de Santa Cruz do Sul (PPGD/UNISC); Líder do Grupo de Pesquisa Políticas Públicas de Inclusão Social e do Grupo de Estudos em Direitos Humanos de Crianças, Adolescentes e Jovens e Políticas Públicas do PPGD/UNISC; Email: andrecustodio@unisc.br. Lattes: <https://orcid.org/0000-0002-2618-0156>

INTRODUÇÃO

O reconhecimento da importância da função da família enquanto base da sociedade repercute diretamente no reconhecimento do direito à convivência familiar e comunitária como direito fundamental garantido às crianças e adolescentes na teoria da proteção integral. O novo paradigma de proteção das crianças e adolescentes dispõe que os direitos delas devem ser tratados de forma prioritária, para a garantir o superior interesse das crianças e adolescentes enquanto seres humanos em desenvolvimento. A convivência familiar e comunitária é importante para garantir o ciclo completo de desenvolvimento das crianças e adolescentes que receberão, no contexto familiar, as primeiras referências de socialização.

A regra é que as crianças e adolescentes permaneçam junto às suas famílias de origem. Entretanto, de forma excepcional, podem, quando necessário, acessar os serviços de acolhimento familiar ou institucional. Os serviços de acolhimento familiar foram inseridos no ordenamento jurídico como uma alternativa de acesso aos serviços de acolhimento.

A partir da existência do acolhimento familiar, o institucional deve ser considerado exceção. O serviço das famílias acolhedoras permite que crianças e adolescentes possam experimentar, de forma temporária, a convivência familiar através do acolhimento por famílias que fazem parte de cadastro específico. O legislador inseriu proibição de que participantes dos cadastros de adoção participem do serviço de acolhimento, com a intenção de evitar a burla do cadastro de adoção.

Ocorre que, no decorrer da convivência temporária, vínculos afetivos poderão ser estabelecidos e, caso a proibição prevista na legislação seja mantida, direitos de crianças e adolescentes poderão ser violados pelo Estado, que é um dos responsáveis em garantir a observância desses direitos, fato que pode ensejar responsabilização fundamentada no instituto denominado perda de uma chance.

O artigo, portanto, analisará o direito à convivência familiar através dos serviços de apadrinhamento e a proibição da adoção por participantes do serviço de acolhimento familiar no contexto do direito à convivência familiar e comunitária de crianças e adolescentes. O objetivo geral desta pesquisa é estudar os pressupostos que embasam a proibição de adotar por participantes de serviços de apadrinhamento no contexto dos direitos fundamentais à convivência familiar de crianças e adolescentes. Os objetivos específicos são descrever os fundamentos do direito à convivência familiar e comunitária de crianças e adolescentes; analisar o contexto dos programas de apadrinhamento socioafetivo de crianças e adolescentes e verificar se a proibição da adoção nos casos de apadrinhamento atende aos fundamentos do direito à convivência familiar e comunitária. O problema que o trabalho pretende responder é se a proibição de adotar atribuída aos participantes de programas de apadrinhamento atende aos fundamentos do direito à convivência familiar e comunitária. A hipótese inicial é que a vedação legal, como regra, viola o princípio da proteção integral e os pressupostos básicos de garantia do direito à convivência familiar.

O método de abordagem foi dedutivo e o método de procedimento foi monográfico com técnicas de pesquisa bibliográfica e documental. A pesquisa bibliográfica foi realizada nas bases de dados acadêmicas, considerando a produção científica brasileira atual sobre o tema. A pesquisa documental foi realizada no Sistema Nacional de Adoção e no Sistema Nacional de Adoção e Acolhimento, ambos disponíveis no site do Conselho Nacional de Justiça.

Os fundamentos do direito à convivência familiar e comunitária: a teoria da proteção integral do direito da criança e do adolescente

O reconhecimento da importância da família no desenvolvimento do ser humano repercutiu na mudança no reconhecimento jurídico dos direitos fundamentais de crianças e adolescentes, saindo-se da doutrina jurídica da situação irregular para dar início à teoria da proteção integral. O movimento de reconhecimento do papel da família teve início na legislação internacional, sendo incorporado no Brasil através da Constituição Federal de 1988, que, além de reconhecer que a família, por ser a base da sociedade, merece proteção especial do Estado, no artigo 227, consagrou a teoria da proteção integral, e, no artigo subsequente: “fez com que crianças e adolescentes fossem reconhecidas como sujeitos de direitos com prioridade absoluta em decorrência do seu peculiar estado de desenvolvimento”¹.

Portanto, a teoria da proteção integral foi incorporada no ordenamento jurídico brasileiro em 5 de outubro de 1988, ou seja, antes da publicação da Convenção Internacional dos Direitos da Criança, datada de 20 de novembro de 1989. Os movimentos sociais em defesa da infância ocuparam lugar de destaque no processo de transição de paradigma brasileiro que teve a participação de juristas e de outros campos do conhecimento.

A Constituição da República Federativa do Brasil e suas respectivas garantias democráticas constituíram a base fundamental do Direito da Criança e do Adolescente interrelacionado os princípios e diretrizes da teoria da proteção integral, que por consequência provocou um reordenamento jurídico, político e institucional sobre todos os planos, programas, projetos ações e atitudes por parte do Estado, em estreita colaboração com a sociedade civil, nos quais os reflexos se (re)produzem sobre o contexto sócio-histórico brasileiro².

A amplitude da mudança faz com que o novo modelo de proteção ultrapasse a visão de doutrina, podendo ser denominado como teoria da proteção integral.

A constituição de uma base epistemológica consistente possibilitou a doutrina da proteção integral reunir tal conjunto de valores, conceitos, regras, articulações de sistemas e legitimidade junto à comunidade científica que a

¹ BORGES, Glaucia. *Conceitos fundamentais do direito da criança e do adolescente*. Florianópolis: Conceito Atual, 2020. p. 113.

² CUSTÓDIO, André Viana. Teoria da proteção integral: pressuposto para compreensão do direito da criança e do adolescente. *Revista do Direito*, n. 29, p. 22-43, jan./jun. 2008. p. 27.

elevou a um outro nível de base e fundamentos teóricos, recebendo, de modo mais imediato, a representação pela ideia de Teoria da Proteção Integral³.

Com a substituição da doutrina da situação irregular pela teoria da proteção integral de crianças e adolescentes, como sujeitos de direitos que são, estes passaram a ter assegurados direitos fundamentais expressamente previstos no ordenamento jurídico, cabendo ao Estado, à sociedade e à família a responsabilidade de garantir que esses direitos serão observados de forma prioritária. A tríplice responsabilidade é uma estratégia para garantir que os direitos outorgados sejam respeitados e para certificar o superior interesse das crianças e adolescentes.

A proteção constitucional ao direito à convivência familiar e comunitária

Entre o rol de direitos que devem ser assegurados às crianças e adolescentes, está o direito à convivência familiar e comunitária. A importância dessa convivência é amplamente reconhecida no ordenamento jurídico brasileiro e nas legislações internacionais. A Constituição Federal de 1988 reconheceu o direito à convivência como direito fundamental ao incluí-lo no rol do artigo 227:

É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão⁴.

A proteção do direito à convivência familiar é uma consequência do reconhecimento da função da família no desenvolvimento da pessoa. Crianças e adolescentes devem ter seus direitos garantidos com prioridade absoluta. Sob o olhar da teoria da proteção integral, o foco do direito à convivência familiar e comunitária deve ser as crianças e os adolescentes.

Assim, afastam-se as antigas ideias de infância-objeto, assentadas na perspectiva de que as famílias tinham todos os direitos sobre a criança. Aqui, de modo extremamente inovador, reconhece-se o princípio do melhor interesse da criança como forma de desenvolvimento⁵.

O Estatuto da Criança e do Adolescente dispõe sobre a convivência familiar no artigo 19: “é direito da criança e do adolescente ser criado e educado no seio de sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e

³ CUSTÓDIO, André Viana. Teoria da proteção integral: pressuposto para compreensão do direito da criança e do adolescente. *Revista do Direito*, n. 29, p. 22-43, jan./jun. 2008. p. 27.

⁴ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 31 jul. 2022.

⁵ CUSTÓDIO, André Viana. *Direito da Criança e do Adolescente*. Criciúma: UNESC, 2009. p. 50.

comunitária, em ambiente que garanta seu desenvolvimento integral”⁶. Portanto, enquanto a Constituição Federal garante o direito à convivência familiar de forma ampla a todas as crianças e adolescentes, o estatuto regulamenta esse direito em casos de violação de direitos.

O deslocamento do foco de proteção do interesse dos pais para o interesse das crianças garante a observância do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, que têm o direito de crescer e se desenvolver no contexto familiar, sendo os pais ou responsáveis diretamente vinculados à garantia dos direitos fundamentais.

Ao dispor sobre o direito à convivência familiar, partiu-se do pressuposto que é nas famílias em que há os primeiros ensinamentos de valores e princípios que nortearão suas vidas, e que crianças e adolescentes deverão estar protegidos de qualquer forma de violência.

A inserção do direito à convivência comunitária no rol de direitos fundamentais é indispensável à garantia do melhor interesse das crianças e adolescentes, pois amplia o círculo de convívio. Faz parte do desenvolvimento humano o compartilhamento de momentos com pessoas estranhas ao núcleo familiar. A escola, o bairro, o condomínio são os primeiros lugares em que a convivência comunitária é experimentada. O contato com o externo possibilita a inclusão das crianças e adolescentes na comunidade em que vivem, local em que eles ampliarão seus conhecimentos, o que possibilita o pleno desenvolvimento do ser humano, e, além de conhecer os hábitos da própria família, conhecerão os de outras.

Ao tratar da convivência comunitária, o Plano Nacional de Promoção, Proteção e Defesa do Direito das Crianças e Adolescentes à Convivência Familiar e Comunitária dispõe que:

Os espaços e as instituições sociais são, portanto, mediadores das relações que as crianças e os adolescentes estabelecem, contribuindo para a construção de relações afetivas e de suas identidades individual e coletiva. Nessa direção, se o afastamento do convívio familiar for necessário, as crianças e adolescentes devem, na medida do possível, permanecer no contexto social que lhes é familiar. Além de muito importante para o desenvolvimento pessoal, a convivência comunitária favorável contribui para o fortalecimento dos vínculos familiares e a inserção social da família⁷.

O direito à convivência das crianças e adolescentes com pessoas externas ao núcleo familiar exerce função essencial na construção do ser humano, uma vez que é através dessas relações que se torna possível conhecer outras culturas e experiências. Enfim, a convivência comunitária permite que crianças e adolescentes tenham acesso e contato com realidades sociais diferentes daquelas vivenciadas em seus lares.

⁶ BRASIL. *Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990*. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1990b. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 31 jul. 2022.

⁷ BRASIL. *Plano Nacional de Promoção, Proteção e Defesa do Direito das Crianças e Adolescentes à Convivência Familiar e Comunitária*. Brasília, DF: Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome, 2006. Disponível em: https://www.mds.gov.br/webarquivos/publicacao/assistencia_social/Cadernos/Plano_Defesa_CriançasAdolescentes%20.pdf. Acesso em: 31 jul. 2022. p. 33.

Portanto, para um desenvolvimento adequado e sistêmico da personalidade da criança e do adolescente, deve-se unir a convivência familiar à convivência comunitária, sendo esses espaços complementares: “conviver em família e na comunidade é sinônimo de segurança e estabilidade para o desenvolvimento de um ser em formação”⁸.

Os princípios fundamentais do direito à convivência familiar e comunitária

O Estatuto da Criança e do Adolescente “é considerado um microsistema que tem por objetivos garantir os direitos fundamentais e proteger de forma integral crianças e adolescentes”⁹. Dois princípios têm inegável relevância na teoria da proteção integral e, também, no direito fundamental à convivência familiar e comunitária: (i) o princípio da prioridade absoluta; (ii) princípio do superior interesse da criança e do adolescente.

Crianças e adolescentes deixaram de ser considerados objeto de direito com o advento da teoria da proteção integral e foram reconhecidos como sujeitos de direitos que merecem proteção especial em razão da condição peculiar em que se encontram, uma vez que estão em processo de desenvolvimento enquanto ser humano, condição que fundamenta o tratamento prioritário.

O princípio da prioridade absoluta encontra previsão no artigo 227 da Constituição Feral e nos artigos 4º e 100, parágrafo único, inciso II, do Estatuto da Criança e do Adolescente. O nome “princípio” é autoexplicativo ao trazer a expressão prioridade absoluta. Entretanto, o legislador elencou no parágrafo único do artigo 4º quais aspectos são garantidos pela prioridade:

A garantia de prioridade compreende:

- a) primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias;
- b) precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública;
- c) preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas;
- d) destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude¹⁰.

O segundo princípio que exerce função fundamental na garantia do direito à convivência familiar e comunitária é o princípio do melhor interesse da criança, previsto no princípio 2 da Declaração Universal dos Direitos da Criança, de 1959¹¹. O princípio

⁸ MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coord.). *Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos*. 14. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022. p. 186.

⁹ AMIN, Andréa Rodrigues. Princípios orientadores do direito da criança e do adolescente. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coord.). *Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos*. 14. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022. p. 73.

¹⁰ BRASIL. *Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990*. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1990b. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm. Acesso em: 31 jul. 2022.

¹¹ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração Universal dos Direitos da Criança*. Genebra: UNICEF, 1959. Disponível em: <https://crianca.mppr.mp.br/pagina-1069.html>. Acesso em: 14 ago. 2022.

ainda é encontrado na Convenção Internacional sobre Direitos das Crianças, no item 1 do artigo 3¹².

No direito interno, o melhor interesse da criança e do adolescente, que é um dos pilares da teoria da proteção integral, está implicitamente previsto no artigo 227 da Constituição Federal. É através dele que se “impõe que todos os atos da família, da sociedade e do Estado devem levar em conta o melhor interesse da criança ou do adolescente, ou seja, deve prevalecer o interesse destes em decorrência daqueles”¹³.

Do ponto de vista prático, a operacionalização do princípio do “interesse superior” constitui valioso instrumento metodológico para o estabelecimento de padrões objetivos de ordenação, avaliação e aprimoramento do Sistema de Direitos Fundamentais que são objeto central da Convenção e do Direito da Criança e do Adolescente. Através de sua correta interpretação e aplicação podem comprometer as políticas públicas, a prática administrativa, legislativa e judicial e a ação dos indivíduos na vida privada, com a prioridade ou primazia absoluta, pode-se assegurar a integralidade, a máxima operatividade e a mínima restrição dos Direitos que constituem sua razão social e jurídica de ser (*ratio essendi*)¹⁴.

Os princípios acima analisados desempenham função essencial na garantia do direito fundamental à convivência familiar e comunitária. Um dos aspectos de relevância é a mudança de perspectiva dos direitos de quem se pretende proteger quando se fala em convivência. Antes da teoria da proteção integral, os direitos eram analisados do ponto de vista do adulto.

No caso do direito à convivência familiar, partia-se da perspectiva do direito da mãe e do pai conviverem com os filhos, ou da adoção, em que o interesse principal era suprir a vontade dos adultos de serem pais. Na teoria da proteção integral, o ponto de partida será sempre o melhor interesse da criança e do adolescente, sendo seus direitos observados com prioridade absoluta, pois são considerados pessoas em desenvolvimento.

Assim, em razão da tríplice responsabilidade, é dever de todos, Estado, família e sociedade, garantir o direito à convivência familiar e comunitária de forma prioritária, devendo assegurar a oferta de serviços de acolhimento familiar e institucional de acordo com a demanda e necessidade de cada município.

¹² BRASIL. Decreto n. 99.710, de 21 de novembro de 1990. Promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança. Brasília, DF: Presidência da República, 1990a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d99710.htm. Acesso em: 29 ago. 2022.

¹³ BORGES, Gláucia. *Conceitos fundamentais do direito da criança e do adolescente*. Florianópolis: Conceito Atual, 2020. p. 97.

¹⁴ LIMA, Miguel Moacyr Alves. *O Direito da Criança e do Adolescente: fundamentos para uma abordagem principiológica*. 2001. 530 f. Tese (Doutorado em Direito) – Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2001. p. 223.

O contexto dos serviços de apadrinhamento socioafetivo de crianças e adolescentes: o conceito de programas de apadrinhamento

O legislador brasileiro trouxe os programas de apadrinhamento para dentro do Estatuto da Criança e do Adolescente em 2017, através da Lei n. 13.059, de 22 de novembro de 2017, que inseriu o artigo 19-B no texto legal.

Art. 19-B. A criança e o adolescente em programa de acolhimento institucional ou familiar poderão participar de programa de apadrinhamento.

§ 1º O apadrinhamento consiste em estabelecer e proporcionar à criança e ao adolescente vínculos externos à instituição para fins de convivência familiar e comunitária e colaboração com o seu desenvolvimento nos aspectos social, moral, físico, cognitivo, educacional e financeiro¹⁵.

Primeiramente, é importante fazer uma ressalva quanto às palavras escolhidas pelo legislador para o novo instituto: programa de apadrinhamento. Existem críticas doutrinárias sobre o uso da expressão “programa”, que é o conjunto de ações temporárias. É mais adequada a utilização da palavra “serviço”, por ser congruente com a característica de continuidade da ação, uma vez que o serviço é ofertado de forma permanente. Recomenda-se, portanto, o uso de serviço de acolhimento familiar em família acolhedora.

Feita a ressalva quanto à nomenclatura utilizada, passa-se ao estudo dos serviços de acolhimento. A novidade legislativa foi um avanço de inclusão social, comunitária e familiar, visando garantir o direito fundamental à convivência, pois “estimula a aproximação de pessoas da comunidade com crianças e adolescentes acolhidos e oferece a eles as mais diversas oportunidades”¹⁶.

o apadrinhamento civil (ou jurídico) é o compromisso assumido, voluntariamente por alguém, (que não poderia ser compelido a prestar alimentos) de manter moral e/ou materialmente uma criança ou adolescente, durante um tempo determinado ou determinável, sem qualquer intenção de adotá-la ou de ter sua guarda – por conseguinte, sem o objetivo de recebê-la em família substituta¹⁷.

Entre as modalidades de apadrinhamento, destacam-se as seguintes: apadrinhamento afetivo, apadrinhamento financeiro, apadrinhamento de serviço e apadrinhamento acolhedor¹⁸.

O apadrinhamento afetivo e o apadrinhamento acolhedor têm relevância ao direito à convivência familiar e comunitária. No primeiro, a convivência acontece nas unidades de acolhimento. Os padrinhos visitam os apadrinhados nas unidades de oferta dos serviços, sem assumir responsabilidades na educação das crianças e adolescentes. No

¹⁵ BRASIL. *Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990*. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1990b. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 31 jul. 2022.

¹⁶ SILVA, Fernando Moreira Freitas da. *Adoção: um diálogo entre os direitos fundamentais e a realidade dos acolhimentos institucionais*. Londrina: Thoth, 2022. p. 166.

¹⁷ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: famílias*. 12. ed. Salvador: JusPodivm, 2020. p. 1056.

¹⁸ SILVA, Fernando Moreira Freitas da. *Adoção: um diálogo entre os direitos fundamentais e a realidade dos acolhimentos institucionais*. Londrina: Thoth, 2022. p. 166.

segundo, as famílias recebem as crianças e os adolescentes em seus lares, ficando responsáveis pela educação, saúde, proteção e demais direitos do acolhido, sem que implique no exercício da guarda ou tutela.

Este artigo analisa a modalidade apadrinhamento acolhedor, também conhecida como família acolhedora, por entender que essa é a modalidade que atende de forma integral o princípio fundamental da convivência familiar e comunitária ao permitir que crianças e adolescentes atendidos em serviços de acolhimento aguardem a finalização do processo de destituição do poder familiar ou a inserção em família substituta através da adoção com residência no lar da família acolhedora, garantindo a observância dos seus melhores interesses.

Uma das funções da família acolhedora é substituir o serviço de acolhimento institucional, possibilitando que crianças e adolescentes em situações suscetíveis de acolhimento possam ter os efeitos negativos do afastamento da família atenuados com a colocação em outro lar, em vez do encaminhamento tradicional aos chamados serviços de acolhimento institucional: “Trata-se de um serviço de acolhimento provisório, até que seja viabilizada uma solução de caráter permanente para a criança ou adolescente, ou seja, a reintegração familiar ou, excepcionalmente, colocação em família substituta”¹⁹.

Considerando que a convivência familiar e comunitária é um direito fundamental que tem função relevante no desenvolvimento das crianças e dos adolescentes, o acolhimento institucional deve ser medida excepcional e, quando necessário, deve-se buscar alternativas para garantir a observância dos princípios da doutrina da proteção integral. A possibilidade de acolhimento em famílias é uma alternativa que vai ao encontro da proteção integral, visando o superior interesse das crianças e adolescentes.

Os serviços de apadrinhamento no estado do Rio Grande do Sul

O estado do Rio Grande do Sul, após a alteração legislativa que inclui o artigo 19-B no Estatuto da Criança e do Adolescente, regulamentou dois projetos que têm por objetivo garantir a convivência familiar e comunitária de crianças e adolescentes institucionalizados.

a medida de acolhimento institucional, por sua própria natureza, priva o acolhido de alguns de seus direitos, haja vista que inibe a convivência familiar e, na prática, muitas vezes, a convivência comunitária. Em razão disso, foram sendo previstos alguns direitos de observação específica para a hipótese de crianças e adolescentes em acolhimento²⁰.

O projeto denominado “Apadrinhar” foi lançado pela Coordenadoria da Infância e Juventude do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, no ano de 2017. O objetivo geral

¹⁹ BORGES, Gláucia. *Conceitos fundamentais do direito da criança e do adolescente*. Florianópolis: Conceito Atual, 2020. p. 123.

²⁰ SILVEIRA, Mayra. *O impacto do acolhimento institucional no direito de crianças e adolescentes à convivência familiar: um estudo do cadastro de adoção e de crianças acolhidas de Santa Catarina entre os anos de 2009 e 2020*. Tese (Doutorado em Direito) – Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2021. p. 139.

do projeto é promover a convivência familiar e comunitária de crianças e adolescentes acolhidos no estado, sem, contudo, retirar a criança e o adolescente da instituição. O projeto prevê, no item 7, que o público-alvo são “crianças e adolescentes que apresentam poucas perspectivas de adoção ou retorno para a família”²¹ e elenca, no mesmo item, exemplos de quais características dificultam a retomada da convivência. O Projeto Apadrinhar é um exemplo de acolhimento afetivo.

A forma de acolhimento que permite a observância integral do direito à convivência familiar e comunitária às crianças institucionalizadas foi regulamentada pela Lei n. 15.210, de 25 de julho de 2018, que instituiu o Programa de Guarda Temporária de Crianças e Adolescentes – Família Acolhedora. O artigo 3º da lei dispõe que:

O Programa Família Acolhedora tem por objetivo acolher e atender temporariamente crianças e adolescentes que estejam em situação de risco pessoal ou social em razão de abandono, negligência familiar, violência ou opressão, afastados da família de origem por decisão judicial²².

Portanto, a legislação gaúcha, seguindo a legislação federal, proporciona que, diante da necessidade de retirar a criança ou o adolescente da convivência com a família de origem, seja oportunizada a observância ao direito à convivência familiar e comunitária, buscando, além de garantir o direito constitucionalmente previsto, atenuar os danos emocionais que essas crianças e adolescentes já estão passando.

O perfil das crianças e adolescentes no Sistema Nacional de Adoção e Acolhimento no estado do Rio Grande do Sul

As estatísticas apontam, em julho de 2022, que, no Rio Grande do Sul, existem 314 crianças e adolescentes aptos à adoção e 4.082 pretendentes²³. Em contrapartida, existem 3.431 crianças e adolescentes acolhidos, sendo 3.326 em acolhimento institucional e 105 em famílias acolhedoras²⁴.

Foi realizada pesquisa no Sistema Nacional de Adoção e Acolhimento, disponível no site do Conselho Nacional de Justiça, das adoções realizadas nas três cidades com maior número de habitantes do Rio Grande do Sul: Porto Alegre, Caxias do Sul e Canoas. A

²¹ RIO GRANDE DO SUL. *Projeto Apadrinhar*. Porto Alegre: Coordenadoria da Infância e Juventude, 2017. Disponível em: https://www.tjrs.jus.br/novo/download/?arquivo_id=40637. Acesso em: 9 set. 2022.

²² RIO GRANDE DO SUL. *Lei n. 15.210, de 25 de julho de 2018*. Institui o Programa de Guarda Temporária de Crianças e Adolescentes – Família Acolhedora. Porto Alegre: Governo do Estado do Rio Grande do Sul, 2018. Disponível em: <https://leisestaduais.com.br/rs/lei-ordinaria-n-15210-2018-rio-grande-do-sul>. Acesso em: 14 ago. 2022.

²³ RIO GRANDE DO SUL. *Dados dos Projetos da Coordenadoria da Infância e Juventude*. Porto Alegre: Coordenadoria da Infância e Juventude, 2022. Disponível em: <https://www.tjrs.jus.br/novo/cij/wp-content/uploads/sites/9/2022/07/Dados-atualizados-dia-25.07.2022.pdf>. Acesso em: 11 set. 2022.

²⁴ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Sistema Nacional de Acolhimento*. 2022. Disponível em: <https://paineisanalytics.cnj.jus.br/single/?appid=ccd72056-8999-4434-b913-f74b5b5b31a2&sheet=2e4a9224-b8fe-4a85-8243-f4ccee6e4f01&lang=pt-BR&opt=ctxmenu,cursel&select=clearall>. Acesso em: 17 ago. 2022.

pesquisa examinou a idade dos adotados, considerando as adoções por sentença, no período de 01/01/2012 e 01/07/2022.

Tabela 1 – Crianças adotadas no período 2012-2022

Idade	Registros de adoções		
	Porto Alegre	Caxias do Sul	Canoas
0-3 anos	226	77	34
3-6 anos	130	22	21
6-9 anos	68	10	13
9-12 anos	54	14	4
12-15 anos	27	2	3
15-18 anos	13	1	1
18-21 anos	1	0	0
TOTAL	519	126	76

Fonte: Elaborada pelos autores (2022).

A pesquisa demonstra que a maioria das adoções realizadas é de crianças até seis anos, comprovando que, à medida que o tempo passa e a criança cresce, suas chances de ser colocada em família substituta reduzem.

O eventual interesse da realização da adoção entre padrinhos e apadrinhados deve considerar o contexto das adoções retratadas. Crianças com idade acima de nove anos, assim como adolescentes, têm uma perspectiva pequena de serem inseridos em uma nova família. O contexto deve ser analisado em cada caso para que se verifique se a intenção de adotar manifestada pela família acolhedora pode ser hipótese de garantir a proteção dos direitos da criança ou do adolescente.

A proibição da adoção nos casos de apadrinhamento no contexto da teoria da proteção integral: a construção de vínculos socioafetivos de crianças e adolescentes apadrinhados

O serviço prestado através da família acolhedora possibilita que crianças e adolescentes tenham o direito à convivência familiar e comunitária através de vínculos constituídos com terceiros. Durante o acolhimento, é possível que vínculos afetivos entre os padrinhos e seus apadrinhados sejam aprofundados, diante dos laços que nascem durante a convivência.

A legislação que trata das famílias acolhedoras é clara ao dispor que o acolhimento tem caráter provisório. O artigo 10 da Lei n. 15.210/2018²⁵, em seu parágrafo único, dispõe sobre a temporariedade, fixando o prazo máximo de dois anos para o acolhimento. Há um cuidado para que, através do acolhimento, não sejam criados deveres aos cadastrados no serviço. A previsão evidencia a preocupação do legislador, que visa evitar

²⁵ RIO GRANDE DO SUL. *Lei n. 15.210, de 25 de julho de 2018*. Institui o Programa de Guarda Temporária de Crianças e Adolescentes – Família Acolhedora. Porto Alegre: Governo do Estado do Rio Grande do Sul, 2018. Disponível em: <https://leisestaduais.com.br/rs/lei-ordinaria-n-15210-2018-rio-grande-do-sul->. Acesso em: 14 ago. 2022.

que sejam impostos deveres perante os apadrinhados além daqueles assumidos ao integrar o serviço, entre eles, possibilitar a convivência familiar e comunitária.

Entretanto, durante o lapso de convivência legalmente previsto, é possível que sejam criados vínculos afetivos fortes entre os envolvidos, possíveis de caracterizar a filiação socioafetiva, sendo “a socioafetividade é uma forma de relação de parentesco, originada do vínculo de afetividade. É a manifestação familiar calcada nos sentimentos, ultrapassando os vínculos biológicos”²⁶.

Porém, para que seja possível a declaração de vínculo socioafetivo, esse deve ser inequivocadamente comprovado, sob pena de haver um esvaziamento dos serviços de apadrinhamento diante do possível receio de que a convivência gere, como regra, o nascimento de deveres e obrigações através da parentalidade socioafetiva.

A perda da chance de ter uma família

O parágrafo 2º do artigo 19-B do Estatuto da Criança e do Adolescente²⁷ prevê que não podem participar dos serviços de acolhimento pessoas que estão no cadastro de adoção. A vedação garante aos padrinhos que não serão impostos deveres de uma filiação não desejada. Essa garantia serve de estímulo àqueles que têm intenção de participar dos serviços de acolhimento familiar e proporcionar, provisoriamente, a convivência familiar da criança e/ou do adolescente recebido na família.

Contudo, ao longo da convivência e através dos vínculos afetivos estabelecidos, pode nascer entre padrinhos e apadrinhados a vontade de transformar a relação, inicialmente provisória, em definitiva. O fato acontece quando a relação entre os envolvidos passa a ser de pais e filhos e nasce a intenção de transformar a relação em definitiva.

Manter a proibição legal nessas situações, especialmente se o apadrinhado estiver em idade em que as possibilidades de adoção são reduzidas, seria uma forma de violação, pelo Estado, da proteção integral de crianças e adolescentes, especialmente do direito à convivência familiar. Assim, constatada a existência da intenção de estabelecer uma relação de filiação, a vedação da constituição da filiação afetiva através da adoção pode, a depender das circunstâncias do caso concreto, ser considerada hipótese de responsabilidade civil denominada perda de uma chance.

A teoria da perda de uma chance “se caracteriza quando em virtude da conduta de outrem, desaparece a probabilidade de um evento que possibilitaria um benefício futuro para a vítima”²⁸. Ou seja, em virtude da vedação do Estado, desaparece a probabilidade de o apadrinhado ter uma família e de ter observado o direito à convivência familiar de forma definitiva.

²⁶ BORGES, Glauca. *Conceitos fundamentais do direito da criança e do adolescente*. Florianópolis: Conceito Atual, 2020. p. 125.

²⁷ BRASIL. *Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990*. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1990b. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm. Acesso em: 31 jul. 2022.

²⁸ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2019. p. 109.

Sendo uma modalidade de responsabilidade civil, é necessário comprovar a existência de seus requisitos. O artigo 186 do Código Civil dispõe que “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”²⁹.

Para que seja imputada a responsabilidade civil a alguém, é necessário verificar a existência de três requisitos: a existência de ato ilícito; a conduta, culposa ou dolosa, e o nexó causal entre a conduta e o resultado. Além dos requisitos, é necessário verificar se se trata de hipótese de responsabilidade extracontratual ou contratual e subjetiva ou objetiva.

O caso estudado é de responsabilidade civil extracontratual em razão da inexistência de contrato entre os envolvidos: criança e/ou adolescente apadrinhado e Estado. A responsabilidade pela perda de uma chance seria imposta ao Estado, que deveria agir na proteção das crianças e adolescentes e não o faz ou é omissor. A regra é que a responsabilidade civil do Estado é objetiva, ou seja, independe da comprovação da culpa, na forma do parágrafo 6º do artigo 37 da Constituição Federal³⁰. Entretanto, diante das peculiaridades que envolvem essa situação, a responsabilidade deve ser a subjetiva, ou seja, depende da comprovação que a conduta do agente, no caso do Estado, gerou um dano, a perda de uma chance de ter uma família: “A aproximação entre o direito das famílias e a responsabilidade civil se estreitou nos últimos anos. [...] sua aplicação passou a ser reconhecida nos danos decorrentes de relações familiares”³¹.

Seguindo essa tendência, o instituto deve ver o direito da criança e do adolescente como mais uma ferramenta para assegurar o seu superior interesse na garantia do direito à convivência familiar. Contudo, reitera-se, a aplicação deve ser cautelosa para evitar que todos os casos sejam levados ao Poder Judiciário. Alguns pressupostos devem ser preenchidos para que se viabilize o ingresso de ação judicial, requerendo que o Estado seja condenado a indenizar a criança ou o adolescente que foi impossibilitado de ser adotado. Dentre eles, está o requisito do surgimento da vontade da constituição do vínculo permanente da filiação entre todos os envolvidos, somado à inviabilização da adoção pelo Estado.

A inversão de prioridades: a violação de direito fundamental

Os direitos de crianças e dos adolescentes devem ser garantidos de forma prioritária para que seja observado o princípio da proteção integral previsto na Constituição Federal de 1988. O direito à convivência familiar é um dos princípios

²⁹ BRASIL. *Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 8 ago. 2022.

³⁰ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 31 jul. 2022.

³¹ CUSTÓDIO, André Viana; GRIGUC, Maurício Nader. O direito à convivência familiar de crianças e adolescentes: uma análise da responsabilidade civil por desistência de adoção. *Cadernos de Direito*, n. 20, p. 107-123, jul./dez. 2021. p. 117.

fundamentais que encontra aparo tanto na Constituição Federal quanto no Estatuto da Criança e do Adolescente. A inclusão dos serviços de família acolhedora na legislação brasileira tem por objetivo principal certificar que esse direito fosse garantido às crianças e adolescentes afastados de suas famílias.

Há uma nítida preocupação do legislador em evitar a burla do procedimento de adoção. Esse fato é comprovado pela vedação prevista no parágrafo 2º do artigo 19-B do Estatuto da Criança e do Adolescente³², que proíbe a participação concomitante no cadastro de adoção e no de família acolhedora.

Entretanto, a proibição deve ser considerada caso a caso. Sabe-se da importância do atual sistema de adoção como maneira de frear a chamada adoção à brasileira, realizada visando, de forma prioritária, os interesses dos adultos que desejam ser pais, em detrimento dos ensinamentos da teoria da proteção integral. Além disso, deve-se verificar se há a real intenção dos envolvidos na constituição da filiação socioafetiva.

Contudo, mesmo com os fundamentos mencionados, cabe ao Estado ficar atento às peculiaridades de cada caso. O afeto ganhou *status* de valor. Crianças e adolescentes que experimentam os serviços das famílias acolhedoras podem encontrar nos seus padrinhos a família que esperam. E a situação que era para ser provisória, com o passar do tempo e com estabelecimentos de vínculos inequívocos de filiação, torna possível que surja uma família que pretende tornar definitiva a situação inicialmente provisória.

Verificados os requisitos e a situação concreta, o Estado, como um dos responsáveis na proteção dos direitos das crianças e adolescentes, deve garantir, prioritariamente, que seus direitos sejam respeitados. É o superior interesse das crianças e adolescentes que deve prevalecer. Ressalta-se que as normas do procedimento para colocação em família substituta, como o cadastro de adoção, também existem para proteger o direito das crianças e dos adolescentes e não o direito de adultos que esperam por um filho.

Cada caso deve ser analisado para verificar se excepcionar a vedação do parágrafo único seria uma forma de garantir o superior interesse da criança e do adolescente. E, na hipótese de o Estado manter, como regra absoluta, a proibição da adoção por pessoas cadastradas em serviços de acolhimento que estabelecem relação de filiação socioafetiva com seus apadrinhados, ele violará os pressupostos básicos da proteção integral, uma vez que, reitera-se, o direito deve ser analisado sob a respectiva da criança e do adolescente, visando garantir o superior interesse destes.

Considerações finais

A teoria da proteção integral, incorporada no direito brasileiro através da Constituição Federal, reconheceu crianças e adolescentes como sujeitos de direito que devem ter seus direitos observados de forma prioritária, por serem pessoas em especial

³² BRASIL. *Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990*. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1990b. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 31 jul. 2022.

condição de desenvolvimento, com direitos que asseguram a proteção à convivência familiar e comunitária. Esse direito, assim como os demais, tem por objetivo observar o melhor interesse da criança e do adolescente. A convivência familiar e comunitária tem previsão na Constituição Federal e no Estatuto da Criança e do Adolescente. Enquanto a Carta Constitucional prevê o direito de forma ampla e geral, o estatuto dispõe sobre a convivência de crianças e adolescentes afastados de suas famílias de origem.

Os serviços de apadrinhamento, incluídos na legislação em 2017, garantem a possibilidade de que crianças e adolescentes que estão em acolhimento institucional possam ser acolhidos por famílias acolhedoras. Um dos objetivos do serviço das famílias acolhedoras é proporcionar a manutenção do direito à convivência familiar e comunitária enquanto crianças e adolescentes aguardam o retorno para a família de origem ou a colocação em família substituta. Há também o apadrinhamento afetivo, hipótese em que os padrinhos convivem com os afiliados, porém, de forma mais superficial, já que o acolhimento institucional é mantido. O Rio Grande do Sul tem os dois serviços instituídos, entretanto, a pesquisa avançou no serviço prestado pelas famílias acolhedoras, situação em que se verifica a observância integral do direito à convivência, uma vez que as crianças e os adolescentes deixam de residir na instituição e passam a morar com a família acolhedora.

A lei que instituiu o serviço de acolhimento familiar proibiu a adoção dos apadrinhados pela família acolhedora. A intenção do legislador foi garantir que os cadastros de famílias acolhedoras não fossem esvaziados pelo receio de que, ao acolher uma criança ou adolescente, houvesse a criação de deveres específicos da filiação, algo não desejado, geralmente, pelos participantes do serviço. A vedação ainda garante que o cadastro de adoção não será violado, nem servirá para a legalização da adoção à brasileira. Contudo, a aplicação do disposto no parágrafo 2º do artigo 19-B do Estatuto da Criança e do Adolescente deve ser de forma a garantir a proteção integral. Portanto, em casos em que se estabeleça, entre a família acolhedora e o acolhido, vínculo inequívoco de parentalidade socioafetiva, a regra deve ser excepcionada para garantir o superior interesse da criança ou do adolescente. Não é possível prever no momento do cadastro se nascerá na família acolhedora um vínculo de afeto forte entre os envolvidos que passam a se tratar como pais e filhos. Então, nos casos específicos, surgindo a intenção do reconhecimento da filiação socioafetiva entre todos os envolvidos, caso o Estado insista na aplicação da proibição legislativa, descumprirá com o seu dever de proteção das crianças e adolescentes, conduta que poderá permitir que ele seja responsabilizado pela perda da chance que essa criança ou adolescente teve ser colocada em família substituta.

O problema da pesquisa foi: a proibição de adotar atribuída aos participantes de serviços de apadrinhamento atende aos fundamentos do direito à convivência familiar e comunitária? A hipótese inicial é que a vedação legal, como regra, viola a proteção integral e os direitos fundamentais à convivência familiar. A hipótese foi parcialmente confirmada após a pesquisa realizada. Haverá violação da proteção integral quando, mesmo comprovada a intenção inequívoca em constituir a filiação socioafetiva entre padrinhos e apadrinhados, o Estado mantiver a proibição legal sob fundamento de impedir a adoção à brasileira e a burla do cadastro de adoção. A violação estará caracterizada por não ser

considerado o superior interesse da criança e do adolescente, prevalecendo, se mantida a literalidade do parágrafo 2º do artigo 19-B do Estatuto da Criança e do Adolescente, a prioridade do direito dos participantes do cadastro de adoção, fato que caracterizaria evidente retrocesso, ao colocar crianças e adolescentes como objeto de direito. Conclui-se que a aplicação indiscriminada da regra imposta pelo estatuto pode culminar na violação do referido direito, nos casos em que, ao longo da convivência, nasce a intenção de se estabelecer vínculo de filiação entre todos os envolvidos, ou seja, padrinhos e apadrinhados.

A pesquisa encontrou como limitação a dificuldade de acesso aos dados oficiais. Foi realizada consulta ao Sistema Nacional de Adoção e ao Sistema Nacional de Adoção e Acolhimento, ambos disponíveis no site do Conselho Nacional de Justiça. A pesquisa de estatísticas exige que, dentro do estado analisado, no caso o Rio Grande do Sul, escolha-se o órgão julgador, fato que dificulta a busca dos indicadores. Além disso, não foram encontrados índices oficiais das famílias acolhedoras no estado do Rio Grande do Sul.

A possibilidade da convivência familiar e comunitária através do serviço de famílias acolhedoras foi introduzida no Estatuto da Criança e do Adolescente pela Lei n. 13.509, de 22 de novembro de 2017. As famílias acolhedoras foram instituídas no Rio Grande do Sul em julho de 2018. Portanto, o serviço ainda é recente. Entretanto, considerando a relevância do tema e a observância do direito à convivência familiar de crianças e adolescentes institucionalizados, recomenda-se a continuidade da pesquisa com o acompanhamento dos indicadores das crianças e adolescentes recebidos pelo serviço das famílias acolhedoras, bem como o acompanhamento das decisões do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul de eventuais pedidos de adoção por integrantes dos cadastros do serviço de acolhimento familiar.

REFERÊNCIAS

AMIN, Andréa Rodrigues. Princípios orientadores do direito da criança e do adolescente. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coord.). *Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos*. 14. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022. p. 3-10.

BORGES, Glaucia. *Conceitos fundamentais do direito da criança e do adolescente*. Florianópolis: Conceito Atual, 2020.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 31 jul. 2022.

BRASIL. *Decreto n. 99.710, de 21 de novembro de 1990*. Promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança. Brasília, DF: Presidência da República, 1990a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d99710.htm. Acesso em: 29 ago. 2022.

BRASIL. *Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990*. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1990b.

Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 31 jul. 2022.

BRASIL. *Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406_compilada.htm. Acesso em: 8 ago. 2022.

BRASIL. *Plano Nacional de Promoção, Proteção e Defesa do Direito das Crianças e Adolescentes à Convivência Familiar e Comunitária*. Brasília, DF: Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome, 2006. Disponível em: https://www.mds.gov.br/webarquivos/publicacao/assistencia_social/Cadernos/Plano_Defesa_CriançasAdolescentes%20.pdf. Acesso em: 31 jul. 2022.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Sistema Nacional de Acolhimento*. 2022. Disponível em: <https://paineisanalytics.cnj.jus.br/single/?appid=ccd72056-8999-4434-b913-f74b5b5b31a2&sheet=2e4a9224-b8fe-4a85-8243-f4ccee6e4f01&lang=pt-BR&opt=ctxmenu,currsel&select=clearall>. Acesso em: 17 ago. 2022.

CUSTÓDIO, André Viana. *Direito da Criança e do Adolescente*. Criciúma: UNESC, 2009.

CUSTÓDIO, André Viana. Teoria da proteção integral: pressuposto para compreensão do direito da criança e do adolescente. *Revista do Direito*, n. 29, p. 22-43, jan./jun. 2008.

CUSTÓDIO, André Viana; GRIGUC, Maurício Nader. O direito à convivência familiar de crianças e adolescentes: uma análise da responsabilidade civil por desistência de adoção. *Cadernos de Direito*, n. 20, p. 107-123, jul./dez. 2021.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: famílias*. 12. ed. Salvador: JusPodivm, 2020.

LIMA, Miguel Moacyr Alves. *O Direito da Criança e do Adolescente: fundamentos para uma abordagem principiológica*. 2001. 530 f. Tese (Doutorado em Direito) – Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2001.

MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coord.). *Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos*. 14. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração Universal dos Direitos da Criança*. Genebra: UNICEF, 1959. Disponível em: <https://crianca.mppr.mp.br/pagina-1069.html>. Acesso em: 14 ago. 2022.

RIO GRANDE DO SUL. *Dados dos Projetos da Coordenadoria da Infância e Juventude*. Porto Alegre: Coordenadoria da Infância e Juventude, 2022. Disponível em:

<https://www.tjrs.jus.br/novo/cij/wp-content/uploads/sites/9/2022/07/Dados-atualizados-dia-25.07.2022.pdf>. Acesso em: 11 set. 2022.

RIO GRANDE DO SUL. *Lei n. 15.210, de 25 de julho de 2018*. Institui o Programa de Guarda Temporária de Crianças e Adolescentes – Família Acolhedora. Porto Alegre: Governo do Estado do Rio Grande do Sul, 2018. Disponível em: <https://leisestaduais.com.br/rs/lei-ordinaria-n-15210-2018-rio-grande-do-sul->, Acesso em: 14 ago. 2022.

RIO GRANDE DO SUL. *Projeto Apadrinhar*. Porto Alegre: Coordenadoria da Infância e Juventude, 2017. Disponível em: https://www.tjrs.jus.br/novo/download/?arquivo_id=40637. Acesso em: 9 set. 2022.

SILVA, Fernando Moreira Freitas da. *Adoção: um diálogo entre os direitos fundamentais e a realidade dos acolhimentos institucionais*. Londrina: Thoth, 2022.

SILVEIRA, Mayra. *O impacto do acolhimento institucional no direito de crianças e adolescentes à convivência familiar: um estudo do cadastro de adoção e de crianças acolhidas de Santa Catarina entre os anos de 2009 e 2020*. Tese (Doutorado em Direito) – Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2021.

Data de Recebimento: 12.09.2022

Data de Aprovação: 22.03.2023

“E DAÍ? NÃO SOU AMBIENTALISTA”: IMPLICAÇÕES DO GOVERNO BOLSONARO NAS MUDANÇAS CLIMÁTICAS

“SO WHAT? I AM NOT AN ENVIRONMENTALIST”: IMPLICATIONS OF BOLSONARO’S GOVERNMENT IN CLIMATE CHANGE

Alexandre de Sousa Ferreira*
Ruan Didier Bruzaca**

RESUMO

Este artigo tem como tema direito ambiental das mudanças climáticas e como delimitação as implicações jurídico-administrativas do Governo Jair Bolsonaro no combate às mudanças climáticas, considerando o período em que o então Ministro Ricardo Salles estava à frente do Ministério do Meio Ambiente (MMA), de 2019 a 2021. Como problema, indaga de que forma o Governo Jair Bolsonaro, durante o período em que o ex-Ministro Ricardo Salles estava à frente do Ministério do Meio Ambiente (MMA), de 2019 a 2021, implicou jurídico-administrativamente no combate às mudanças climáticas. O objetivo geral é identificar as implicações jurídico-administrativas do Governo Jair Bolsonaro no combate às mudanças climáticas, sendo os específicos: compreender o cenário internacional a respeito das mudanças climáticas; destacar a construção do direito ambiental das mudanças climáticas; e identificar acontecimentos e ações do Governo Jair Bolsonaro relacionados à mudança climática. O método é o hipotético-dedutivo, com pesquisa bibliográfica e documental.

Palavras-chave: Direito ambiental. Mudanças climáticas. Governo Jair Bolsonaro. Ministério do Meio Ambiente. Cenário internacional.

ABSTRACT

This scientific article's theme is the environmental law of climate change and as a delimitation the legal-administrative implications of the Jair Bolsonaro Government in the fight against climate change, considering the period in which Minister Ricardo Salles was ahead of the Ministry of Environment (MMA), from 2019 to 2021. As a problem, it asks how the Jair Bolsonaro government, from 2019 to 2021, implied juridically and administratively in the fight against climate change. The general objective is to identify the legal-administrative implications of the Jair Bolsonaro Government in the fight against climate change, and specifically is to understand the international scenario regarding climate change, highlight the construction of the environmental law of climate change and identify events and actions of the Jair Bolsonaro Government related to climate change. The method adopted is the hypothetical-deductive, with bibliographic and documentary research.

Key-words: Environmental law. Climate change. Jair Bolsonaro Government. Ministry of Environment. International scenario.

*Mestrando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC-RS). Especialização em Direito Processual pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC-MG). Professor do Centro Universitário UNDB. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7099144116690823>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-8271-4300>. E-mail: alexandreferreira18@gmail.com.

**Doutor em Ciências Jurídicas pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB). Mestre em Direito e Instituições do Sistema de Justiça pela Universidade Federal do Maranhão (UFMA). Professor Adjunto II da UFMA (PPGPP/UFMA). Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6275535687919566>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-6081-8451>. E-mail: ruan.didier@ufma.br.

INTRODUÇÃO

A questão das mudanças climáticas tomou espaço considerável no debate internacional e, conseqüentemente, nacional, iniciando-se no século passado e chegando até o momento atual. Trata-se de uma difícil problemática, que envolve temas como a crise ecológica, a soberania das nações, a economia globalizada, a equidade intergeracional, o caráter transfronteiriço do dano, entre outros fatores.

O título do presente artigo é uma reformulação das infelizes declarações do presidente Jair Bolsonaro durante a pandemia da Covid-19, na qual minimiza as mortes causadas pela doença com frases como “Eu não sou covreiro” e “E daí”¹. Reflete um reiterado comportamento negacionista quanto à ciência, agravando a situação sanitária do país. O mesmo se pode perceber quanto à questão ambiental, com negação de dados científicos, de ativistas ambientais e de manifestações da comunidade internacional: por isso se reformula a frase para “E daí? Não sou ambientalista”.

Neste compasso, o presente artigo tem como tema direito ambiental das mudanças climáticas. De forma delimitada, aborda-se as implicações jurídico-administrativas do Governo Jair Bolsonaro no combate às mudanças climáticas, considerando-se o período em que o então Ministro Ricardo Salles estava à frente do Ministério do Meio Ambiente (MMA), de 2019 a 2021.

O problema a ser enfrentado se resume à seguinte indagação: levando-se em consideração o direito ambiental das mudanças climáticas, principalmente no âmbito internacional, de que forma o Governo Jair Bolsonaro, durante o período em que o ex-Ministro Ricardo Salles estava à frente do Ministério do Meio Ambiente (MMA), de 2019 a 2021, implicou juridico-administrativamente no combate às mudanças climáticas? Como hipótese, entende-se que o comportamento do Governo Federal, no âmbito jurídico-administrativo, é ambientalmente prejudicial, agravando a crise ecológica e indo de encontro aos princípios e regras do direito ambiental das mudanças climáticas.

Como objetivo principal, o presente artigo científico visa identificar as implicações jurídico-administrativas do Governo Jair Bolsonaro no combate às mudanças climáticas. Quanto aos objetivos específicos, destaca-se: 1) compreender o cenário internacional a respeito das mudanças climáticas; 2) destacar a construção do direito ambiental das mudanças climáticas e; 3) identificar acontecimentos e ações do Governo Jair Bolsonaro relacionados à mudança climática.

O método adotado é o hipotético-dedutivo, no qual se visa corroborar ou falsear a hipótese de pesquisa frente à realidade. Ademais, foi realizada pesquisa bibliográfica, com levantamento de livros e artigos científicos pertinentes ao tema; e pesquisa documental, envolvendo dossiês e legislações referentes ao tratamento jurídico-administrativo dado

¹ CAPELLANI, Danielle Zuma. Recusa de interação e atos de ameaça à faço: presidente Jair Bolsonaro versus Jornalistas. *revista Linguasagem*, São Carlos, v. 40, Número temático, Covid-19: uma pandemia sob o olhar das ciências da linguagem, 2021, p. 326-347. Disponível em: <<http://www.linguasagem.ufscar.br/index.php/linguasagem/article/view/1390>>. Acesso em 5 fev. 2022. p. 328.

pelo Governo Jair Bolsonaro à questão climática, bem como de produções internacionais quanto à temática.

Justifica-se o presente artigo no aspecto socioambiental, visto abordar as implicações das mudanças jurídico-administrativas promovidas por políticas governamentais no âmbito federal que têm face à proteção ambiental. Deste modo, contribui para uma visão crítica a respeito do papel do Estado em relação ao dever de proteção do meio ambiente para as gerações presentes e futuras. No aspecto jurídico, a investigação mostra-se importante por superar visões engessadas do Direito, aprofundando os aspectos transgeracionais e transfronteiriços do Direito Ambiental Internacional, além de fortalecer conceitos que garantem adequadas relações na comunidade internacional no combate às mudanças climáticas.

O debate das mudanças climáticas e seu cenário jurídico-político internacional

No contexto da crise ambiental, a preocupação com as mudanças climáticas é perene. As intervenções humanas decorrentes de queimadas, desmatamentos, emissões de gases, uso insustentável dos bens ambientais etc. acarretam em problemas ecológicos de grande escala. Dentre os gravames, pode-se destacar as mudanças climáticas, resultando desde o derretimento das geleiras com aumento do nível do mar ao comprometimento da vida humana e da biodiversidade.

A preocupação com a questão climática é notória e reconhecida, visto que, como bem destacam Joerss, Silva e Santos², os 169 países da Convenção-Quadro das Nações Unidas (NU) sobre Mudanças Climáticas, desde 1994, buscam realizar anualmente a Conferência das Partes da Convenção do Clima das Nações Unidas, sendo a mais recente a 26^a Conferências das Partes (COP26), realizada em Glasgow, Escócia. O objetivo central é buscar “estabilizar a emissão de gases de efeito estufa na atmosfera”, limitando o aquecimento global.

Mas, o que são as mudanças climáticas? As mudanças climáticas e o aquecimento global manifestam-se a partir de fenômenos climáticos extremos, como “ondas de calor e frio mais intensas e prolongadas, secas, inundações, tormentas e furacões mais severos”, além da retração de geleiras do Ártico e da Antártida, implicando no nível médio do mar³. Os impactos da mudança climática também são percebidos em âmbito local: ausência de chuva em épocas que deveriam ser chuvosas; dias mais quentes; enchentes; inversões térmicas; ilhas de calor⁴.

² JOERSS, Ole; SILVA, Caroline Rodrigues da; SANTOS, Mirtes Aparecida dos. Mudanças climáticas na agenda global: o que aprendemos com as Conferências das Partes (COP) e o que está em jogo na COP 26. *Ciência & Trópico*, [S. l.], v. 45, n. 2, 2021. Disponível em: <<https://fundaj.emnuvens.com.br/CIC/article/view/2051>>. Acesso em: 6 fev. 2022. p. 31

³ VIOLA, Eduardo. *O Brasil na arena internacional da mitigação da mudança climática*. 1996-2008. CINDES, 2009. Disponível em: <https://www.ipea.gov.br/bric/textos/100409_BRICViola1.pdf>. Acesso em: 10 fev. 2022. p. 3.

⁴ RODRIGUES, Luís Pedro Oliveira Santos, BELLO FILHO, Ney de Barros. O controle das Atividades climáticas: enfoque sobre a futura região metropolitana de São Luís do Maranhão. *Cadernos de Pesquisa*, v. 18, n. 1, jan./abr., 2011, p. 24-37, disponível em:

Trata-se de fenômenos que se entrelaçam umbilicalmente com as práticas dos seres humanos e como esses utilizam o meio ambiente. Neste sentido, Bello Filho⁵, em seu artigo intitulado “Direito Ambiental das mudanças climáticas: novos paradigmas da atuação judicial”, destaca que em razão do domínio sobre a máquina, o homem participa e determina, da mesma forma que a natureza, as variações climáticas. Tal dominação, resultado do aprimoramento dos meios de produção, acarretou no agravamento dos problemas de ordem ambiental.

Naturalmente, há variações do clima e aquecimento do globo terrestre. No entanto, diferencia-se do que se vivencia hodiernamente. Neste sentido, Eduardo Viola⁶ distingue, de um lado, o aquecimento global enquanto “fenômeno natural interglacial e de mais longa duração” e, de outro lado, “o aquecimento global de origem humana [...] gerado pelas emissões de gases de efeito estufa”. Atenta o referido autor que, entre os anos de 1900 e 2005, tais irradiações elevaram a temperatura média da terra de 13,2°C para 14°C, não consistindo em um fenômeno natural, mas decorrente da ação humana.

Rodrigues e Bello Filho⁷, por sua vez, indicam que as alterações no clima terrestre são percebidas como obra humana a partir da Revolução Industrial dos séculos XVII e XVIII. Nesse mesmo sentido, Michel Serres⁸, no clássico “O contrato natural”, já pontuava o aumento da concentração de dióxido de carbono desde a Revolução Industrial e a consequente intensificação da propagação de substâncias tóxicas e de produtos ácidos, resultando em problemas para a atmosfera terrestre. Assim, os avanços técnicos, científicos e produtivos da humanidade influenciaram nas interferências humanas quanto às mudanças climáticas, fenômeno natural exponencialmente modificado pela ação do ser humano.

Desde a década de 1950, cientistas já monitoravam os níveis de gás carbônico, sendo os seres humanos e as máquinas “os responsáveis principais de queima de combustível fósseis, derrubadas de florestas”, figurando como “agentes da alteração do clima”, implicando, entre 1870 e 2005, o aumento de 290 partes por milhão para 381 partes por milhão de concentração de CO₂⁹.

Ainda, Rodrigues e Bello Filho¹⁰ complementam que as mudanças climáticas são consequência dos Gases do Efeito Estufa (GEEs). Quando emitidos em demasia, resultam em chuvas e secas desproporcionais, em comparação com outras épocas do ano. Os referidos autores consideram os gases estufas “o raio X das mudanças climáticas”.

<<http://www.periodicos.eletronicos.ufma.br/index.php/cadernosdepesquisa/article/view/413/264>>.

Acesso em: 1 fev. 2022. p. 25.

⁵ BELLO FILHO, Ney de Barros. Direito ambiental das mudanças climáticas: novos paradigmas da atuação judicial. In: BENJAMIN, Antonio Herman, IRIGARAY, Carlos Teodoro, LECEY, Eladio, CAPPELLI, Sílvia (Orgs). *14º Congresso Internacional de Direito Ambiental: Florestas, mudanças climáticas e serviços ecológicos*. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2010, p. 231-246. Disponível em: <www.planetaverde.org/arquivos/biblioteca/arquivo_20140212145230_9658.pdf>. Acesso em: 1 fev. 2022. p. 234.

⁶ VIOLA, op. cit., p. 3.

⁷ RODRIGUES, BELLO FILHO, op. cit., p. 29.

⁸ SERRES, Michel. *O contrato natural*. Portugal: Instituto Piaget, 1990, p. 15-16.

⁹ RODRIGUES, BELLO FILHO, op. cit., p. 29-30.

¹⁰ Ibid., p. 30.

O Instituto Nacional de Pesquisas Espaciais (INPE), do Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovações brasileiro, traz informações que coadunam com as mudanças decorrentes a partir da Revolução Industrial: com o avanço da produção industrial, resultando no aumento de gases de efeito estufa, as décadas de 1990 e 2000 foram as mais quentes dos últimos mil anos. Conforme o Painel Intergovernamental de Mudanças Climáticas (IPCC), o Instituto apresenta que, nos próximos 100 anos, a média global de temperatura aumentará de 1,8°C a 4,0°C, e o nível do mar crescerá entre 0,19m a 0,59m, afetando a atividade humana e os ecossistemas¹¹.

Deste modo, não obstante o fato de as mudanças climáticas fazerem parte de um processo natural do globo terrestre, são com as massivas intromissões do ser humano e de seu avanço maquinário que se presencia a intensificação dos problemas em relação ao clima. Destarte, o processo natural em relação à temperatura também é influenciado pelas ações antrópicas, atribuindo-se a responsabilidade de tal contexto ao consumo, à produção e a outros fatores presentes nas relações sociais.

As mudanças climáticas e o aquecimento global aqui analisados não consistem em um desastre natural, pelo contrário. De acordo com o economista mexicano Enrique Leff¹², o aquecimento global do planeta relaciona-se com a “degradação entrópica produzida pela atividade econômica – cuja forma mais degradada é o calor”. Longe de querer mascarar as causas da crise ambiental, o autor aponta que as mudanças climáticas possuem “origem antropogênica”¹³.

Nota-se que existe uma grande complexidade a respeito das mudanças climáticas, concepção essa corroborada por Leite e Ayala¹⁴ ao catalogar as variações do clima como problemas ambientais decorrentes de efeitos combinados de “fontes de poluição dispersas e capazes de produzir impactos globais, transfronteiriços e ilimitados em função do tempo”. Em outros termos, o nascedouro das práticas ambientalmente nocivas que desembocam em mudanças climáticas e, conseqüentemente, no aquecimento global, é caracterizada por uma multiplicidade de fatores.

Neste aspecto reside outro elemento do debate a respeito das mudanças climáticas: seu caráter globalizado. Não por outro motivo a temática é tratada anualmente pela Conferência das Partes da Convenção do Clima das Nações Unidas. As alterações climáticas estão assentadas em uma escala mundial e transfronteiriça. Conforme destaca Antônio Carlos Brasil Pinto¹⁵, consistem em um dos problemas ambientais do qual se evidencia não respeitar fronteiras.

¹¹ INPE. 2.7. *Monitoramento do território: mudanças climáticas*. Brasília, 2022. Disponível em: <<http://www.inpe.br/faq/index.php?pai=9>>. Acesso em: 6 fev. 2022.

¹² LEFF, Enrique. *Racionalidade Ambiental: a reapropriação social da natureza*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2006, p. 143.

¹³ *Ibid.*, p. 143.

¹⁴ LEITE, José Rubens Morato, AYALA, Patrick de Araújo. *Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial*. Teoria e prática. 3. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 34.

¹⁵ PINTO, Antônio Carlos Brasil. A globalização, o meio ambiente e os movimentos ecológicos. In: LEITE, José Rubens Morato, BELLO FILHO, Ney de Barros (orgs.). *Direito ambiental contemporâneo*. Barueri/SP: Manole, 2004, p. 352.

Durante mais de duas décadas, buscou-se, com a Conferências das Nações Unidas sobre as Mudanças Climáticas, evitar que o aquecimento global ultrapasse 1,5°C, passando normativamente, a exemplo, pelo Protocolo de Quioto, de 1998; pela Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre a Mudança Climática ECO-92, de 1992; e pelo Acordo de Paris, em 2015. Reflete-se a necessidade de uma agenda global voltada para o corte de emissões de CO₂, gás de efeito estufa liberado pela queima de combustível fósseis. Dentre os principais mecanismos discutidos está o Mercado de Carbono¹⁶.

Entretanto, apesar do caráter transfronteiriço, tais modificações desembocam também em barreiras decorrentes de aspectos sociais, econômicos, políticos e, conseqüentemente jurídico, podendo-se perceber os contrastes entre países do Norte e do Sul global. Em outros termos, apresentam conseqüências globais, afirmando, visto que “a temática ambiental afigura-se como emblemática no estudo do processo de globalização”, mas percebe-se, por outro lado, que “a globalização no plano econômico acarretou a formação de blocos de nações para enfrentar o poderio dos países mais ricos”¹⁷.

Em razão desses conflitos de interesses no contexto globalizado, existem diferentes posições assumidas pelas nações no que tange a questão das mudanças climáticas. Por isso, Bello Filho¹⁸ atenta que a atuação na redução dos gases vai além do debate puramente científico, existindo limitações políticas e ideológicas. Assim, deve-se ter em mente que não se trata de um problema a ser resolvido apenas no campo científico, estando relacionado com arranjos geopolíticos, com nações assumindo papéis, influências e poderes diferentes em relação a outras.

A degradação ambiental consiste em um dos problemas transnacionais de maior proporção, podendo redundar em um conflito global entre Norte e Sul ou em um exercício de solidariedade intergeracional e entre as nações¹⁹. No entanto, no âmbito das relações internacionais, o quadro tende a um posicionamento preponderantemente negativo das nações desenvolvidas e periféricas em relação ao meio ambiente.

No contexto do aumento das desigualdades internacionais, tende-se à protelação da dependência tecnológica e financeira dos países do Sul em relação ao Norte, principalmente em razão das normas de proteção intelectual, que não propiciam a inovação tecnológica nos países periféricos²⁰. Esse é um dos aspectos que direcionam a problemática em relação aos conflitos entre as nações.

No contexto de jogos políticos e de interesses econômicos, a responsabilidade em relação aos prejuízos sociais e ambientais é tanto dos países desenvolvidos quanto dos países ditos periféricos. Sobre esse assunto, Bredariol²¹ apresenta que “as principais responsabilidades pela degradação do planeta e pela pobreza são da maioria dos países

¹⁶ JOERSS, SILVA, SANTOS, op. cit, p. 16.

¹⁷ PINTO, op. cit, p. 352.

¹⁸ BELLO FILHO, op. cit., p. 236.

¹⁹ SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. 13. ed. São Paulo: Cortez, 2010, p. 269.

²⁰ VARELLA, Marcelo Dias. *Direito internacional econômico ambiental*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 185.

²¹ BREDARIOL, Celso, VIEIRA, Liszt. *Cidadania e política ambiental*. 2. ed. Rio de Janeiro: Record, 2006, p. 160.

do hemisfério Norte”. Não obstante, alerta o autor que, no Sul, “governos, empresas transnacionais, instâncias internacionais de regulação, bancos e as próprias elites locais se unem para reproduzir o mesmo modelo falido e insustentável, com a aceitação passiva de parte da sociedade”.

Em suma, apesar de imputar a ambos os danos ecológicos, pois se presencia um comportamento predatório, os aspectos econômicos acabam determinando suas políticas, suas ações e seus comportamentos em relação ao meio ambiente. Todavia, importa destacar a existência de um direito ambiental das mudanças climáticas capaz de estabelecer princípios e regras relevantes à proteção do meio ambiente, seja no âmbito nacional, seja no âmbito internacional.

Sobre o direito ambiental das mudanças climáticas: das normativas internacionais à inserção no ordenamento jurídico brasileiro

Como se pode perceber, as mudanças climáticas e o aquecimento global implicaram em décadas de debates a respeito do papel dos Estados-nação tanto nas relações internacionais quanto nas questões internas, como ocorre com o Brasil. Importa neste momento trazer as bases daquele direito, capazes de fundamentar direitos, políticas públicas e atuações alinhados à proteção do meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Bello Filho²² conceitua o direito ambiental das mudanças climáticas como o “apto a coibir as atividades humanas que atentam contra o equilíbrio climático”. Por sua vez, Dernbach e Kakade²³ destacam que o direito das mudanças climáticas é uma área do Direito em crescimento e alberga, além do direito ambiental, o direito da energia, o direito empresarial e o direito internacional, envolvendo ainda o papel do Estado e de governos federais, bem como de suas relações entre si. Ademais, interage com legislações referentes ao direito do mar, direitos humanos e poluição atmosférica, caracterizando-se pela fragmentação e não se limita às mudanças climáticas²⁴ – foco do presente artigo.

Da mesma forma, Mayer²⁵ atenta que as leis relacionadas ao clima são múltiplas, com medidas concretas definidas pelos Estados e autoridades subnacionais, bem como por cooperação regional. Não obstante, atenta que o direito internacional tem papel central, em especial na mitigação e adaptação às mudanças climáticas.

Seguindo, Dernbach e Kakade²⁶ inauguram o debate sobre o direito internacional das mudanças climáticas destacando a Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre as Mudanças do Clima, que “criou uma estrutura internacional referente às mudanças climáticas, incluindo fomento para relatórios de mudanças climáticas, pesquisas científicas e tecnológicas e encontros anuais de conferência das partes”. No cenário

²² BELLO FILHO, *ibid.*, p. 242.

²³ DERNBACH, John, KAKADE, Seema. Climate change law: an introduction. *Energy Law Journal*, vol. 29, nº. 1, 2008. Available at: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1033467>. Access in: 01 aug. 2022. p. 2.

²⁴ ASSELT, Harro van. Managing the fragmentation of international climate law. In: *Climate change and the law*. Springer, Dordrecht, 2013. p. 329-357, p. 332.

²⁵ MAYER, Benoit. The international law on climate change. Cambridge University Press, 2018, p. 12.

²⁶ DERNBACH, KAKADE, *op. cit.*, p. 9, traduziu-se.

brasileiro, a referida Convenção-Quadro foi adotada pelo Brasil em 1992, durante a Eco-92, indicando a possibilidade de sua aplicação no país. Quanto à referida Convenção-Quadro, houve sua promulgação no Brasil pelo Decreto nº 2.652, de 1º de julho de 1998²⁷.

No entanto, o encontro em Nova York no ano de 1992 foi marcado por “divergências [...] insuperáveis, dados certos fatores de ordem política e econômica, numa fase de transição para uma nova ordem mundial”, em especial por parte dos Estados Unidos da América²⁸. Novamente percebe-se as implicações do contexto social, político e econômico, bem como a cisão Norte-Sul, presentes no debate internacional sobre a questão ambiental e, conseqüentemente, a respeito das mudanças climáticas e do aquecimento global.

O objetivo da Convenção-Quadro, inserido no ordenamento jurídico brasileiro, é “a estabilização das concentrações de gases de efeito estufa na atmosfera num nível que impeça uma interferência antrópica perigosa no sistema climático” em um prazo que permita a adaptação natural dos ecossistemas às mudanças climáticas que assegure a produção de alimentos e permita o desenvolvimento sustentável e econômico²⁹.

Assim, indicam Rodrigues e Bello Filho³⁰ que a incorporação do conceito de mudanças climáticas³¹, previsto no artigo 1 da Convenção-Quadro, implica na possibilidade de judicializar situações que repercutem em ação ou omissão quanto às mudanças climáticas. Consiste, como pontuam os autores, em uma nova postura do discurso jurídico frente às ciências duras.

Importa destacar que o surgimento do termo direito ambiental das mudanças climáticas não remete a um novo direito, visto que a legislação brasileira já responsabilizava³². Os marcos internacionais corroboravam com os avanços na legislação brasileira, seja constitucional, seja infraconstitucionalmente, a exemplo do art. 225³³, da

²⁷ BRASIL. *Decreto nº 2.652, de 1º de julho de 1998*. Promulga a Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima, assinada em Nova York, em 9 de maio de 1992. Brasília, 1998a. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d2652.htm>. Acesso em: 6 fev. 2022.

²⁸ NOVAES, Washington. Eco-92: avanços e interrogações. *Estudos Avançados*, 6 (15), 1992, p. 79-93. Disponível em: <www.scielo.br/j/ea/a/DZBVpsgKp3wGQsDm5pBb6bM/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 6 fev. 2022. p. 79.

²⁹ BRASIL, *ibid.*

³⁰ RODRIGUES, BELLO FILHO, *ibid.*, p. 31.

³¹ Artigo 1. 2. "Mudança do clima" significa uma mudança de clima que possa ser direta ou indiretamente atribuída à atividade humana que altere a composição da atmosfera mundial e que se some àquela provocada pela variabilidade climática natural observada ao longo de períodos comparáveis. BRASIL, 1998a, *op. cit.*

³² BELLO FILHO, *ibid.*, p. 234.

³³ Art. 225 CF/1988. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

[...]

§ 3º As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados. BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 6 fev. 2022.

Constituição Federal de 1988, e da Lei da Política Nacional do Meio Ambiente (Lei nº 6.938/1981)³⁴.

Retornando ao âmbito internacional, é possível ainda destacar dois instrumentos alinhados à proteção do meio ambiente e, conseqüentemente, aos cuidados com o clima no âmbito nacional. Primeiro, o Protocolo de Quioto resultou do COP3, realizado em dezembro de 1997, Quioto, Japão, com 10.000 delegados, observadores e jornalistas. O resultado da COP3 foi a decisão consensual de adoção do Protocolo, no qual estabelecia a redução pelos países industrializados das emissões de gases de efeito estufa em pelo menos 5% dos níveis de 1990 até os anos de 2008 a 2012³⁵. O protocolo “aplica-se a seis gases estufas – dióxido de carbono, metano, óxido nitroso, hidrofluorcarboneto, perfluorcarboneto e hexafluoreto de enxofre”³⁶.

No entanto, Blank e Lobato³⁷ atentam que o Brasil, por ser um país em desenvolvimento, não possuiria compromissos no âmbito do Protocolo de Quioto quanto à redução de emissão de gases. Segundo os autores, o objetivo de redução de gases estaria associado à “promoção da adaptação aos efeitos da mudança do clima, refletem os compromissos assumidos pelo Brasil no contexto da Convenção sobre Mudança do Clima”, ou seja, da Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudanças Climáticas.

Ademais, há o reforço na ordem nacional dos avanços no debate internacional tendo em vista a Lei nº 12.187/2009, que institui a Política Nacional sobre Mudança do Clima (PNMC), cujo objetivo é destacado por Blank e Lobato: 1) redução das emissões antrópicas e remoções antrópicas por sumidouros de gases estufas no Brasil; e 2) adaptação às mudanças climáticas das comunidades locais, em particular vulneráveis³⁸.

Em segundo lugar, no âmbito internacional, destaca-se ainda o Acordo de Paris, que buscou fortalecer a implementação da Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre a Mudança Climática ECO-92, de 1992, visando reforçar a “resposta global à ameaça da mudança do clima, no contexto do desenvolvimento sustentável e dos esforços de erradicação da pobreza”³⁹.

³⁴ Art. 14, § 1º, Lei nº 6.938/1981: Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade. O Ministério Público da União e dos Estados terá legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal, por danos causados ao meio ambiente. BRASIL. *Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981*. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Brasília, 1981. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6938.htm>. Acesso em: 8 fev. 2022.

³⁵ Id. *Protocolo de Quioto*: Editado e traduzido pelo Ministério da Ciência e Tecnologia com o apoio do Ministério das Relações Exteriores da República Federativa do Brasil. Brasília, 1998b. Disponível em: <http://mudancasclimaticas.cptec.inpe.br/~rmclima/pdfs/Protocolo_Quito.pdf>. Acesso em: 6 fev. 2022.

³⁶ DERNBACH, KAKADE, op. cit., p. 10.

³⁷ BLANK, Dionis Mauri Pennig; LOBATO, Anderson Orestes Cavalcante Lobo. A necessária regulação jurídica dos efeitos das mudanças climáticas. *JURIS - Revista da Faculdade de Direito*, [S. l.], v. 20, n. 2, p. 139–154, 2016. Disponível em: <<https://periodicos.furg.br/juris/article/view/5699>>. Acesso em: 10 fev. 2022. p. 149.

³⁸ *Ibid.*, p. 147.

³⁹ ONU. *Acordo de Paris*. Paris, 2015. Disponível em: <https://www.undp.org/content/dam/brazil/docs/ODS/undp-br-ods_ParisAgreement.pdf>. Acesso em: 10 fev. 2022.

Pontua-se em seu art. 2º relevantes objetivos: 1) manutenção da temperatura média global bem abaixo de 2°C comparado a níveis pré-industriais, limitando a 1,5°C; 2) adaptação às mudanças climáticas e baixa emissão de gases estufa, sem ameaçar a produção de alimentos; e 3) compatibilizar os fluxos financeiros com a baixa emissão de gases estufa⁴⁰.

O Acordo de Paris, resultado da COP-21, foi marcado por um contexto desanimador para a agenda climática, correndo-se o risco de esfriar as negociações em favor do meio ambiente e aumentar a temperatura global, como atentam Rei, Gonçalves e Souza⁴¹. Os autores destacam que o cenário mundial era marcado pelas tensões decorrentes dos atentados terroristas em Paris e nos Estados Unidos da América, dos debates de segurança internacional, das crises humanitárias de refugiados e questões econômicas⁴².

Uma outra vez, os pontos destacados a respeito do debate internacional a respeito das mudanças climáticas já apontam um clima de tensão decorrentes de disputas entre nações. Apesar do caráter transfronteiriço, as mudanças climáticas desembocam também em barreiras decorrentes de aspectos sociais, econômicos, políticos e, conseqüentemente jurídico, podendo-se perceber os contrastes entre países do Norte e do Sul global, pontuado a seguir.

Em suma, os componentes do direito internacional das mudanças climáticas podem ser resumidos na tabela abaixo:

Tabela 1 – Os componentes do direito internacional das mudanças climáticas

Fonte	Costume internacional, enquanto evidência de prática geral aceita pela lei	Convenções internacionais que estabelecem regras expressamente reconhecidas pelos Estados.	
Conteúdo	Normas gerais do direito internacional	Objetivos coletivos, compromissos nacionais, bem como provisões processuais e institucionais.	
		Regime da Convenção-Quadro das NU sobre as Mudanças do Clima.	Regimes de outros tratados.
Exemplificações	Por exemplo, princípio do não dano, lei da responsabilidade do Estado	Por exemplo, Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre as Mudanças do Clima, Protocolo de Kyoto e Acordo de Paris, assim	Por exemplo, Protocolo de Montreal sobre Substâncias que Destroem a Camada de Ozônio, e as Convenções Internacionais para a

⁴⁰ Ibid.

⁴¹ REI, Fernando Cardozo Fernandes; GONÇALVES, Alcindo Fernandes; DE SOUZA, Luciano Pereira. Acordo de Paris: reflexões e desafios para o regime internacional de mudanças climáticas. *Veredas do Direito: Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável*, v. 14, n. 29, p. 81-99, 2017. Disponível em: <<http://revista.domhelder.edu.br/index.php/veredas/article/view/996>>. Acesso em 10 fev. 2022. p. 88.

⁴² Ibid., p. 88.

		<p>como decisões adotadas pelas Conferências das Partes.</p>	<p>Prevenção da Poluição por Navios, Convenção de Aviação Civil Internacional, e do Patrimônio Mundial, Convenção sobre Diversidade Biológica.</p>
--	--	--	--

Fonte: Mayer⁴³.

Retornando ao ordenamento jurídico brasileiro, Ayala⁴⁴ destaca que as medidas que visam mitigar alterações climáticas estão dispersas em normas e instrumentos, como o Código Florestal, o Sistema Nacional de Unidades de Conservação, a Política Nacional do Meio Ambiente e o pagamento por serviços ambientais. Traz o autor que são fontes normativas e instrumentos que resultam na “contenção dos desmatamentos, a redução das emissões que tenham esta fonte, e por fim, a redução dos estados de vulnerabilidade decorrentes das alterações extremas”⁴⁵.

Não obstante, importa destacar que o Código Florestal sofreu mudanças após a publicação de Ayala⁴⁶, assim como outras legislações, que foram consideradas retrocessos em matéria ambiental, cuja mudança do antigo Código Florestal (Lei nº 4.771/1965) decorreu do Projeto de Lei nº 1.876/1999⁴⁷, considerado assim “objeto de uma verdadeira ‘cruzada’ no sentido da flexibilização da regulação jurídica por ele dispensada às nossas áreas florestais, com claro intuito de ampliar as fronteiras agrícolas e pecuárias sobre as áreas protegidas”⁴⁸.

Tal mudança legislativa repercutiu negativamente para a promessa internacionalmente assumida pelo Brasil em diminuir o desmatamento, especialmente na Floresta Amazônica, e assim reduzir a emissão de gases⁴⁹. De todo modo, o direito

⁴³ MAYER, op. cit., p. 13.

⁴⁴ AYALA, Patryck de Araújo. O direito ambiental das mudanças climáticas: mínimo existencial ecológico e proibição de retrocesso na ordem constitucional brasileira. In: BENJAMIN, Antonio Herman, IRIGARAY, Carlos Teodoro, LECEY, Eladio, CAPPELLI, Sílvia (Orgs). *14º Congresso Internacional de Direito Ambiental: Florestas, mudanças climáticas e serviços ecológicos*. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2010, p. 261-293. Disponível em: <www.planetaverde.org/arquivos/biblioteca/arquivo_20140212145230_9658.pdf>. Acesso em: 1 fev. 2022. p. 267.

⁴⁵ Ibid., p. 267.

⁴⁶ Ibid., *passim*.

⁴⁷ Atualmente, vige o Código Florestal (Lei nº 12.651/2012), que “dispõe sobre a proteção da vegetação nativa; altera as Leis nºs 6.938, de 31 de agosto de 1981, 9.393, de 19 de dezembro de 1996, e 11.428, de 22 de dezembro de 2006; revoga as Leis nºs 4.771, de 15 de setembro de 1965, e 7.754, de 14 de abril de 1989, e a Medida Provisória nº 2.166-67, de 24 de agosto de 2001; e dá outras providências”. BRASIL. *Lei nº 12.651, de 25 de maio de 2012*. Dispõe sobre a proteção da vegetação nativa; altera as Leis nºs 6.938, de 31 de agosto de 1981, 9.393, de 19 de dezembro de 1996, e 11.428, de 22 de dezembro de 2006; revoga as Leis nºs 4.771, de 15 de setembro de 1965, e 7.754, de 14 de abril de 1989, e a Medida Provisória nº 2.166-67, de 24 de agosto de 2001; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12651.htm>. Acesso em: 10 fev. 2022.

⁴⁸ SARLET, Ingo Wolfgang, FENSTERSEIFER, Tiago. *Notas sobre os deveres de proteção do Estado e a garantia da proibição do retrocesso em matéria (sócio)ambiental*. 2010. Disponível em: <http://www.planetaverde.org/arquivos/biblioteca/arquivo_20131207162429_2438.pdf>. Acesso em: 10 fev. 2022. p. 26.

⁴⁹ Ibid., p. 26.

ambiental das mudanças climáticas, proveniente tanto da ordem internacional quanto da ordem nacional, possui como fundamento, segundo Ayala⁵⁰: na consagração de deveres estatais de proteção do meio ambiente; na redução dos riscos existenciais; na proibição do retrocesso ambiental; na proibição da proteção deficiente; e na dignidade da pessoa humana.

Dessa forma, é possível atentar a alguns princípios do direito ambiental presentes no direito ambiental das mudanças climáticas: princípio da intervenção estatal compulsória, que determina a obrigação do Estado em adotar políticas públicas e ações voltadas para a defesa do meio ambiente, conforme o *caput* do art. 225⁵¹, da CF/1988, e no princípio 17⁵² da Declaração de Estocolmo de 1972⁵³; princípio da cooperação, voltado para uma “política mínima de cooperação solidária entre os Estados”, seja nacionalmente, seja internacionalmente, visando combater a degradação ambiental, compartilhar informações e enfrentar a crise ecológica, previsto no art. 4º, IX, CF/1988 e no princípio 7⁵⁴ da Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento de 1992⁵⁵; princípio da proibição do retrocesso, repercutindo no “princípio (ou dever) de melhoria progressiva da qualidade ambiental”, previsto na LPNMA, em seu art. 2º, *caput*⁵⁶⁻⁵⁷; princípio do mínimo existencial ecológico, referente à “proteção de uma zona existencial que deve ser mantida e reproduzida”⁵⁸ e; princípio da dignidade humana, cuja dimensão

⁵⁰ AYALA, op. cit., p. 268.

⁵¹ Art. 225 CF/1988. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, **impondo-se ao Poder Público** e à coletividade **o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações**. BRASIL, 1988, op. cit., grifos nossos).

⁵² Princípio 17 - Deve ser confiada, às instituições nacionais competentes, a tarefa de planificar, administrar e controlar a utilização dos recursos ambientais dos Estados, com o fim de melhorar a qualidade do meio ambiente. ONU. *Declaração de Estocolmo de junho de 1972*. Estocolmo, 1972. Disponível em: <<http://portal.iphan.gov.br/uploads/ckfinder/arquivos/Declaracao%20de%20Estocolmo%201972.pdf>>. Acesso em: 10 fev. 2022.

⁵³ MIRRA, Álvaro Luiz. Princípios fundamentais do direito ambiental. In: OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebíades. LEITE, José Rubens Morato (Orgs.). *Cidadania coletiva*. Florianópolis: Paralelo 27, 1996, p. 104.

⁵⁴ Princípio 7 – Os Estados deverão cooperar com o espírito de solidariedade mundial para conservar, proteger e restabelecer a saúde e a integridade do ecossistema da Terra. Tendo em vista que tenham contribuído notadamente para a degradação do ambiente mundial, os Estados têm responsabilidades comuns, mas diferenciadas. Os países desenvolvidos reconhecem a responsabilidade que lhes cabe na busca internacional do desenvolvimento sustentável, em vista das pressões que suas sociedades exercem sobre o meio ambiente mundial e das tecnologias e dos recursos financeiros de que dispõem. ONU. *Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento*. Rio de Janeiro, 1992. Disponível em: <https://cetesb.sp.gov.br/proclima/wp-content/uploads/sites/36/2013/12/declaracao_rio_ma.pdf>. Acesso em: 10 fev. 2022.

⁵⁵ SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. *Princípios do direito ambiental*. Saraiva, 2014, p. 170.

⁵⁶ Art 2º, LPNMA: A Política Nacional do Meio Ambiente tem por objetivo a preservação, **melhoria e recuperação da qualidade ambiental propícia à vida**, visando assegurar, no País, condições ao desenvolvimento socioeconômico, aos interesses da segurança nacional e à proteção da dignidade da vida humana [...]. BRASIL. *Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981*. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Brasília, 1981. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6938.htm>. Acesso em: 8 fev. 2022, grifos nossos).

⁵⁷ SARLET, FENSTERSEIFER, 2014, op. cit., p. 196.

⁵⁸ LEITE, José Rubens Morato, et al. *Manual de direito ambiental*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 111.

ecológica remete ao “bem-estar ambiental (assim como de um bem-estar individual e social) indispensável a uma vida digna”⁵⁹.

Entre avanços e retrocessos, no cenário internacional e nacional, o direito ambiental das mudanças climáticas estabeleceu regras e princípios capazes de garantir uma proteção ambiental. Todavia, atualmente, o cenário brasileiro depara-se com outros desafios, tendo em vista que o atual Governo Federal vem contribuindo para um clima de tensão no âmbito ambiental e climático. Antes marcado por ser um país de vanguarda no debate ambiental, agora o Brasil é marcado por um governo dito liberal e de direita, resultando em mudanças nos debates sobre o meio ambiente e as mudanças climáticas.

A questão climática e ambiental no Governo Bolsonaro: uma análise de 2019 a 2021

O Governo Bolsonaro inicia em 2019 em um contexto de grande turbulência no debate sobre meio ambiente, direitos humanos e democracia. Outras forças no cenário internacional, como as políticas provenientes do Governo Donald Trump, nos Estados Unidos da América, contribuíram para contínuos ataques a direitos e garantias fundamentais, principalmente quanto àqueles que pretensamente conflitam com direitos individuais e liberais, a exemplo do meio ambiente. É patente no Governo Bolsonaro um descaso com a questão ambiental, seja com a desastrosa atuação do então ministro Ricardo Salles, seja com públicas manifestações contrárias a ações, entidades e indivíduos que atuam em defesa do meio ambiente.

No presente tópico, destaca-se alguns acontecimentos e ações associadas ao Governo Bolsonaro, pertinentes à questão climática, bem como polêmicas envolvendo seus discursos na ONU. Neste sentido, serão utilizados dossiês produzidos por servidores atuantes na questão ambiental e organizações não-governamentais (ONGs), sendo eles: 1) “Cronologia de um desastre anunciado: ações do governo Bolsonaro para desmontar as políticas de meio ambiente no Brasil”, elaborado pela Associação Nacional dos Servidores de Meio Ambiente⁶⁰; 2) “Governo JB: menos 30 anos em 3”, elaborado pelo Sinal de Fumaça Monitor Socioambiental⁶¹ e; 3) “Flexibilização da Legislação Socioambiental Brasileira”⁶².

Os acontecimentos envolvendo o Governo Bolsonaro e que se relacionam à questão climática são vários, mas foram selecionados somente os associados às palavras: clima, queimada, incêndio e desmatamento. São termos que se relacionam diretamente com as

⁵⁹ SARLET, FENSTERSEIFER, 2014, op. cit., p. 196.

⁶⁰ ASCEMA. *Cronologia de um desastre anunciado: ações do Governo Bolsonaro para desmontar as políticas de meio ambiente no Brasil*. Brasília, 2020. Disponível em: <https://static.poder360.com.br/2020/09/Dossie_Meio-Ambiente_Governo-Bolsonaro_revisado_02-set-2020-1.pdf>. Acesso em: 10 fev. 2022.

⁶¹ SINAL DE FUMAÇA. *Governo JB menos 30 anos em 3: uma linha do tempo dos principais retrocessos socioambientais relacionados ao uso da terra e à explosão do desmatamento nos três anos de Bolsonaro*. 2021. Disponível em: <<https://www.sinaldefumaca.com/wp-content/uploads/2021/10/sdf-relatorio-pt-final-30em3.pdf>>. Acesso em: 10 fev. 2022.

⁶² SCHÖNFELD, Annette von, SANTOS, Maureen, VIANNA, Manoela. *Dossiê Flexibilização da Legislação Socioambiental Brasileira - 2ª edição*. 2019. Disponível em: <<https://br.boell.org/pt-br/dossie-flexibilizacao-da-legislacao-socioambiental-brasileira-2-edicao>>. Acesso em: 10 fev. 2022.

mudanças climáticas e aumento da temperatura. Realizou-se a divisão por anos das ações do Governo Bolsonaro até a exoneração do Ministro Ricardo Salles.

Desta forma, inicia-se o debate com a “Tabela 1 – Acontecimentos no Governo Bolsonaro em 2019”. Trata-se do primeiro ano do mandato de Governo Bolsonaro, identificando-se uma grande quantidade de intervenções negativas em relação ao meio ambiente. Desta forma, apresenta-se:

Tabela 2 – Acontecimentos no Governo Bolsonaro em 2019

Data	Acontecimento
01/01/2019	Esvaziamento do Ministério do Meio Ambiente (MMA) em razão da reforma ministerial (Medida Provisória nº 870/2019). Extinção da Secretaria de Mudanças no Clima e Florestas.
15/01/2019	Levantamento dos repasses do Fundo do Clima e do Fundo Amazônia pelo MMA, o qual volta atrás com a decisão.
13/02/2019	O Ministro Ricardo Salles solicitou à Controladoria da União investigação de contrato entre ONGs e Fundo Amazônia.
11/04/2019	Publicação do Decreto nº 9759/2019 e consequente extinção do Fórum Brasileiro de Mudança do Clima.
17/05/2019	Identificação pelo Ministro Ricardo Salles de problemas em prestações de contas de ONGs, ao analisar ¼ dos contratos do Fundo Amazônia.
24/05/2019	Comunicado antecipado de operação contra desmatamento em Unidades de Conservação no Pará.
03/06/2019	O Ministro Ricardo Salles externaliza vontade de contratar empresa privada para monitorar o desmatamento na Amazônia. Tentativa de desacreditar o monitoramento feito pelo Instituto Nacional de Pesquisas Espaciais (INPE).
01/07/2019	INPE demonstra aumento em mais de 80% da devastação florestal comparando julho de 2018 a 2019.
03/07/2019	O Ministro Ricardo Salles critica o Fundo Amazônia e indica possibilidade de extingui-lo.
04/07/2019	Ataque à proteção da Mata Atlântica com as Instruções Normativas nº 20/2019 e 9/2019.
19/07/2019	Alerta de desmatamento e degradação ambiental de 88% comparando o mês de julho de 2018 e 2019, conforme INPE. No primeiro semestre de 2019, aumento de 38% de desmatamentos em terras indígenas e 85% em Unidades de Conservação federais.
30/07/2019	Diminuição de 23% de multas em razão de desmatamento nos 6 primeiros meses de 2019, segundo Folha de S. Paulo.
02/08/2019	Demissão do então presidente do INPE, Ricardo Galvão. O presidente Jair Bolsonaro critica os dados do INPE. Assumiu o oficial da Aeronáutica Darcton Policarpo Damião.
07/08/2019	Alerta, na área da Amazônia, de desmatamento e degradação ambiental de 278% comparando o mês de julho de 2018 e 2019, conforme INPE.
10 a 15/08/2019	Com estímulo do Presidente Jair Bolsonaro, realiza-se o “Dia do Fogo”.
14/08/2019	Suspensão de investimento da Alemanha para proteção da Amazônia em razão das queimadas, com congelamento de 35 milhões de euros.

19/08/2019	Noticia-se fumaças das queimadas provenientes da região Amazônica chegando à cidade de São Paulo, mas o ministro Ricardo Salles afirma ser <i>fake News</i> . Queimadas aumentam 82% em comparação com o ano de 2018. Segundo o INPE, de janeiro a agosto foram 39195 focos em 2019 e 71497, em 2018. Em agosto, passou de 10421 focos em 2018 para 30901 em 2019, sendo o maior em 7 anos.
21/08/2019	O presidente Jair Bolsonaro insinua que ONGs são responsáveis pelas queimadas na Amazônia.
22/08/2019	O presidente Jair Bolsonaro estabelece “força-tarefa” como resposta às críticas sofridas pela inércia quanto às queimadas na Amazônia e acusa o presidente francês, Emmanuel Macron, de “colonialista”.
23/08/2019	Publicação do Decreto nº 9985/2019, autorizando emprego das forças aéreas para combater incêndios na Amazônia.
24/08/2019	Agravamento da crise na Amazônia, com diversas manifestações contrárias ao Governo Brasileiro. O presidente da França, Emmanuel Macron, afirma que os incêndios na região amazônica resultam numa “crise internacional” e solicita debate no G7.
26/08/2019	Aceite de ajuda de países sul-americanos, de Israel e dos Estados Unidos da América, e rejeição de 20 milhões do G7 para a Amazônia.
28/08/2019	Proibição de queimadas em todo o país por dois meses pelo Decreto nº 9992/2019.
30/08/2019	Proposta de Plano Plurianual 2020-2023 (Projeto de Lei nº 21/2019) afetando políticas quanto às mudanças climáticas.
10/09/2019	INPE registra, de janeiro a 2 de setembro, aumento de 64% das queimadas comparados ao ano de 2018, com mais de 93,1 mil focos. Quanto ao desmatamento, aumento de 321% em agosto. O IBAMA deixou de fazer 22% das fiscalizações até agosto de 2019.
11/09/2019	De janeiro a setembro, aplicação de 7,5% do recurso para combate ao desmatamento pelo Governo Federal. O crime organizado atua com maior liberdade.
19/09/2019	230 fundos solicitam medidas efetivas para proteção da Amazônia e combate ao desmatamento, que somam R\$ 65 trilhões.
24/09/2019	Discurso de Jair Bolsonaro na 74ª Assembleia Geral das Nações Unidas, com ataques a Raoni Metyktire e Emmanuel Macron, e minimização das queimadas na Amazônia, culpando os indígenas.
28/09/2019	Diminuição das queimadas em razão das Forças Armadas na Amazônia, mas quantidade inferior de apreensão de bens e autos de infração, e o desmatamento aumenta.
11/11/2019	Diminuição em 26% das multas do IBAMA e aumento de 80% do desmatamento comparando setembro de 2018 e o de 2019, segundo Sistema de Alerta de Desmatamento.
18/11/2019	Aumento do desmatamento de 29,5% na Amazônia, entre 01/08/2018 e 31/07/2019, totalizando 9762 km ² , sendo 1.500 km ² acima da tendência desde 2012.
26/11/2019	Prisão de quatro brigadistas atuantes no combate a incêndio em Alter do Chão/PA e apreensão de documentos e equipamentos das ONGs Projeto Saúde e Alegria.
02/12/2019	O Brasil é denunciado na ONU pelo desmantelamento da proteção e negligência quanto ao meio ambiente.

11/12/2019	Edição da Medida Provisória nº 910/2019, facilitando aquisição de terra pública, mesmo invadida ou desmatada ilegalmente. Foi batizada de “MP da Grilagem”.
------------	---

Fonte: ASCEMA⁶³, Sinal de Fumaça⁶⁴.

É evidente que no primeiro ano do mandato de Jair Bolsonaro houve um aumento de queimadas e desmatamentos, possibilitado inclusive pelas mudanças normativas e administrativas. No Dossiê “Flexibilização da Legislação Socioambiental Brasileira”, que analisa os nove primeiros meses do governo Bolsonaro, atenta-se que “pela primeira vez, desde o processo de redemocratização do País, um candidato à Presidência da República assumiu, em relação à pauta ambiental, um discurso explicitamente negativo”⁶⁵. Neste sentido, percebe-se um desrespeito à proibição do retrocesso em relação aos princípios do direito ambiental das mudanças climáticas.

No contexto internacional, o debate Norte-Sul toma outra proporção ao se deparar com o governo dito de direita e liberal. Conforme tabela antes apresentada, na 74ª Assembleia Geral das Nações Unidas, Jair Bolsonaro traz atritos envolvendo a situação ambiental do Brasil. Segundo Paludo e Fraga⁶⁶, o presidente se pauta na Doutrina de Segurança Nacional, que consiste na “estratégia da doutrina, de estabelecer um cenário de crises, corrupção e, principalmente, de severas ameaças em termos de estrutura econômica e política”.

Ainda, importa o distanciamento com o princípio da cooperação internacional em matéria ambiental. Como pontua Machado⁶⁷, existe no âmbito internacional o reconhecimento da responsabilidade jurídico-ambiental dos Estados, resguardando-se a soberania, mas com liberdade relativa ou controlada. Assim, preceitua que reside a necessidade de uma cooperação entre os Estados.

No entanto, em seu comportamento no âmbito internacional, o presidente Jair Bolsonaro atua contrariamente àquele princípio do Direito Ambiental Internacional. Percebe-se, em seus atos de 2019, bem como nos anos seguintes, uma ruptura com parceiros internacionais, Estados nacionais ou entidades internacionais. Tal resultou em diminuição no aporte financeiro na defesa do meio ambiente e, conseqüentemente, no aumento de queimadas e de desmatamentos.

Esse cenário foi exponencialmente aumentado em razão do Ministro Ricardo Salles agir reiteradamente contrário aos ditames de proteção ambiental no âmbito nacional e

⁶³ ASCEMA. op. cit.

⁶⁴ SINAL DE FUMAÇA, op. cit.

⁶⁵ LYRIO, Fernando. Descaminhos do meio ambiente: nove meses do governo Bolsonaro. In: SCHÖNFELD, Annette von, SANTOS, Maureen, VIANNA, Manoela. *Dossiê: Flexibilização da Legislação Socioambiental Brasileira* - 2ª edição. 2019. Disponível em: <<https://br.boell.org/pt-br/dossie-flexibilizacao-da-legislacao-socioambiental-brasileira-2-edicao>>. Acesso em: 10 fev. 2022.

⁶⁶ PALUDO, Larissa Júlia; FRAGA, Gerson Wasen. A produção do inimigo ou destruição da alteridade: uma análise dos discursos de Jair Bolsonaro. *Revista Eletrônica de Educação*, v.14, p1-16, jan./dez. 2020. Disponível em: <<http://www.reveduc.ufscar.br/index.php/reveduc/article/view/4544/1060>>. Acesso em: 10 fev. 2022.

⁶⁷ MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. São Paulo: Editora Malheiros, 2014, p. 1260-1261.

internacional. Como apresenta Aquino⁶⁸, houve a diminuição da aplicação de multas, transferência de poderes do MMA a outras pastas, mudanças de interpretações normativas. Novamente distanciando-se dos princípios antes mencionados, bem como do mínimo existencial ecológico, não se garantindo o mínimo de bem-estar ambiental.

Adiante, no segundo ano do mandato de Jair Bolsonaro, persistem ações contrárias ao meio ambiente. Importa destacar que foi o início da pandemia da Covid-19, momento em que as mobilizações nacionais e internacionais se voltaram para a questão sanitária, mas não suspendendo os problemas ambientais vivenciados pelo Brasil. Foi o período em que se teve a infeliz fala do Ministro Ricardo Salles a respeito da necessidade de “passar a boiada”. Assim, apresenta-se a segunda tabela:

Tabela 3 – Acontecimentos no Governo Bolsonaro em 2020

Data	Acontecimento
05/02/2020	Apresentação do Projeto de Lei nº 191/2020, facilitando atuação do garimpo ilegal e afetando diretamente terras indígenas, podendo causar graves prejuízos à floresta Amazônica.
04/12/2020	Aumento de 203% no desmatamento na Reserva Extrativista Chico Mendes, na qual o Ministro Ricardo Salles havia se reunido com infratores e suspenso fiscalização.
06/04/2020	O MMA implementou com o Despacho nº 4410/2020 parecer favorável ao retorno de atividades produtivas em Áreas de Preservação Permanente.
08/04/2020	Alerta de desmatamento na Amazônia cresce 63,75, com emissão de alertas para 405,6 km ² .
22/04/2020	O Ministro Ricardo Salles afirma, durante a pandemia da Covid-19, a necessidade de “passar a boiada” e simplificar normas.
07/05/2020	Autorização do emprego de Forças Armadas para combate ao desmatamento, em razão do Decreto nº 10342/2020.
17/06/2020	Suspensão da participação da Polícia Militar pelo Comandante Geral de Rondônia, coronel Alexandre Luís de Freitas Almeida, quanto a fiscalização do IBAMA e ICMBIO.
23/06/2020	29 fundos internacionais assinam carta demonstrando preocupação com o aumento do desmatamento e com críticas ao Ministro Ricardo Salles.
29/06/2020	O Ministro Luís Roberto Barroso, do Supremo Tribunal Federal, convoca entidades de proteção ambiental para audiência pública, objetivando discutir o prejuízo à captação de recursos para combate ao desmatamento.
07/07/2020	As Forças Armadas abandonam ações contra o desmatamento no estado do Pará.
11/07/2020	O vice-presidente Hamilton Mourão admite o tardio início de operações de combate ao desmatamento.
13/07/2020	Lubia Vinhas foi exonerada do INPE após divulgar dados que demonstram que os alertas de desmatamento em junho de 2020 chegaram a 1034,4 km ² .

⁶⁸ AQUINO, Filipe Cantanhede. *Tocando o berrante: reflexões sobre o passar a boiada e o estado atual do meio ambiente*. 2022. 67f. Monografia (Curso de Direito) – Universidade Federal do Maranhão, 2022.

02/08/2020	Aumento de 28% de incêndios ao comparar o mês de julho de 2019 e o de 2020, segundo o INPE.
04/08/2020	O Ministro Ricardo Salles tenta desconsiderar o objetivo de diminuir desmatamento e incêndios em 90%.
07/08/2020	Crescimento de 34% do desmatamento na Amazônia entre agosto de 2019 e julho de 2020, comparado ao ano anterior, conforme o INPE. Houve queda de 27% no desmatamento comparando-se julho de 2019 ao de 2020.
28/08/2020	O Ministro Ricardo Salles paralisa operações de combate a desmatamentos e incêndios em razão de disputa orçamentária entre Forças Armadas e MMA.
12/08/2020	Alteração da estrutura do MMA pelo Decreto nº 10455/2020, com recriação de secretaria voltada para as questões climáticas.
21/09/2020	Discurso de Jair Bolsonaro na 75ª Assembleia Geral das Nações Unidas, na qual defende o agronegócio como ambientalmente amigável e diz existir uma campanha de desinformação sobre a Amazônia.

Fonte: ASCEMA⁶⁹, Sinal de Fumaça⁷⁰

A segunda tabela é menor, mas não significa menos afronta à proteção do meio ambiente, pelo contrário. Nota-se o contínuo aumento de queimadas e desmatamento, além do enfraquecimento da cooperação no âmbito internacional, novamente distanciando-se dos princípios da cooperação e do mínimo existencial. O “passar a boiada” do Ministro Ricardo Salles foi concretizado em várias ações, de flexibilizações normativas e desmantelamento administrativo na informação e proteção do meio ambiente. Como apresenta Aquino⁷¹, “promoveu-se um verdadeiro esvaziamento da política ambiental brasileira”, continuando-se ano após ano com o aumento do desmatamento, sem a devida punição. Trata-se de um reflexo do retrocesso em matéria de proteção ambiental.

Novamente no âmbito internacional, agora no contexto pandêmico, observa-se um comportamento reprovável do presidente Jair Bolsonaro quanto ao meio ambiente, como atentam Pereira, Coca e Origuéla⁷², visto os discursos falaciosos de Bolsonaro na Assembleia Geral da ONU em setembro de 2020, na qual culpou ONGs e comunidades indígenas pelos desmatamentos e queimadas.

Se o princípio da cooperação internacional, e até mesmo o nacional, tem o seu fundamento na articulação de inúmeros atores públicos e privados, conforme apresentam Sarlet e Fensterseifer⁷³, nota-se mais uma vez o rompimento do Governo Federal com tal fundamento do Direito Internacional do Meio Ambiente. Vai de encontro aos temas elencados por Leite *et al*⁷⁴, sendo eles: direito das futuras gerações, patrimônio comum da

⁶⁹ ASCEMA. op. cit.

⁷⁰ SINAL DE FUMAÇA, op. cit.

⁷¹ AQUINO, op. cit., p. 49.

⁷² PEREIRA, Lorena Izá, COCA, Estevan Leopoldo de Freitas, ORIGUÉLA, Camila Ferracini. O “passar a boiada” na questão agrária brasileira em tempos de pandemia. *Revista NERA*, v. 24, n. 56, p. 08-23, jan.-abr., 2021. Disponível em: <<https://revista.fct.unesp.br/index.php/nera/article/view/8314>>. Acesso em: 9 fev. 2022, p. 21.

⁷³ SARLET, FENSTERSEIFER, 2014, op. cit., 2014.

⁷⁴ LEITE, *et al*, op. cit., p. 720.

humanidade, responsabilidades comuns e diferenciadas e o desenvolvimento sustentável. Em outros termos, colide diretamente com o princípio da dignidade da pessoa humana.

Por fim, atenta-se ao terceiro ano do mandato do Governo de Jair Bolsonaro, no qual chega ao fim a trajetória de Ricardo Salles à frente do MMA, conforme tabela a seguir:

Tabela 4 – Acontecimentos no Governo Bolsonaro em 2021

Data	Acontecimento
13/05/2021	Conclusão do Projeto de Lei nº 3729/2004, que altera regras de licenciamento ambiental do país, o que poderia enfraquecer o controle sobre empreendimento, aumentar possibilidade de grilagem de terra e impactar áreas de preservação e aumentar o desmatamento.
23/06/2021	Aprovação do Projeto de Lei nº 490/2007 na Comissão de Constituição e Justiça, presidida por Bia Kicis, aliada do presidente Jair Bolsonaro, visando acabar com a demarcação de terras indígenas, permitindo garimpo e grandes empreendimentos.
23/06/2021	O Ministro Ricardo Salles é exonerado.

Fonte: ASCEMA⁷⁵, Sinal de Fumaça⁷⁶

Nota-se o avanço de projetos de lei e a coincidente exoneração do Ministro Ricardo Salles no momento em que se aprova na Comissão de Constituição e Justiça, projeto voltado para fragilizar a demarcação de terras indígenas. Novamente, avança-se para o desmantelamento do Estado de Direito Ambiental, ou seja, do “Estado atento às necessidades de preservar o meio ambiente para as gerações futuras, como direito e dever de todos”, como prevê o art. 225 da Constituição Federal⁷⁷. Novamente, presencia-se alterações normativas que significariam o retrocesso em matéria de proteção ambiental.

Apesar de não fazer parte do período de permanência do ex-Ministro Ricardo Salles, o presidente Jair Bolsonaro ainda discursou na 76^a Assembleia Geral das Nações Unidas, em Nova York, em 21 de setembro de 2021. Na oportunidade, manteve o negacionismo em relação à questão ambiental ao afirmar que: a Floresta Amazônica está “íntacta”; o Governo Federal fortaleceu os órgãos ambientais; a agricultura no Brasil é moderna e sustentável⁷⁸.

Importa destacar também que há o reconhecimento por parte da comunidade internacional da culpa do Presidente Jair Bolsonaro quanto aos danos socioambientais constatados desde o início de seu governo. Conforme atenta Hope⁷⁹, “as queimadas tornaram-se a pior em décadas” e “para muitos, o presidente populista do Brasil, Jair Bolsonaro, foi o mais culpado”. A referida autora atenta que desde a corrida presidencial, Bolsonaro voltou-se aos “interesses dos pequenos proprietários, do grande agrobusiness, e contra as comunidades indígenas da Amazônia”, sendo as queimadas resultados da

⁷⁵ ASCEMA. op. cit.

⁷⁶ SINAL DE FUMAÇA, op. cit.

⁷⁷ LEITE, AYALA, op. cit., p. 32.

⁷⁸ SINAL DE FUMAÇA, op. cit.

⁷⁹ HOPE, Mat. The Brazilian development agenda driving Amazon devastation. *The Lancet Planetary Health*, v. 3, n. 10, p. e409-e411, 2019. Available at: <[https://www.thelancet.com/journals/lanplh/article/PIIS2542-5196\(19\)30195-0/fulltext](https://www.thelancet.com/journals/lanplh/article/PIIS2542-5196(19)30195-0/fulltext)>. Access in 01 aug. 2022, p. e409.

“dicotômica agenda baseada no desenvolvimento econômico contra a preservação das florestas e proteção dos povos que ali habitam”.

Inclusive, no âmbito do Tribunal Penal Internacional, no relatório “Impactos na Mudança Climática Global atribuídos ao Desmatamento provocado pela Administração Bolsonaro”⁸⁰, elaborado em agosto de 2021, pontua-se as mudanças na política federal ambiental a partir de 2019.

Ademais, apesar do reconhecimento dos impactos das mudanças climáticas, o desmatamento e a emissão de gases aumentaram consideravelmente na Amazônia brasileira com o governo Bolsonaro. Antes, houve queda considerável do desmatamento nos anos 2000, estabilizando-se entre 2009 e 2018, mas o rápido desmatamento em 2019 resultou no aumento da emissão de gases estufas⁸¹.

Ainda no relatório “Impactos na Mudança Climática Global atribuídos ao Desmatamento provocado pela Administração Bolsonaro”, destaca-se o aumento substancial do desmatamento a partir do momento em que o Presidente Jair Bolsonaro iniciou o desejo de enfraquecer o licenciamento ambiental, bem como mudanças no IBAMA, com a remoção de superintendentes de 21 dos 27 estados-membros brasileiros, substituindo por militares inexperientes⁸².

Destaca-se ainda, no Governo Bolsonaro: a permissão de agricultura e mineração em áreas protegidas e terras indígenas; a remoção do Cadastro Rural Ambiental do Ministério do Meio Ambiente para o Ministério da Agricultura; o ataque a povos indígenas e agências ambientais⁸³. Atenta-se que “o enfraquecimento do quadro legal de proteção da terra e do meio ambiente resulta em destruição florestal em larga escala”⁸⁴.

Desta forma, conforme apresentado nas tabelas e constatado pela comunidade internacional, observa-se ações contrárias e insustentáveis do governo federal, a partir de 2019, na proteção do meio ambiente, como: ameaças à Floresta Amazônica e demais patrimônios nacionais⁸⁵; contínuo e sistemático enfraquecimento dos órgãos ambientais, como o IBAMA e o ICMBIO; agricultura marcado pela monocultura e violência no campo. O Governo Bolsonaro foi na contramão dos avanços nos debates climáticos, reiteradamente desconsiderando o direito ambiental das mudanças climáticas.

⁸⁰ STUART-SMITH, Rupert, et al. *Global Climate Change Impacts Attributable to Deforestation driven by the Bolsonaro Administration Expert report for submission to the International Criminal Court*. 2021. Available at: <https://www.smithschool.ox.ac.uk/sites/default/files/2022-03/ICC_report_final-sept-2021.pdf>. Access in 01 aug. 2022, *passim*.

⁸¹ *Ibid.*, p. 5.

⁸² *Ibid.*, p. 15.

⁸³ *Ibid.*, p. 15-16.

⁸⁴ *Ibid.*, p. 16.

⁸⁵ Art. 225, § 4º, CF/1988. A Floresta Amazônica brasileira, a Mata Atlântica, a Serra do Mar, o Pantanal Mato-Grossense e a Zona Costeira são patrimônio nacional, e sua utilização far-se-á, na forma da lei, dentro de condições que assegurem a preservação do meio ambiente, inclusive quanto ao uso dos recursos naturais. BRASIL, 1988, *op. cit.*

Considerações Finais

Certamente, o Governo Bolsonaro não foi a única gestão federal que enfrentou problemas e dificuldades no âmbito do debate ambiental. Não obstante, tal não configura escusa para um sistemático dismantelo das políticas públicas de proteção ambiental, muito menos de alterações legislativas capazes de agravar a crise ecológica existente não apenas no cenário nacional, mas também no internacional.

Pode-se perceber que existem avanços e retrocessos no debate sobre mudanças climáticas e aquecimento global, entretanto é de se aplaudir a existência de fontes normativas capazes de consagrar o chamado direito ambiental das mudanças climáticas. Assim, é possível identificar, em instrumentos internacionais, constitucionais e infraconstitucionais, previsões capazes de responsabilizar sujeitos em desacordo com os objetivos de diminuição das emissões de gases e desmatamentos causadores da variação climática provocada pelo ser humano.

Por outro lado, percebe-se a existência de fundamentos principiológicos que podem dar base a questionamento a mudanças legislativas e a ações governamentais. Em especial, foram destacados o princípio da intervenção estatal compulsória, o princípio da cooperação, o princípio da proibição do retrocesso, o princípio do mínimo existencial ecológico e o princípio da dignidade da pessoa humana.

Pode-se notar que durante o Governo Bolsonaro, quando o Ministro Ricardo Salles ainda era responsável pelo MMA, nos anos de 2019, 2020 e 2021, noticiaram-se diversas situações de aumento de queimadas, de degradação ambiental, de mudanças normativas e administrativas que não contribuíram para o direito ambiental das mudanças climáticas, nem como o resguardo de seus princípios.

Com isso, na contramão da imagem positiva do Brasil mundo a fora, hoje o país ocupa posição controversa no debate das mudanças climáticas, devendo-se refletir e buscar caminhos, judiciais e sociais, capazes de reestabelecer um cenário favorável à proteção ambiental, com o intuito de evitar que ações negacionistas e contrárias aos direitos se perpetuem em nossa realidade.

REFERÊNCIAS

AQUINO, Filipe Cantanhede. *Tocando o berrante: reflexões sobre o passar a boiada e o estado atual do meio ambiente*. 2022. 67f. Monografia (Curso de Direito) – Universidade Federal do Maranhão, 2022.

ASCEMA. *Cronologia de um desastre anunciado: ações do Governo Bolsonaro para desmontar as políticas de meio ambiente no Brasil*. Brasília, 2020. Disponível em: <https://static.poder360.com.br/2020/09/Dossie_Meio-Ambiente_Governo-Bolsonaro_revisado_02-set-2020-1.pdf>. Acesso em: 10 fev. 2022.

ASSELT, Harro van. Managing the fragmentation of international climate law. In: *Climate change and the law*. Springer, Dordrecht, 2013. p. 329-357.

AYALA, Patryck de Araújo. O direito ambiental das mudanças climáticas: mínimo existencial ecológico e proibição de retrocesso na ordem constitucional brasileira. In: BENJAMIN, Antonio

Herman, IRIGARAY, Carlos Teodoro, LECEY, Eladio, CAPPELLI, Sílvia (Orgs). *14º Congresso Internacional de Direito Ambiental: Florestas, mudanças climáticas e serviços ecológicos*. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2010, p. 261-293. Disponível em: <www.planetaverde.org/arquivos/biblioteca/arquivo_20140212145230_9658.pdf>. Acesso em: 1 fev. 2022.

BELLO FILHO, Ney de Barros. Direito ambiental das mudanças climáticas: novos paradigmas da atuação judicial. In: BENJAMIN, Antonio Herman, IRIGARAY, Carlos Teodoro, LECEY, Eladio, CAPPELLI, Sílvia (Orgs). *14º Congresso Internacional de Direito Ambiental: Florestas, mudanças climáticas e serviços ecológicos*. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2010, p. 231-246. Disponível em: <www.planetaverde.org/arquivos/biblioteca/arquivo_20140212145230_9658.pdf>. Acesso em: 1 fev. 2022.

BLANK, Dionis Mauri Pennig; LOBATO, Anderson Orestes Cavalcante Lobo. A necessária regulação jurídica dos efeitos das mudanças climáticas. *JURIS - Revista da Faculdade de Direito*, [S. l.], v. 20, n. 2, p. 139-154, 2016. Disponível em: <<https://periodicos.furg.br/juris/article/view/5699>>. Acesso em: 10 fev. 2022.

BRASIL. *Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981*. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Brasília, 1981. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6938.htm>. Acesso em: 8 fev. 2022.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 6 fev. 2022.

BRASIL. *Decreto nº 2.652, de 1º de julho de 1998*. Promulga a Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima, assinada em Nova York, em 9 de maio de 1992. Brasília, 1998a. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d2652.htm>. Acesso em: 6 fev. 2022.

BRASIL. *Protocolo de Quioto*: Editado e traduzido pelo Ministério da Ciência e Tecnologia com o apoio do Ministério das Relações Exteriores da República Federativa do Brasil. Brasília, 1998b. Disponível em: <http://mudancasclimaticas.cptec.inpe.br/~rmclima/pdfs/Protocolo_Quito.pdf>. Acesso em: 6 fev. 2022.

BRASIL. *Lei nº 12.651, de 25 de maio de 2012*. Dispõe sobre a proteção da vegetação nativa; altera as Leis nºs 6.938, de 31 de agosto de 1981, 9.393, de 19 de dezembro de 1996, e 11.428, de 22 de dezembro de 2006; revoga as Leis nºs 4.771, de 15 de setembro de 1965, e 7.754, de 14 de abril de 1989, e a Medida Provisória nº 2.166-67, de 24 de agosto de 2001; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12651.htm>. Acesso em: 10 fev. 2022.

BREDARIOL, Celso, VIEIRA, Liszt. *Cidadania e política ambiental*. 2. ed. Rio de Janeiro: Record, 2006.

CAPELLANI, Danielle Zuma. Recusa de interação e atos de ameaça à façô: presidente Jair Bolsonaro versus Jornalistas. *revista Linguasagem*, São Carlos, v. 40, Número temático, Covid-19: uma pandemia sob o olhar das ciências da linguagem, 2021, p. 326-347. Disponível em: <<http://www.linguasagem.ufscar.br/index.php/linguasagem/article/view/1390>>. Acesso em 5 fev. 2022.

DERNBACH, John, KAKADE, Seema. Climate change law: an introduction. *Energy Law Journal*, vol. 29, n.º. 1, 2008. Available at: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1033467>. Access in 01 aug. 2022.

HOPE, Mat. The Brazilian development agenda driving Amazon devastation. *The Lancet Planetary Health*, v. 3, n. 10, p. e409-e411, 2019. Available at: <[https://www.thelancet.com/journals/lanplh/article/PIIS2542-5196\(19\)30195-0/fulltext](https://www.thelancet.com/journals/lanplh/article/PIIS2542-5196(19)30195-0/fulltext)>. Access in 01 aug. 2022

INPE. 2.7. *Monitoramento do território: mudanças climáticas*. Brasília, 2022. Disponível em: <<http://www.inpe.br/faq/index.php?pai=9>>. Acesso em: 6 fev. 2022.

JOERSS, Ole; SILVA, Caroline Rodrigues da; SANTOS, Mirtes Aparecida dos. Mudanças climáticas na agenda global: o que aprendemos com as Conferências das Partes (COP) e o que está em jogo na COP 26. *Ciência & Trópico*, [S. l.], v. 45, n. 2, 2021. Disponível em: <<https://fundaj.emnuvens.com.br/CIC/article/view/2051>>. Acesso em: 6 fev. 2022.

LEFF, Enrique. *Racionalidade Ambiental: a reapropriação social da natureza*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2006.

LEITE, José Rubens Morato, AYALA, Patrick de Araújo. *Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial*. Teoria e prática. 3. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010

LEITE, José Rubens Morato, *et al.* *Manual de direito ambiental*. São Paulo: Saraiva, 2015.

LYRIO, Fernando. Descaminhos do meio ambiente: nove meses do governo Bolsonaro. In: SCHÖNFELD, Annette von, SANTOS, Maureen, VIANNA, Manoela. *Dossiê: Flexibilização da Legislação Socioambiental Brasileira - 2ª edição*. 2019. Disponível em: <<https://br.boell.org/pt-br/dossie-flexibilizacao-da-legislacao-socioambiental-brasileira-2-edicao>>. Acesso em: 10 fev. 2022.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. São Paulo: Editora Malheiros, 2014.

MIRRA, Álvaro Luiz. Princípios fundamentais do direito ambiental. In: OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebíades. LEITE, José Rubens Morato (Orgs.). *Cidadania coletiva*. Florianópolis: Paralelo 27, 1996, p. 99-125.

NOVAES, Washington. Eco-92: avanços e interrogações. *Estudos Avançados*, 6 (15), 1992, p. 79-93. Disponível em: <www.scielo.br/j/ea/a/DZBVpsgKp3wGQsDm5pBb6bM/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 6 fev. 2022.

ONU. *Declaração de Estocolmo de junho de 1972*. Estocolmo, 1972. Disponível em: <<http://portal.iphan.gov.br/uploads/ckfinder/arquivos/Declaracao%20de%20Estocolmo%201972.pdf>>. Acesso em: 10 fev. 2022.

ONU. *Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento*. Rio de Janeiro, 1992. Disponível em: <https://cetesb.sp.gov.br/proclima/wp-content/uploads/sites/36/2013/12/declaracao_rio_ma.pdf>. Acesso em: 10 fev. 2022.

ONU. *Acordo de Paris*. Paris, 2015. Disponível em: <<https://www.undp.org/content/dam/brazil/docs/ODS/undp-br-ods-ParisAgreement.pdf>>. Acesso em: 10 fev. 2022.

MAYER, Benoit. *The international law on climate change*. Cambridge University Press, 2018

PALUDO, Larissa Júlia; FRAGA, Gerson Wasen. A produção do inimigo ou destruição da alteridade: uma análise dos discursos de Jair Bolsonaro. *Revista Eletrônica de Educação*, v.14, p1-16, jan./dez. 2020. Disponível em: <<http://www.reveduc.ufscar.br/index.php/reveduc/article/view/4544/1060>>. Acesso em: 10 fev. 2022.

PEREIRA, Lorena Izá, COCA, Estevan Leopoldo de Freitas, ORIGUÉLA, Camila Ferracini. O “passar a boiada” na questão agrária brasileira em tempos de pandemia. *Revista NERA*, v. 24, n. 56, p. 08-23, jan.-abr., 2021. Disponível em: <<https://revista.fct.unesp.br/index.php/nera/article/view/8314>>. Acesso em: 9 fev. 2022.

PINTO, Antônio Carlos Brasil. A globalização, o meio ambiente e os movimentos ecológicos. In: LEITE, José Rubens Morato, BELLO FILHO, Ney de Barros (orgs.). *Direito ambiental contemporâneo*. Barueri/SP: Manole, 2004.

REI, Fernando Cardozo Fernandes; GONÇALVES, Alcindo Fernandes; DE SOUZA, Luciano Pereira. Acordo de Paris: reflexões e desafios para o regime internacional de mudanças climáticas. *Veredas do Direito: Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável*, v. 14, n. 29, p. 81-99, 2017. Disponível em: <<http://revista.domhelder.edu.br/index.php/veredas/article/view/996>>. Acesso em 10 fev. 2022.

RODRIGUES, Luís Pedro Oliveira Santos, BELLO FILHO, Ney de Barros. O controle das Atividades climáticas: enfoque sobre a futura região metropolitana de São Luís do Maranhão. *Cadernos de Pesquisa*, v. 18, n. 1, jan./abr., 2011, p. 24-37, disponível em: <<http://www.periodicoeletronicos.ufma.br/index.php/cadernosdepesquisa/article/view/413/264>>. Acesso em: 1 fev. 2022.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. 13. ed. São Paulo: Cortez, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang, FENSTERSEIFER, Tiago. *Notas sobre os deveres de proteção do Estado e a garantia da proibição do retrocesso em matéria (sócio)ambiental*. 2010. Disponível em: <http://www.planetaverde.org/arquivos/biblioteca/arquivo_20131207162429_2438.pdf>. Acesso em: 10 fev. 2022.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. *Princípios do direito ambiental*. Saraiva, 2014.

SCHÖNFELD, Annette von, SANTOS, Maureen, VIANNA, Manoela. *Dossiê Flexibilização da Legislação Socioambiental Brasileira - 2ª edição*. 2019. Disponível em: <<https://br.boell.org/pt-br/dossie-flexibilizacao-da-legislacao-socioambiental-brasileira-2-edicao>>. Acesso em: 10 fev. 2022.

STUART-SMITH, Rupert, et al. *Global Climate Change Impacts Attributable to Deforestation driven by the Bolsonaro Administration Expert report for submission to the International Criminal Court*. 2021. Available at: <https://www.smithschool.ox.ac.uk/sites/default/files/2022-03/ICC_report_final-sept-2021.pdf>. Access in 01 aug. 2022

SERRES, Michel. *O contrato natural*. Portugal: Instituto Piaget, 1990.

SINAL DE FUMAÇA. *Governo JB menos 30 anos em 3: uma linha do tempo dos*

principais retrocessos socioambientais relacionados ao uso da terra e à explosão do desmatamento nos três anos de Bolsonaro. 2021. Disponível em: <<https://www.sinaldefumaca.com/wp-content/uploads/2021/10/sdf-relatorio-pt-final-30em3.pdf>>. Acesso em: 10 fev. 2022.

VARELLA, Marcelo Dias. *Direito internacional econômico ambiental*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

VIOLA, Eduardo. *O Brasil na arena internacional da mitigação da mudança climática*. 1996-2008. CINDÉS, 2009. Disponível em: <https://www.ipea.gov.br/bric/textos/100409_BRICViola1.pdf>. Acesso em: 10 fev. 2022.

Data de Recebimento: 04.07.2022.

Data de Aprovação: 18.08.2022.

ESTADO HOBBSIANO, ESTADO DE EXCEÇÃO E BIG TECH: A (DES)PROTEÇÃO DA LIBERDADE INDIVIDUAL

HOBBSIANO STATE, STATE OF EXEÇÃO AND BIG TECH: A (DIS)PROTECTION OF INDIVIDUAL FREEDOM

Andressa Sechi Marra*
Rene Sampar**
Zulmar Antônio Fachin***

RESUMO

O texto consiste em uma reflexão sobre o Estado hobbesiano, o estado de exceção e as gigantes da tecnologia, considerando o impacto que esses núcleos de poder causam sobre a liberdade individual, entendida como direito da personalidade. O objetivo do texto é refletir sobre os limites impostos à liberdade individual não apenas pelo Estado hobbesiano e pelo estado de exceção, mas também pelas Big Tech. Assim, hipotetiza-se que esses núcleos de poder mantêm alguma semelhança entre si. Para tanto, adota-se o método hipotético-dedutivo, utilizando livros e artigos científicos, excluindo manuais acadêmicos e textos gerais sobre o tema. O estudo aponta para a existência de plataformas digitais detentoras de imenso poder sobre pessoas, empresas e governos e conclui que as Big Tech podem constituir-se em novos leviatãs ameaçadores de direitos da personalidade, especialmente, a liberdade individual.

Palavras-chave: Poder; big tech; liberdade individual; personalidade.

ABSTRACT

The research consists of a reflection about the Hobbesian state, which is considered the exception state, and the technology giants. The discussion considers the impact which these concepts can cause on individual liberty, understood as personality rights. The objective of this paper is to reflect on the limits imposed on individual liberty not only by the Hobbesian state and by the exception state, but also by Big Tech. Based on that, it is hypothesized that these concepts of power keep some similarity among them. Therefore, it is adopted the hypothetical-deductive method, through books and papers usage, excluding academic manuals and general texts about the theme discussed. The study

* Doutoranda em Direito pelo Centro Universitário de Maringá (Unicesumar/2020). Mestre em Direito pelo Centro Universitário de Maringá (Unicesumar/2018). Especialista em Direito Processual Civil Contemporâneo. Docente em Direito Civil e Direito Processual Civil Advogada. ORCID: 0000-0002-2709-4890. E-mail: andressasm87@hotmail.com.

** Doutor em Direito (UFSC). Mestre em Filosofia Política (UEL). Especialista em Direito Constitucional Contemporâneo (IDCC) e em Filosofia Política e Jurídica (UEL). Graduado em Direito (UEL). Coordenador de Pós-EAD da ABDConst – Academia Brasileira de Direito Constitucional. ORCID: 0000 0003 4025 4534. E-mail: renesampar@msn.com.

*** Doutor em Direito Constitucional (UFPR). Mestre em Direito (UEL). Mestre em Ciências Sociais (UEL). Bacharel em Direito (UEM). Professor de Direito Constitucional na Universidade Estadual de Londrina e no Programa de Mestrado e Doutorado da Unicesumar. Coordenador do Programa de Mestrado Profissional em "Direito, Sociedade e Tecnologias" da Escola de Direito das Faculdades Londrina. ORCID: 0000-0001-5514-5547. E-mail: zulmarfachin@uol.com.br.

points to the existence of digital platforms which detain huge power over people, companies, and governments. It is concluded that the Big Tech can be established as the new leviathan's threat to personality rights, especially, individual liberty.

Key-words: power; Big Tech; individual liberty; personality

INTRODUÇÃO

O tema da pesquisa consiste em uma reflexão sobre como o poder, incluindo o das novas tecnologias, pode interferir na liberdade individual, compreendida como direito da personalidade. Assim, parte do pressuposto de que o poder e a liberdade sempre estiveram em posição de reciprocidade, visto que o poder pode ser a garantia da liberdade, assim como a causa de sua destruição.

Posto isso, este estudo tem como objetivo refletir sobre os impactos que o estado hobbesiano, o estado de exceção e as Big Tech podem exercer sobre a liberdade individual. Para isso, concentra a análise sobre esses núcleos de poder.

O tema encontra-se delimitado no tempo e no espaço, embora se deva reconhecer a impossibilidade de uma delimitação compacta, devido ao trabalho com autores e concepções teóricas que marcaram e marcam épocas distintas e que, ao mesmo tempo, transcendem limites territoriais. O estudo detém-se na análise do estado hobbesiano, o estado de exceção e o poder das Big Tech, especificamente, a Amazon, o Google e o Facebook, consideradas “os três tenores da globalização”.

Este estudo reveste-se de significativa importância, pois procura resgatar a concepção de Thomas Hobbes sobre o poder, adota o estado de exceção na concepção de Giorgio Agamben e destaca a ascensão e o poder de algumas Big Tech, em especial, a Amazon, o Google e o Facebook. Compreende que esses três núcleos de poder, cada qual a seu modo e ao seu tempo, têm se constituído em poderes excepcionais, capazes de restringir e até aniquilar a liberdade individual, considerada uma manifestação da personalidade humana.

O problema da pesquisa pode ser assim formulado: qual é o tipo de impacto que o estado hobbesiano, o estado de exceção e as Big Tech exercem sobre a liberdade individual?

A partir do problema formulado, desenvolve-se a hipótese de pesquisa consubstanciada na possibilidade de comprovar que esses núcleos de poder agigantados, ao lado de permitirem o desenvolvimento da liberdade individual, podem comprometer essa liberdade.

O texto está subdividido em três partes. Na primeira, desenvolve a concepção hobbesiana de poder e de Estado, resgatando a figura metafórica do leviatã, o único capaz de evitar o caos produzido pela guerra de todos contra todos. Na segunda, trata do estado de exceção desenvolvido por Giorgio Agamben, em que essa forma de governar acaba por capturar a liberdade individual. Na última parte, trata de algumas Big Tech, ou seja, empresas gigantes do campo das tecnologias. As empresas do Vale do Silício,

especificamente as plataformas digitais, exercem sobre as pessoas um poder semelhante ao produzido pelo estado hobbesiano ou pelo estado de exceção, mas com o acréscimo de não estarem limitadas pela soberania estatal exercida no espaço territorial do estado-nação. Em conclusão, estuda como esses três núcleos de poder atuam sobre direitos da personalidade, principalmente, a liberdade individual.

Teoria do Estado e soberania absoluta em Thomas Hobbes

O Estado hobbesiano, indicado no título deste texto, refere-se à concepção de Estado formulada por Thomas Hobbes¹ (1588-1679). O autor, imortalizado pelo livro *O Leviatã*, descreve a construção da esfera pública por meio da soberania absoluta, isto é, quando todo o poder se encontra depositado nas mãos de um soberano. Hobbes pensava em um governo forte que fosse capaz de salvaguardar um espaço de segurança para a construção de um país e de uma sociedade. As razões que o conduziram a trilhar este caminho epistêmico são de ordem histórica e psicológica, já que o medo de conflitos armados esteve presente em sua vida, desde seu nascimento – ocorrido em meio à Guerra Anglo-Espanhola – e por alguns períodos de sua vida adulta – como a Guerra Civil Inglesa, de 1640, que o levou a fugir para a França, embora, mais tarde, tivesse que retornar à Inglaterra em razão da perseguição de cristãos franceses ao seu livro mais conhecido.

Em sua obra, o contexto de insegurança geral seria um atributo dos conflitos ensejados no interior da sociedade, o que Hobbes denomina de ‘luta de todos contra todos’. Esses conflitos ocorrem, na maioria das vezes, por dois fatores: primeiramente, pelos indivíduos possuírem semelhanças físicas e mentais entre si, caso em que todos constituiriam, em tese, um inimigo potencial, sendo capaz de afligir qualquer outro ser humano; em segundo lugar, é a questão do desejo, pois, para Hobbes, inflamados pelo mesmo querer, todos buscam a cultivar desejos semelhantes pelos mesmos bens, o que tende a ampliar a procura pelos objetos mais raros. Tal fórmula, que congrega múltiplas vontades e escassez dos bens mais cobiçados, direciona a sociedade rumo aos vales da inimizade.

A despeito de tal reflexão hobbesiana ser realista em demasia, e em alguns aspectos soar como fatalista, é preciso considerar a validade de seu caráter prático, tendo em vista que: a) parece evidente que, ao receber as mesmas influências (econômicas, políticas, culturais, sociais), todos tendem a desejar os mesmos fins; b) a desordem e o caos se instalarão na carência de uma esfera que estabeleça regras básicas, bem como exija a sua aplicação. Em linhas gerais, lidar com a carência está na base da atividade governamental, pois é da atividade política se encarregar da tomada de decisões acerca da divisão de bens e recursos que são escassos, além de estabelecer obrigações para a consecução dos objetivos do Estado.

Não obstante dispor de tamanha responsabilidade, governos e legisladores não agem – ou ao menos não deveriam agir – por si mesmos, porém, são contingenciados por

¹ HOBBS, Thomas. *Leviatã*. Trad. Eleonora Magalhães de Gusmão. São Paulo: Clube de Autores, 2020.

regras. Neste sentido, pensadores como Hobbes e diversos outros, distribuídos ao longo de alguns séculos, deram a sua contribuição ao que se convencionou denominar de Estado de Direito, uma ideia muito propagada e que se tornou baluarte da garantia de liberdade ao longo dos séculos XVII e XVIII naqueles países que exerceram maior influência desde então – isto é, os da Europa ocidental e os Estados Unidos da América.

Com efeito, o Estado de Direito foi levado aos rincões do planeta, tornando-se paradigma jurídico e político elementar. Em sua base, encontra-se a legalidade (*rule of law*), a qual é a matriz que fundamenta a vida em sociedade, regulando o agir de todos os organismos do Estado – o poder público só age quando houver expressa e prévia autorização legal, salvo em hipóteses especiais – e parte da vida privada. Sob a ótica pública que reconhece os cidadãos como iguais em sua pluralidade, a inexistência deste poder comum dificulta ou impede o estabelecimento das balizas jurídicas (e morais) fundamentais para a instituição de parâmetros de válido e inválido (do certo e do errado). Sem a lei, Hobbes lembra que não há critérios para afigurar o que seria tido por injusto.

A partir dessas reflexões, observa-se que o governo gestado na filosofia hobbesiana comunga de noções muito próximas às que serviram de prisma para o estabelecimento das instituições legadas dos antepassados. A justificativa (mecanicista) para a constituição do soberano absoluto e, portanto, hierarquicamente superior a todos, seria lhe munir dos aparatos para conter “o lobo”, metáfora utilizada para designar a natureza competitiva e voraz das pessoas em seu estado de natureza que, sem controle, converter-se-ia em estado de guerra. Tal governo forte pode ser resumido na expressão hobbesiana *auctoritas, non veritas facit legem*, ou seja, não é a verdade e, sim, o poder que decide o certo e o justo.

Mas, qual seria a sua engenharia jurídico-política? É preciso considerar que Thomas Hobbes estava inserido em um contexto de forte influência monárquica, refratária de noções populistas consolidadas que acenavam para o seu fim como guia do Estado – realidade, à época, vivenciada pela Suíça e algumas cidades italianas, como Veneza. Ao não identificar este “povo” que constituiria por si um governo, e ao quebrantar a tese real de seu direito adquirido para governar, a terceira via encontrada pelo pensador inglês foi a do Leviatã.

Hobbes era um absolutista, isto é, por um lado, acreditava na necessidade da concentração do poder político como alternativa única à organização do Estado e à garantia da liberdade mínima a seus concidadãos, mas, por outro, precisava resolver o problema do consentimento do povo a um governante, pois, como indicado outrora, ele não acreditava na solução do direito divino. Esta solução é o que Quentin Skinner² chama de ficcional, isto é, a noção contratualista. Com efeito, o contrato social figura como uma abstração que legitima a ação governamental pelo consentimento, criando e permitindo o vínculo entre representante(s) e representado(s), ao converter a vontade de todos em núcleo de poder único.

Assim, a finalidade precípua e material de estabelecer um pacto irrevogável seria a constituição do soberano com força e poder para atenuar os males da “natureza

² SKINNER, Quentin. *As Fundações do Pensamento Político Moderno*. São Paulo: Companhia das Letras, 1996.

humana” e estabelecer as bases de uma nova sociedade. Para tanto, todos entregariam parte de sua liberdade, tendo em vista a obediência ao poder comum, que traria a sincronia necessária para a tão almejada ordem social. Com efeito, a sociedade caminharia unida, rumo aos objetivos comuns. E, por fim, outra característica do contrato é a sua perenidade, ou seja, de nada valeria a formação do Leviatã³ se os contratantes não pretendessem que a aliança perdurasse no tempo. Para Hobbes, o contrato deveria ser perene, haja vista a busca pela paz, que é o fim último da sociedade, ser objeto de luta que não cessa.

A noção moderna de contrato possibilita auferir que o soberano imaginado por Hobbes não teria características draconianas, mas, acima de tudo, deveria respeitar alguns direitos reconhecidos aos súditos, sob pena de acabarem em uma situação menos vantajosa se comparado ao período pré-contratual: os males seriam os mesmos, mas as armas do povo para enfrentá-los seriam mais débeis, já que renunciou a parte de sua liberdade para constituição do Estado. Neste sentido, lembra CHEVALLIER⁴:

Apesar de seu rigor e de sua extensão, o pacto que o institui (o Estado) não poderia fazer com que os indivíduos perdessem o que pertence à natureza deles. Se é verdade que esses só têm as liberdades de conduta autorizadas pelo Estado, também é verdade que – quaisquer que sejam as ordens do soberano – eles alienam sua liberdade de pensamento, renunciam à defesa do seu próprio corpo e aceitam “fazer mal a si mesmos” ou fazer mal a outros somente se julgarem que isso é útil, como por exemplo, na guerra.

O espaço aberto pelo pensamento de Thomas Hobbes foi flagrante na forma de pensar da época, à medida que sua obra foi sendo, paulatinamente, traduzida pelos países europeus. Com efeito, Hobbes não é núncio de um Estado draconiano. Seu soberano, porém, é figura central no Estado e possui o poder da espada para fazer frente ao pacto estabelecido entre todos, cujas garantias são a ordem social e a segurança dos cidadãos. É do soberano, e não de uma Assembleia ou da Magistratura, que brota a lei. E, mais uma vez, a autoridade absoluta do soberano é justificada, pois o seu maior temor, conforme observa Norberto Bobbio “não é a opressão que deriva do excesso de poder, mas a insegurança que resulta, ao contrário, da escassez de poder”.

Do leviatã ao estado de exceção: a descaracterização da pessoa humana e a captura da liberdade individual

Segundo a doutrina contratualista moderna, há um questionamento a ser respondido pelos teóricos: qual o fundamento do poder?

A natureza egoística do homem percebida ao longo da convivência provocou a necessidade de limitação em relação à liberdade total em prol de um pacto coletivo: o

³ HOBBS, Thomas. *O Leviatã*. Trad.: João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Nova Cultural, 1997.

⁴ CHEVALLIER, Jean-Jacques. *As Grandes Obras Políticas de Maquiavel a Nossos Dias*. 8 ed. Trad.: Reginaldo Pujol Filho e Tadeu Breda. Rio de Janeiro: Agir, 1999.

contrato social. Como a vida estava em risco, a racionalidade e o medo da violência modificaram radicalmente a organização social, de modo que o contrato social empoderou o 'estado civil soberano', ou seja, a vida submetida à proteção de um poder absoluto que impõe o regramento com vista à sobrevivência⁵.

Embora a busca da doutrina contratualista encontre arrimo na legitimação do absolutismo inglês, sabedores da condição impossível de convivência para além da submissão ao Estado Soberano, os homens tomaram consciência de sua inevitável natureza violenta e má. A paz, a prosperidade e a alteridade somente poderiam ser acessíveis, respeitando-se o pacto firmado, cujo poder não encontraria limites na garantia da ordem.

Dessa forma, os direitos e garantias, a integridade, a liberdade e a condição de vida digna são produtos da imposição da ordem sob o auxílio do império da lei. Sem lei, não há limites para a convivência e o caos seria o destino inevitável do humano, porquanto "O Estado se origina, em parte, da razão e, em parte, do medo. A razão constrói a pessoa artificial do soberano, e o medo da morte violenta faz com que os indivíduos se submetam mediante acordo recíproco a tal artifício"⁶.

Os discursos jurídicos modernos construíram-se a partir do questionamento sobre a presença de valores morais, de consciência e razão no aspecto objetivo dos direitos naturais. Logo, a afirmação de tais princípios em seu aspecto subjetivo formava a base dos direitos individuais. Embora abstratas, tais considerações foram o pano de fundo da análise de convivência social para o exame das práticas políticas e sociais na era moderna⁷.

Nesse contexto, há o momento de ruptura da filosofia hobbesiana sobre o direito e a política, uma vez que aquele não se fundamentava mais nos direitos naturais de outrora, passando a ser considerado como produto da obra humana. Assim, o que se procura é não permitir que o relativismo determine a extinção do mínimo padrão ético na conduta do Soberano em suas decisões arbitrárias.

A decisão soberana, pode-se afirmar, representa forte espaço de abertura do direito por meio da autoridade e reconhecimento do discurso político na esfera jurídica, do que decorre a legitimidade como critério de justificação das condutas. Sendo assim, não se nega vigência ao direito, mas se reconhece que, em sua ineficiência, outros elementos ocuparão o vazio de sua suspensão. Em consequência, fala-se na teoria do estado de exceção agambeniano⁸.

A ciência moderna e a crença arrebatadora nos mecanismos da razão passaram a alimentar o viés utilitário do direito como instrumento de manutenção do poder a partir de sua distinção em relação à política, de tal sorte que o cientificismo reduziu a experiência da vida ao cumprimento de normas e regras pré-determinadas ao longo dos tempos, relegando-se qualquer resquício de fundamentação metafísica dos fenômenos experimentados pelo homem desde a modernidade.

⁵ BEDIN, Gilmar Antônio. *Os Direitos do Homem e o Neoliberalismo*. Dissertação apresentada à Universidade Federal de Santa Catarina. Centro de Ciências Jurídicas. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/106385>. 1994, p. 56. Acesso em: 01 mar. 2021.

⁶ LUZ, Gerson Vasconcelos. O Medo e a Origem do Estado em Thomas Hobbes. *Revista Investigação Filosófica*, v. 5, n. 2, 2014. Disponível em: <https://periodicos.unifap.br/index.php/investigacaofilosofica/article/download/4893/2209>. Acesso em: 01 mar. 2021.

⁷ MARUYAMA, Natália. Liberdade, Lei Natural e Direito Natural em Hobbes: limiar do Direito e da Política na Modernidade. *Revista Transformação*, São Paulo, 32(2): 45-62, 2009, p. 45. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/trans/v32n2/v32n2a02.pdf>. Acesso em: 01 mar. 2021.

⁸ AGAMBEN, Giorgio. *Estado de Exceção*. Trad.: Trad.: Iraci D. Poletti. São Paulo: Boitempo, 2004.

O homem, produto do andar dos séculos, embora tenha visto se concretizar um complexo sistema protetivo de direitos e garantias fundamentais e protagonizado a vanguarda do Estado Social de Direito, ressentiu-se desde o pacto contratual quando renunciou ao seu direito de livremente viver em benefício da manutenção coletiva da ordem. Não sem razão, a mesma renúncia foi intensificada com o passar dos séculos, a despeito de sua dignidade figurar nos sistemas democráticos como o vetor de orientação da conduta estatal.

[...] torna-se possível compreender que o poder de autopreservação se constitui por esta aptidão natural de obtenção e “distribuição de energia” que os seres finitos dispõem. Com isso, a relação do incremento do poder de autopreservação torna-se proporcional ao desenvolvimento da capacidade de distribuição da identidade de uma coisa particular, ou seja, quanto mais poder alguma coisa possui mais distinta ela se torna. Através deste expediente se explica o axioma hobbesiano de que todos os seres humanos se esforçam por aumentar o seu poder de autopreservação, e com isto manter sua vida e sua identidade como um ser finito e desejante na natureza, “pois essa tendência faz parte da definição de que é ser uma coisa distinta e identificável”⁹.

Aparentemente, se o interesse particular não estiver em questão, não há motivos para estabelecer sociedade alguma. Assim, as paixões permitem que os indivíduos se posicionem favoravelmente à sociedade ou – dependendo do interesse em jogo – que se movam em aversão. A isto soma-se a constatação da natureza propriamente egoística do homem, bem como a percepção de sua supervalorizada individualidade ao longo da evolução¹⁰.

Na concepção do estado de exceção, a senda aberta pela suspensão do direito e sua contaminação pela autoridade do discurso político é reformulada com a criação de um espaço natural público em que a ordem jurídica e política podem ter valor, ou seja, não se neutralizam os excessos e nem se cria um estado de anomia. Logo, não se visualiza uma norma que separe a ordem do caos, razão pela qual não se fala em critério de diferenciação¹¹.

Por isso, reconhece-se uma *zona de indiferença* no campo de atuação estatal e vivência coletiva, ou melhor, entre o que está fora e o que está dentro, entre a normalidade e o caos. A exceção, portanto, é o espaço no qual reina a indiferença, no qual a partir da modernidade a estrutura política fundamental contaminada se tornou a regra, cujo produto mais perverso foram os *campos de concentração* (AGAMBEN, 2004, p. 27).

Os homens, portanto, na representação metafórica do *Homo Sacer*, são aqueles aprisionados na vida do *bando soberano* cuja política se construiu ao socorro de uma

⁹ BARBOSA FILHO, Balthazar. *Condições de autoridade e autorização em Hobbes*. Revista de Filosofia Política. Porto Alegre, n. 4, pp. 63-75, 1989, p. 64. Disponível em: <https://philpapers.org/rec/BARCD3>. Acesso em: 01 mar. 2021.

¹⁰ LUIZ, *op. cit.*, p. 27.

¹¹ AGAMBEN, Giorgio. **Estado de Exceção**. Trad.: Trad.: Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004, p. 27

exclusão originária¹². *Homo sacer* é a representação da matabilidade e insacralidade, o sujeito capturado em vida pelo poder soberano, sacro e inviolável, tornando-se, em última análise, o súdito medonho que compõe o corpo do Leviatã.

A ideia de um suposto interesse dos Estados ocidentais democráticos em disseminar a liberdade pelo mundo adquire no presente uma segunda face: a globalização da guerra, pois, “diante do incessante avanço do que foi definido como uma ‘guerra civil mundial’, o estado de exceção tende cada vez mais a se apresentar como o paradigma de governo dominante na política contemporânea” (BARROS, 2020)¹³. Esse deslocamento de uma medida provisória e excepcional para uma técnica de governo deflagra o processo de instauração do estado de exceção e de atuação do soberano sobre a vida nua como uma técnica de governo reincidente nos atuais Estados democráticos.

Dito isso, a crítica agambeniana abala os alicerces de concepções da democracia contemporânea e intensifica a necessidade de análise crítica, uma vez que o estabelecimento de princípios e de procedimentos de justiça na relação dos cidadãos entre si seria suficiente para coibir o poder político, fazendo-o agir de modo justo. Para o filósofo italiano, contudo, essa perspectiva equivale à concepção mítica da democracia.

Apesar dessa crítica, é necessário avaliar a existência e atuação dos biopoderes sobre a vida dos indivíduos, tal como já assinalava a teoria foucaultiana (FOUCAULT, 2017, p. 57)¹⁴. Implica dizer que a atuação dos biopoderes sobre a vida dos indivíduos representa fator determinante para a compreensão das relações entre o poder soberano e o modo de gestão instrumental e controlada da vida.

A docilização dos corpos é realidade desde o século XVII, como espécie de ortopedia social a modelar os corpos dos indivíduos segundo os interesses do sistema de poder e de sua manutenção. Uma sociedade disciplinar conta com dispositivos reguladores da vida a serviço da utilidade do sistema, em uma espécie de teia de vigilância hierarquizada. Fala-se em panóptico¹⁵.

O estado de vigilância constante naturaliza a padronização dos comportamentos, bem como naturaliza a constante sensação de se estar sendo observado. Ao homem, como se estivesse em um laboratório, resta a docilização e a ausência de resistência, a conformação. A vida, a liberdade e a dignidade, axiomas tão caros aos Estados democráticos, cedem à captura da vida qualificada pelos mecanismos. O sentimento é de

¹² LORENZETTO, Bruno Menezes; CAMARA, Heloisa Fernandes. Pode soberano: aportes sobre a exceção e a secularização. *Revista Eletrônica Direito e Política*. Programa de Pós-Graduação *Strictu sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v. 4, n. 3, 3º quadrimestre de 2009. Disponível em: www.univali/direitoepolitica. Acesso em: 01 mar. 2021.

¹³ BARROS, Douglas Ferreira. *Giorgio Agamben e o horizonte de um novo combate: a crítica da soberania política*. Disponível em: <https://revistacult.uol.com.br/home/giorgio-agamben-e-o-horizonte-de-um-novo-combate/>. Acesso em: 01 mar. 2021.

¹⁴ FOUCAULT, Michael. *Microfísica do Poder*. 5. ed. Trad.: Renato Jaime Ribeiro. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2017.

¹⁵ LACERDA, Raphaela Cândido; ROCHA, Lara França da. Fazer Viver e Deixar Morrer: os mecanismos de controle do biopoder segundo Michel Foucault. *Revista Kínesis*, Vol. X, nº 22, julho 2018, p.148-163. Disponível em: <https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:qUZ8u8MvEQsJ:https://revistas.marilia.unesp.br/index.php/kinesis/article/view/8069/5113+&cd=6&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>. Acesso em: 01 mar. 2021.

não pertencimento, sendo o sujeito alocado à condição de engrenagem sistêmica do panóptico¹⁶.

O modo de produção capitalista direciona o investimento do poder direto sobre o corpo. Fundou-se a era do poder disciplinar. A captura instrumentaliza a vida, ceifa o homem de liberdade, arrefece suas particularidades e conforma seu *modus vivendi* à serviço da condição sistêmica.¹⁷

Já não se fala mais em liberdade de ser, não se postula a caracterização da pessoa com foco em seus atributos e personalidade, não se almeja a construção de uma sociedade livre, justa e solidária. O estado da vigilância radicaliza o Leviatã e limita o homem à condição de vida que pode ser interrompida, cujo símbolo maior é o *homo sacer*.

O Estado hobbesiano e o estado de exceção podem ser considerados fenômenos capazes de descaracterizar a pessoa, por comprometerem sua liberdade individual. Nesse contexto, é importante analisar se as Big Tech também podem desempenhar papel semelhante.

Big tech: os novos leviatãs e a (des)proteção da liberdade individual

O estado hobbesiano exercia poder absoluto sobre as pessoas. O estado de exceção enseja a captura da liberdade do sujeito. Já as Big Tech, com seu poder absoluto, exercem controle sobre as pessoas em dimensão universal. Poder-se-ia afirmar, então, que o soberano do século XXI exerce seu poder por meio das modernas tecnologias e para além dos limites do estado-nação.

A evolução tecnológica experimentada nas últimas décadas, especialmente no século XXI, proporcionou o nascimento e a rápida expansão de empresas. Como consequência, o universo digital passou a conviver com empresas gigantes que fazem parte do nosso cotidiano. São as *Big Tech* (Tech Giants, Big Four, Big Five, S&P 5).

Neste sentido, a Apple, a Microsoft, a Amazon, o Google e o Facebook são apontadas como as Big Five Tech, ou seja, as cinco maiores empresas do mundo da tecnologia. Para constituir este *ranking*, tomou-se como critérios, em 2020, o valor de mercado, o número de aquisições que elas fizeram e a influência que exercem na evolução sociocultural ao redor do mundo.

Neste item, será analisado o poder que o Google, o Facebook e a Amazon, "os três tenores da globalização", tem de interferir na liberdade das pessoas. Essas empresas "compartilham o anseio imperialista de conquistar o planeta, defendendo o acesso

¹⁶ LACERDA, Raphaela Cândido; ROCHA, Lara França da. Fazer Viver e Deixar Morrer: os mecanismos de controle do biopoder segundo Michel Foucault. **Revista Kínesis**, Vol. X, nº 22, julho 2018, p.153. Disponível em:

<https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:qUZ8u8MvEQsJ:https://revistas.marilia.unesp.br/index.php/kinesis/article/view/8069/5113+&cd=6&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>. Acesso em: 01 mar. 2021.

¹⁷ MATTOS, Delmo. Natureza e Liberdade no Leviathan. *Revista ethic@* - Florianópolis, v. 11, n. 1, p. 59 - 86. jun. 2012. Disponível em: https://www.academia.edu/2264700/Natureza_e_liberdade_no_Leviathan Acesso em: 10 mar. 2021.

ilimitado à informação, à comunicação e aos bens de consumo"¹⁸. Assemelham-se ao leviatã concebido por Thomas Hobbes e ensaiam, em certas circunstâncias, um estado de exceção, pugnano por um regime jurídico apartado da noção de estado de direito vigente ao redor do mundo.

A Amazon foi fundada por Jeff Bezos, em 5 de julho de 1994, em Bellevue, nos Estados Unidos. Trata-se de uma empresa multinacional de tecnologia, que atua em e-commerce, computação em nuvem, *streaming* e inteligência artificial.

Fortemente dedicada à comercialização de livros, a plataforma diversificou seus produtos, estendendo sua atuação por um vasto campo que abrange não apenas eletrônicos, softwares e videogames, mas também vestuário, móveis, alimentos, brinquedos e joias. Pontua-se, anda, que "O império nasceu dos objetos que atestam mais prestígio cultural: os livros. A Amazon se apropriou do prestígio dos livros. Construiu o maior hipermercado do mundo com uma grande cortina de fumaça em forma de biblioteca"¹⁹

Não se pode deixar de registrar que a atuação da Amazon no mercado brasileiro de livros gerou o fechamento de significativo número de livrarias físicas, que não suportaram a concorrência avassaladora, fenômeno registrado também em diversas partes do mundo. Para o sucesso da plataforma, em detrimento das livrarias, pesam alguns fatores, tais como a quase infinita variedade de produtos (no caso do livro, a variedade de títulos), os preços praticados e a rapidez na entrega das compras aos consumidores. Para Scott Galloway, "A Amazon tornou-se o Príncipe das Trevas do varejo, ocupando uma posição sem igual, inversamente correlacionada com o resto do setor". Seu poderio tornou-se tão forte que ela "tem o poder de tirar todos os outros do jogo"²⁰.

O Google nasceu em 4 de setembro de 1998, na Califórnia, Estados Unidos. Foi criado por dois estudantes de doutorado da Universidade de Stanford: Sergey Brin e Larry Page, com 21 e 22 anos de idade, respectivamente, sendo "Oriundo de pesquisas acadêmicas, Google começou por se concentrar na qualidade e eficácia dos resultados de consulta, superando gradualmente os seus concorrentes"²¹.

O Google tem como principal atividade lucrativa a busca na Web, mas também trabalha com telecomunicações, biotecnologia e saúde, bem como a domótica, tecnologia utilizada para gestão de recursos habitacionais. Trata-se de uma especial fonte de conhecimento, absolvido por bilhões de pessoas ao redor do mundo, constituindo-se em raro exemplo de credibilidade, conforme mostra Scott Galloway:

O Google é o deus do homem moderno. É a nossa fonte de conhecimento, sempre presente, conhecedor dos nossos segredos mais íntimos, sempre nos tranquilizando sobre onde estamos e para onde precisamos ir, respondendo a

¹⁸ CARRIÓN, Jorge. *Contra Amazon e Outros Ensaio Sobre a Humanidade dos Livros*. Trad.: Reginaldo Pujol Filho e Tadeu Breda. São Paulo: Elefante Editora, 2020, p. 27 e 32.

¹⁹ CARRIÓN, *op. cit.*, p. 28.

²⁰ GALLOWAY, Scott. *Os Quatro: Apple, Amazon, Facebook e Google*. Trad.: Cristina Yamagami. Rio de Janeiro: Alta Books, 2019, p. 31.

²¹ LOVELUCK, Benjamin. *Redes, Liberadores e Controle: uma genealogia política da internet*. Trad.: Guilherme João de Freitas Teixeira. Petrópolis, RJ: Vozes, 2018, p. 231.

todas as nossas perguntas, desde as mais triviais até as mais profundas. Nenhuma instituição conta com a confiança e a credibilidade conquistadas pelo Google²².

Usando *cookies* e o *google analyticus*, o Google vai cercando o consumidor, o qual, sem perceber o método utilizado, torna-se presa fácil, pois

O sistema de vinculação de anúncios do Google dispõe de tecnologia por meio da qual, quando o usuário visita certos *sites* ou lê determinado conteúdo, lhe são veiculados anúncios correspondentes às suas preferências de navegação de conteúdo. Essas preferências não são apontadas expressamente pelo usuário, mas modeladas de acordo com o seu comportamento na *web*: seu histórico de navegação, a visualização de páginas etc.²³.

Desse modo, ao lado de oferecer significativas vantagens, o Google faz dos seus usuários prezas fáceis, que consomem seus produtos. Todavia, não se nega a qualidade dos produtos que vende e dos serviços que oferece.

O Facebook foi fundado em 4 de fevereiro de 2004, por Mark Zuckerberg e seus colegas de universidade Dustin Moskovitz e Chris Hughes, norteamericanos, e Eduardo Saverin, brasileiro. Criado na Universidade de Harvard, transformou-se na maior rede social do mundo.

Essa plataforma digital direciona sua atenção na linha do tempo. Às pessoas é facultado interagir por diversas formas, tais como mensagens escritas, fotos e vídeos, que podem ser divulgados com um simples clique de compartilhamento ou curtida, em qualquer hora do dia ou da noite, de 1º de janeiro a 31 de dezembro. As possibilidades de comunicação ensejadas pela plataforma geram uma pluralidade de interações profundas e intensas entre usuários. Essas interações "são percebidas pelo complexo sistema de gerenciamento de informações da rede que permite que determinado conteúdo apareça na tela de outro usuário, baseado nas afinidades e nas interações anteriores"²⁴.

Pode-se afirmar que o Facebook revolucionou as relações interpessoais (o que também se poderia dizer do Instagram e do Twitter). Bilhões de pessoas ao redor do mundo estão conectadas à plataforma ou mesmo entre si. Tais relações são constituídas e desfeitas com brevidade e naturalidade impressionantes.

O 'contato' pode ser desfeito ao primeiro sinal de que o diálogo se encaminha na direção indesejada: sem riscos, sem necessidade de achar motivos, de pedir

²² GALLOWAY, *op. cit.*, p. 07.

²³ TERRA, Aline de Miranda Valverde. MULHOLLAND, Caitin. A Utilização Econômica de Rastreadores e Identificadores On-line de Dados Pessoais. In: TEPEDINO, Gustavo. FRAZÃO, Ana. OLIVA, Milena Donato. *Lei Geral de Proteção de Dados e suas Repercussões no Direito Brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, p. 605/606.

²⁴ LIMA, Glaydson de Freitas. *Manual de Direito Digital: fundamentos, legislação e jurisprudência*. Curitiba: Appris, 2016, p. 124/125.

desculpadas ou mentir; basta um toque leve, quase diáfano, numa tecla, um toque totalmente indolor e livre de riscos²⁵.

O número cada vez maior de conectados eleva, de modo exponencial, o poder da plataforma. Um conteúdo gerado por terceiros é capaz de produzir grandes repercussões nas mais variadas dimensões da sociedade, como a política e a economia, impactando, para o bem ou para o mal, na reputação de empresas, instituições e pessoas. Por outro lado, quanto mais conteúdo veiculado, maior pode ser o número de pessoas que participam e, portanto, aumenta o poder da empresa.

Essas plataformas digitais exercem imenso poder sobre as pessoas ao redor do mundo. Já se afirmou que o Facebook tem o poder de definir a identidade de cada indivíduo a partir da leitura na página na plataforma; a Amazon define o que se quer, o que se percebe facilmente pelos livros adquiridos em sua plataforma; o Google define o que se pensa, devido à influência decorrente dos dados e informações que ele contém, mesmo que o grau de cientificidade seja baixo ou, por vezes, inexistente²⁶. O poder dessas plataformas cresce exponencialmente, dificultando (ou mesmo tornando impossível) sua regulamentação pelo Direito.

O poder das plataformas digitais se agiganta. São os novos leviatãs que, imponentes, vão se apresentando, visto que "A variedade, a extensão e o impacto do poder econômico das plataformas é de tal grau que muitos já as colocam em patamar semelhante ao dos Estados (*net states*)"²⁷. Vale destacar que esses novos leviatãs têm largas vantagens sobre o Leviatã de Thomas Hobbes, porquanto transcendem o espaço territorial do Estado e não se submetem aos limites impostos pela soberania nacional.

Interpretando a obra de Robert MacBride sobre as características do Estado automatizado, Evgeny Morozov afirma que, "Em vez de um 'Império Austro-Húngaro em grande escala e atualizado', os sistemas computacionais modernos produziram 'uma burocracia de alcance quase celestial', os quais tem a capacidade de 'discernir e definir relações de maneira que nenhuma burocracia humana poderia almejar'"²⁸.

O Estado poderoso foi chamado de Leviatã por Thomas Hobbes. Esse poder é substituído, agora, pelas Big Tech, que podem ser compreendidas como uma nova versão para a metáfora hobbesiana. O monstro já não é traduzido pelo Soberano, mas por essas plataformas digitais, que atuam como se fossem os novos senhores do mundo.

Os leviatãs do século XXI podem estabelecer, sem serem vistos, vasto controle sobre as pessoas, estejam elas onde estiverem, em qualquer parte do globo. Para que esse controle se efetive, não é necessário vigiar as pessoas que vão à praça pública externar o

²⁵ BAUMAN, Zygmunt. Sozinhos no Meio da Multidão. In: *44 Cartas do Mundo Líquido Moderno*. Trad. Vera Pereira, Rio de Janeiro: Zahar, 2011, p. 15/16.

²⁶ FRAZÃO, Ana. Fundamentos da Proteção dos Dados Pessoais - Noções Introdutórias para a Compreensão da Importância da Lei Geral de Proteção de Dados. In: TEPEDINO, Gustavo. FRAZÃO, Ana. OLIVA, Milena Donato. *Lei Geral de Proteção de Dados e suas Repercussões no Direito Brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, p. 41.

²⁷ FRAZÃO, *op. cit.*, p. 47.

²⁸ MOROZOV, Evgeny. *Big Tech: a ascensão dos dados e a morte da política*. Trad.: Cláudio Marcondes. São Paulo: Ubu Editora, 2018 (Coleção Exit), p. 98.

que pensam e o que desejam, conhecimento que pode ser obtido com os dados espontaneamente fornecidos pelas próprias pessoas. As plataformas digitais detêm suas atenções e podem fazer deles o uso que melhor aprouver aos interesses delas ou aos interesses de quem elas escolherem para serem os beneficiários.

O poder das Big Tech manifesta-se em várias dimensões: nas comunicações, na economia e na política. Comunicam-se facilmente com um público cada vez maior, sempre ávido por informações, relacionamentos e novidades, bem como desejoso de consumir. Ampliam seu poder econômico com rapidez impressionante, o que lhes permite contrabalançar com o poder estatal, que não consegue (ou não quer) estabelecer uma regulação jurídica que proteja os seus cidadãos. Exercem, ainda, poder político cada vez maior, interferindo (ou permitindo que se interfira) até mesmo em resultados de eleições de governantes que irão manusear orçamentos públicos e conduzir (ao menos, formalmente) o poder político. Neste ponto específico, basta lembrar que, no final de 2020, o Facebook, assim como outras plataformas digitais (Instagram, YouTube e Snapchat), suspenderam a conta do então presidente dos Estados Unidos, por entender que sua conduta extrapolou limites admissíveis de convivência social e de exercício de poder político.

Limitar o poder dos novos leviatãs é uma preocupação existente em várias partes do mundo e, inclusive, no Brasil. A União Europeia vem trabalhando para aprovar duas leis com o objetivo de regulamentar alguns poderes das Big Tech: a Lei de Mercados Digitais e a Lei de Serviços Digitais. No Brasil, foram publicadas algumas leis importantes, com caráter mais abrangente: a Lei 12.965, de 23 de abril de 2014 (Marco Civil da Internet) e a Lei 13.709, de 14 de agosto de 2018 (Lei Geral de Proteção de Dados). Embora essas leis signifiquem um certo avanço na proteção jurídica dos cidadãos brasileiros, há necessidade de estabelecer uma proteção legal mais específica, tendo em vista o poder das Big Tech. O poder, quase ilimitado, exercido por elas coloca em risco diversos direitos humanos, fundamentais e da personalidade, tal como a liberdade individual.

Poder-se-ia afirmar que a Amazon, com venda de produtos, o Google, com seus campos para pesquisas, e o Facebook, com seu vasto espaço de comunicações, aumentam a liberdade individual, facultando às pessoas usufruírem dos produtos e serviços que tais plataformas digitais oferecem. Contudo, já no primeiro olhar, constata-se que essa liberdade é aparente, visto que, para ter acesso a esses bens da vida, a pessoa é obrigada, desde logo, a fornecer seus dados pessoais. A partir daí, toda vez que se manifestar (comprando um livro, buscando uma informação ou postando uma mensagem qualquer), as pessoas submetem-se ao controle dessas plataformas digitais, que só fazem aumentar seus poderes e seus lucros. Inegavelmente, esta realidade suprime ou, ao menos, restringe a liberdade individual, o que resulta em violação a esse direito da personalidade.

O Leviatã hobbesiano, o estado de exceção e as Big Tech são poderes arredios à limites e, por isso, ameaçadores da liberdade individual.

Conclusão

Tendo em vista sua experiência pessoal, Thomas Hobbes, no limiar do Estado moderno e em momento anterior ao que se convencionou denominar de Estado de Direito, concebia a possibilidade de intensos conflitos no seio social, em virtude da inexistência de um poder soberano que organizasse as demandas públicas e privadas.

Desse modo, sem o Leviatã, todos seguiriam no estado de natureza, gerador de premente insegurança ante a constante possibilidade de guerra de todos contra todos. Com o arquétipo contratual, a renúncia de parte da liberdade encetaria a soberania estatal, centrada na figura do soberano, que teria a competência de regular os conflitos dentro e fora das fronteiras estatais.

Por meio desta figura de linguagem, comum nos séculos XVII e XVIII entre os filósofos da política europeus, Hobbes apontava a soberania como elemento fulcral para a afirmação do nascente Estado nacional e territorial, o qual vicejou na Europa especialmente a partir do século XIX. Em outras palavras, em oposição ao puro despotismo e sobre os escombros do feudalismo descentralizado, apenas o poder reunido e regrado seria capaz de erigir a estrutura renovada que os pensadores iluministas e liberais da época tanto ansiavam.

A figura do estado de exceção, analisada por Giorgio Agamben, delinea-se ao modo de vida do homem nos tempos contemporâneos, visto que a captura da liberdade em prol da instrumentalização da vida, que serve a um mecanismo de poder institucionalizado, corrompe a própria comunidade política. Assim, destaca-se que os direitos da personalidade, especialmente a liberdade individual, e todos os seus atributos, são utilizados com o objetivo de instaurar uma consciência sustentada pela conjugação da subjetividade com a política.

No contexto do Estado da vigilância, ocorre a redução do indivíduo à mera vida passível de finitude, marcada pelo consumo exacerbado cujo signo mais distintivo carrega uma psicologia reduzida à instrumentalização da vida que provoca a captura do sentido de viver em liberdade. Ou seja, a vida da contemporaneidade do homem em constante exceção e vigilância serve a um mecanismo que o reduz ao simples viver para morrer, radicalizando o contexto de proteção social e relegando a violência simbólica aos meios sociais, a tal ponto que os direitos da personalidade como atributos já não confluem para a autodeterminação.

O Estado hobbesiano, o estado de exceção e as Big Tech, especificamente a Amazon, o Google e o Facebook, constituem-se em núcleos de poderes que guardam algumas semelhanças entre si.

Assinala-se, então, que o estado hobbesiano exerce poder absoluto sobre as pessoas, o estado de exceção enseja a captura da liberdade do sujeito e as Big Tech, com seu poder absoluto, operam controle sobre as pessoas em dimensão universal. Poder-se-ia afirmar, então, que o soberano do século XXI exerce seu poder por meio das modernas tecnologias e para além dos limites do estado-nação.

Essas plataformas digitais, ao lado de desempenharem papel importante na sociedade do século XXI, não revelam preocupação com a plenitude da liberdade individual. Outrossim, as plataformas digitais detêm a atenção das pessoas e podem fazer

delas o uso que melhor atender aos seus interesses econômicos, o que coloca em risco direitos da personalidade, especialmente, a liberdade individual.

REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio. *Estado de Exceção*. Trad.: Trad.: Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004.

BARBOSA FILHO, Balthazar. *Condições de autoridade e autorização em Hobbes*. *Revista de Filosofia Política*. Porto Alegre, n. 4, pp. 63-75, 1989, p. 64. Disponível em: <https://philpapers.org/rec/BARCD3>. Acesso em: 01 mar. 2021.

BARROS, Douglas Ferreira. *Giorgio Agamben e o horizonte de um novo combate: a crítica da soberania política*. Disponível em: <https://revistacult.uol.com.br/home/giorgio-agamben-e-o-horizonte-de-um-novo-combate/>. Acesso em: 01 mar. 2021.

BAUMAN, Zygmunt. Sozinhos no Meio da Multidão. In: *44 Cartas do Mundo Líquido Moderno*. Trad. Vera Pereira, Rio de Janeiro: Zahar, 2011.

BEDIN, Gilmar Antônio. *Os Direitos do Homem e o Neoliberalismo*. Dissertação apresentada à Universidade Federal de Santa Catarina. Centro de Ciências Jurídicas. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/106385>. 1994, Acesso em: 01 mar. 2021.

BOBBIO, Norberto. *Thomas Hobbes*. Trad.: Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1991.

CARRIÓN, Jorge. *Contra Amazon e Outros Ensaíos Sobre a Humanidade dos Livros*. Trad.: Reginaldo Pujol Filho e Tadeu Breda. São Paulo: Elefante Editora, 2020.

CHEVALLIER, Jean-Jacques. *As Grandes Obras Políticas de Maquiavel a Nossos Dias*. 8 ed. Trad.: Reginaldo Pujol Filho e Tadeu Breda. Rio de Janeiro: Agir, 1999.

FOUCAULT, Michael. *Microfísica do Poder*. 5. ed. Trad.: Trad.: Renato Jaime Ribeiro. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2017.

FRAZÃO, Ana. *Fundamentos da Proteção dos Dados Pessoais - Noções Introdutórias para a Compreensão da Importância da Lei Geral de Proteção de Dados*. In: TEPEDINO, Gustavo.

FRAZÃO, Ana. OLIVA, Milena Donato. *Lei Geral de Proteção de Dados e suas Repercussões no Direito Brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Revista do Tribunais, 2020.

GALLOWAY, Scott. *Os Quatro: Apple, Amazon, Facebook e Google*. Trad.: Cristina Yamagami. Rio de Janeiro: Alta Books, 2019.

HOBBS, Thomas. *Do Cidadão*. Trad.: Renato Janine Ribeiro. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

HOBBS, Thomas. *Leviatã*. Trad. Eleonora Magalhães de Gusmão. São Paulo: Clube de Autores, 2020.

LACERDA, Raphaela Cândido; ROCHA, Lara França da. *Fazer Viver e Deixar Morrer: os mecanismos de controle do biopoder segundo Michel Foucault*. *Revista Kínesis*, Vol. X, nº 22, julho 2018, p.148-163. Disponível em:

<https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:qUZ8u8MvEQsJ:https://revistas.marilia.unesp.br/index.php/kinesis/article/view/8069/5113+&cd=6&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>.

Acesso em: 01 mar. 2021.

LIMA, Glaydson de Freitas. *Manual de Direito Digital: fundamentos, legislação e jurisprudência*. Curitiba: Appris, 2016.

LORENZETTO, Bruno Menezes; CAMARA, Heloisa Fernandes. *Pode soberano: aportes sobre a exceção e a secularização*. *Revista Eletrônica Direito e Política*. Programa de Pós-Graduação *Strictu sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v. 4, n. 3, 3º quadrimestre de 2009. Disponível em: www.univali/direitoepolitica. Acesso em: 01 nov. 2021.

LOVELUCK, Benjamin. *Redes, Liberadores e Controle: uma genealogia política da internet*. Trad.: Guilherme João de Freitas Teixeira. Petrópolis, RJ: Vozes, 2018.

LUZ, Gerson Vasconcelos. *O Medo e a Origem do Estado em Thomas Hobbes*. *Revista Investigação Filosófica*, v. 5, n. 2, 2014. Disponível em: <https://periodicos.unifap.br/index.php/investigacaofilosofica/article/download/4893/2209>. Acesso em: 01 mar. 2021.

MARUYAMA, Natália. *Liberdade, Lei Natural e Direito Natural em Hobbes: limiar do Direito e da Política na Modernidade*. *Revista Transformação, São Paulo*, 32(2): 45-62, 2009. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/trans/v32n2/v32n2a02.pdf>. Acesso em: 01 mar. 2021.

MATTOS, Delmo. *Natureza e Liberdade no Leviathan*. *Revista ethic@ - Florianópolis*, v. 11, n. 1, p. 59-86. jun. 2012. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/ethic/article/view/1677-2954.2012v11n1p59>. Acesso em: 10 mar. 2021.

MOROZOV, Evgeny. *Big Tech: a ascensão dos dados e a morte da política*. Trad.: Cláudio Marcondes. São Paulo: Ubu Editora, 2018 (Coleção Exit).

SKINNER, Quentin. *As Fundações do Pensamento Político Moderno*. São Paulo: Companhia das Letras, 1996.

TEPEDINO, Gustavo. FRAZÃO, Ana. OLIVA, Milena Donato. *Lei Geral de Proteção de Dados e suas Repercussões no Direito Brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

TERRA, Aline de Miranda Valverde. MULHOLLAND, Caitin. *A Utilização Econômica de Rastreadores e Identificadores On-line de Dados Pessoais*. In: TEPEDINO, Gustavo.

Data de Recebimento: (O editor preenche a data).

Data de Aprovação: (O editor preenche a data).

FEDERALISMO COOPERATIVO ECOLÓGICO: A FISCALIZAÇÃO AMBIENTAL DESCENTRALIZADA BRASILEIRA

ECOLOGICAL COOPERATIVE FEDERALISM: THE BRAZILIAN DECENTRALIZED ENVIRONMENTAL SURVEILLANCE

*Nina Trícia Disconzi Rodrigues ·
Francielle Benini Agne Tybusch ·
Priscilla Silva ****

RESUMO

A Constituição Federal de 1988 representou um marco na democracia brasileira, objetivando a descentralização do poder através de um sistema federalista. Ocorre que o Brasil, com um passado autoritário e colonial, tem se alicerçado em práticas centralizadoras. Com efeito, embora o parágrafo único do artigo 23 tenha estabelecido que uma lei complementar faria normas de cooperação entre os entes, tal lei adveio somente após vinte e três anos da promulgação da Constituição. Assim, este trabalho objetivou responder à indagação: que impactos a Lei Complementar nº 140 de 2011 trouxe no federalismo brasileiro? Para tanto, utilizou-se o método de abordagem dedutivo, o método de procedimento monográfico e a documental como técnica de pesquisa. Por fim, concluiu-se a importância dessa lei complementar, na medida em que promoveu uma fiscalização ambiental descentralizada, contribuindo para a construção de um Estado Democrático de Direito.

Palavras-chave: Meio Ambiente; Federalismo; Lei Complementar 140 de 2011.

ABSTRACT

The Federal Constitution of 1988 represented a milestone in Brazilian democracy, aiming at the decentralization of power through a federalist system. It so happens that Brazil, with an authoritarian and colonial past, has been based on centralizing practices. Indeed, although the sole paragraph of Article 23 established that a complementary law would establish norms for cooperation between the entities, such law only came about twenty-three years after the promulgation of the Constitution. Thus, this work aimed to answer the question: what impacts did Complementary Law No. 140 of 2011 have on Brazilian federalism? For that, the deductive approach method, the monographic procedure method and the documentary approach were used as a research technique. Finally, the importance of this complementary law was concluded, as it promoted a decentralized environmental inspection, contributing to the construction of a Democratic Rule of Law.

Key-words: Environment; federalism; Complementary Law 140 of 2011.

* Doutora em Direito do Estado, pela Universidade de São Paulo - USP. Professora adjunta no Departamento de Direito na Universidade Federal de Santa Maria e no Programa de Pós-Graduação em Direito da UFSM. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7964995474008653>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-5549-0217>. E-mail: nina.rodrigues@ufsm.br.

** Doutora em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS. Professora do Curso de Direito da Universidade Franciscana - UFN. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4400702817251869>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-6158-399X>. E-mail: francielleagne@gmail.com.

*** Graduada em Direito pela Universidade Federal de Santa Maria. Mestranda em Direito pela Universidade Federal de Santa Maria e bolsista da CAPES. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9478894923210420>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-3480-2610>. E-mail: priscillasilva1095@gmail.com.

INTRODUÇÃO

O federalismo dual, que tem a descentralização do poder como característica principal, teve como precursor os Estados Unidos da América. Ao transformar-se no percurso do tempo, o federalismo passou a existir sob o aspecto de federalismo cooperativo também, tendo o Brasil como exemplo. Sob à luz do federalismo cooperativo, a Constituição Federal de 1988 previu, no seu parágrafo único do artigo 23, que normas de cooperação entre os estados federados serão disciplinadas por Lei Complementar.

Ocorre que o Brasil, no contexto latino-americano, originou-se por meio da colonização e do autoritarismo, isto é, por meio de uma forte centralização de poder. E isso criou raízes tão resistentes que, em que pese a Carta Maior estabeleça a existência de um federalismo cooperativo, dificilmente há a efetividade disso. No ponto, a lentidão de vinte e três anos para a confecção da Lei Complementar em comento elucida a vigência de um Estado pautado na centralização.

Em vista disso, a presente pesquisa objetiva responder a seguinte indagação: que impactos a Lei Complementar nº 140 de 2011 trouxe no federalismo brasileiro? Para responder a esse questionamento, utilizou-se o método de abordagem dedutivo, pois partiu-se da análise geral acerca de federalismo adentrando, após, no estudo acerca de sua aplicação no Brasil. No que condiz ao procedimento, esta monografia utilizou o método monográfico, realizando leituras, fichamentos e relatórios de diferentes construções teóricas, tais como judicial e doutrinária, relacionadas à temática, tendo como técnica de pesquisa a documental.

Primeiramente, este trabalho objetivou conceituar e classificar o termo federalismo, adentrando paulatinamente na sua aplicabilidade no Brasil e na sua previsão constitucional. Além disso, discorreu-se acerca da herança colonial existente nos países latino-americanos, em especial no Brasil, que enseja a perpetuação de um poder centralizado ao invés de descentralizado. Assim, apontou-se que, não obstante haja previsão constitucional de um Estado descentralizado, dificilmente há a concretização de tal previsão, pois as constituições latino-americanas mantêm fechadas as salas da máquina de suas Constituições.

Ademais, foi salientado a Lei Complementar 140 de 2011 que, ao ir de encontro ao sistema centralizador, criou novos horizontes rumo a um Estado Democrático de Direito. Isso porque a democracia encontra-se interligada com um Estado descentralizador, na medida em que fomenta um debate horizontal entre a população.

Em um segundo momento, buscou-se analisar a aplicabilidade da Lei Complementar 140 de 2011 em decisões judiciais recentes. Assim, esta pesquisa aprofundou o estudo de dois acórdãos proferidos pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Para tanto, utilizou-se as seguintes palavras para as pesquisas jurisprudenciais: “meio ambiente”, “federalismo” e “Lei Complementar 140 de 2011”. No ponto, os dois acórdãos analisados neste trabalho foram escolhidos mediante critérios de atualidade e aprofundamento na temática ambiental. Nessas decisões, identificou-se que a Lei Complementar é efetiva, pois tem possibilitado a fiscalização de atividades

poluidoras ou potencialmente poluidoras pelos entes federados, bem como a aplicação de multa.

Federalismo e descentralização de poder: influência da Lei Complementar 140 no Estado Democrático de Direito

O federalismo é a constituição de um Estado formado por múltiplos governos, cujos quais têm as suas próprias competências¹. Ele foi concebido pela Convenção de Filadélfia, nos Estados Unidos, entretanto, no percurso do tempo, foi se transformando, sendo atualmente identificados estes dois modelos: federalismo dual e federalismo cooperativo².

O federalismo dual originou-se na Convenção da Filadélfia, havendo a separação entre esfera federal e esfera estadual, a fim de restringir ao máximo a competência da esfera federal³. O federalismo cooperativo, por sua vez, não apresenta uma rígida separação entre as competências dos entes federados e do ente central, havendo a delegação como um forte elemento⁴.

O Brasil é considerado um país pautado no federalismo cooperativo, sendo que tal federalismo originou-se do modelo federativo alemão, cujo qual rompeu com o federalismo dual, de influência norte-americana⁵. Contudo, em razão dos fortes indícios de centralização, há um federalismo cooperativo híbrido no Brasil⁶.

As características de uma federação moderna são estas: a descentralização do poder, a repartição de competências, a indissolubilidade da federação, a autonomia dos entes e a comunicabilidade dos entes entre si⁷. Ademais, o federalismo pode classificar-se em federalismo por agregação, que tem os Estados Unidos como exemplo, e em federalismo por desagregação, cujo qual tem o Brasil como exemplo, que se originou a partir da Proclamação da República e com o advento da Constituição Federal de 1891⁸.

Os países latino-americanos foram fortemente influenciados pelo modelo federalista norte-americano⁹. Isto é, em que pese o federalismo tenha assumido diferentes vertentes no percurso do tempo, a sua origem se deu nos Estados Unidos da América. Contudo, devido à herança colonial, os países latino-americanos não conseguiram

¹ ANTUNES, Paulo de Bessa. *Federalismo e competências ambientais no Brasil*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015

² ANTUNES, Paulo de Bessa. *Federalismo e competências ambientais no Brasil*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015

³ ANTUNES, Paulo de Bessa. *Federalismo e competências ambientais no Brasil*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015

⁴ ANTUNES, Paulo de Bessa. *Federalismo e competências ambientais no Brasil*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015

⁵ RAMMÊ, Rogério Santos. *Federalismo Ambiental Cooperativo e Mínimo Existencial Socioambiental: a Multidimensionalidade do Bem-Estar Como Fio Condutor*. *Veredas do Direito*, Belo Horizonte - BH, v.10, n.20, p.145-161, jul./dez. 2013.

⁶ ANTUNES, Paulo de Bessa. *Federalismo e competências ambientais no Brasil*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

⁷ GUEDES, Yan Pedro Pereira; CHALITA, Gabriel Benedito Issaac. A ausência de identidade do federalismo brasileiro. *Revista de Direito e Liberdade*, Natal/RN, maio/ago. 2021, p. 167-194, p. 170.

⁸ GUEDES, Yan Pedro Pereira; CHALITA, Gabriel Benedito Issaac. A ausência de identidade do federalismo brasileiro. *Revista de Direito e Liberdade*, Natal/RN, maio/ago. 2021, p. 167-194, p. 170.

⁹ BASTOS, Ronaldo. *O hiperpresidencialismo no novo constitucionalismo latino-americano*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

concretizar uma gestão centralizada ao invés de descentralizadas¹⁰. Por exemplo, quanto ao Brasil, há uma concentração política que não cede poderes aos entes federativos, concentrando por demasiados poderes na União¹¹.

No ponto, a Constituição Federal brasileira, promulgada em 1988, representa uma ruptura do passado autoritário ao ter instituído um texto democrático¹². Ademais, a Carta Magna é influenciada pelo direito norte-americano e europeu. De um lado, a Constituição instituiu a separação dos poderes, conforme o modelo de freios e contrapesos, e, por outro lado, apresentou um grande rol de direitos fundamentais¹³. A Constituição também ampliou as competências do judiciário e do executivo, concentrando poderes no chefe do poder executivo de âmbito federal, o que trouxe empecilhos à democracia. Isso porque, quando os governantes estão comprometidos com interesses privados, dificilmente há o impulsionamento da democracia¹⁴.

Além disso, a Constituição Federal de 1988 atribuiu um capítulo próprio para o meio ambiente, impondo ao Estado e à sociedade o dever de protegê-lo. Por esse motivo, a matéria ambiental tornou-se um dos aspectos mais característicos da Carta Maior, chamando-se de “constitucionalização’ da proteção ambiental”¹⁵. Com efeito, essa proteção foi influenciada pela Declaração de Estocolmo sobre o Meio Ambiente Humano que, em 1972, tornou-se o “primeiro diploma a atribuir a natureza de direito humano e fundamental ao direito ao ambiente, bem como o primeiro a relacioná-lo diretamente com a proteção da dignidade e da vida humana”¹⁶. Quanto ao meio ambiente, a Lei nº 6.938 de 1981, no inciso I do artigo 3º, classifica-o como “o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas”¹⁷.

Em que pese a Constituição Federal do Brasil estabeleça artigos protetivos em relação à natureza, ainda há uma forte herança do antropocentrismo¹⁸. Isso pode ser exemplificado no artigo 225 da Constituição Federal brasileira que, ao estabelecer que

¹⁰ ANTUNES, Paulo de Bessa. *Federalismo e competências ambientais no Brasil*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 35.

¹¹ GUEDES, Yan Pedro Pereira; CHALITA, Gabriel Benedito Issac. A ausência de identidade do federalismo brasileiro. *Revista de Direito e Liberdade*, Natal/RN, maio/ago. 2021, p. 167-194, p. 190.

¹² GARGARELLA, Roberto; PÁDUA, Thiago; GUEDES, Jefferson. Constitucionalismo latino-americano: direitos sociais e a “sala de máquinas” da Constituição. *Universitas JUS*, v. 27, n. 2, p. 33-41, 2016, p. 36.

¹³ MACEDO, José Arthur Castillo. *Constitucionalismo, democracia e autogoverno*. Dissertação aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito do Estado, no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná. Curitiba, p. 196, 2011, p. 155-156.

¹⁴ MACEDO, José Arthur Castillo. *Constitucionalismo, democracia e autogoverno*. Dissertação aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito do Estado, no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná. Curitiba, p. 196, 2011, p. 157.

¹⁵ SARLET, Ingo. W. *Constituição e legislação ambiental comentada*. 1ª edição. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 31.

¹⁶ SARLET, Ingo. W. *Constituição e legislação ambiental comentada*. 1ª edição. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 39.

¹⁷ BRASIL. Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981. *Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências*. Brasília: Senado, 1981.

¹⁸ LOURENÇO, Daniel Braga. *Qual é o valor da natureza? uma introdução à ética ambiental*. São Paulo: Elefante, 2019.

“todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado”¹⁹, evidencia a coisificação da natureza, para fins de ser usada pelo ser humano²⁰. Entretanto, mesmo que essa proteção ambiental não seja plena, devido aos resquícios de uma cultura antropocêntrica, a Constituição Federal de 1988 trouxe novidades pertinentes ao direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Os artigos 1º e 18 da Constituição Federal estabelecem que o Brasil é uma República Federativa, compreendendo a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, sendo esses entes todos autônomos. Ademais, no inciso VI do artigo 23 da Constituição Federal, consta que a proteção do meio ambiente é de competência comum dos entes federativos supracitados²¹.

Entretanto, o rol de competência da União sobre os recursos naturais é alargado, sendo que inclusive os recursos naturais da plataforma continental e os recursos minerais lhes pertencem, conforme prevê os incisos V e IX do artigo 20 da Constituição Federal. As terras tradicionalmente ocupadas pelos índios também pertencem à União, conforme prevê o inciso XI do mesmo diploma legal, sendo que eles têm somente a posse delas e o usufruto exclusivo das riquezas do solo dos rios e dos lagos nelas existentes, conforme consta no §2 do artigo 231 da Constituição Federal²².

Além disso, o inciso VII do artigo 23 da Constituição Federal impõe a competência comum dos entes federativos para a preservação das florestas, faunas e flora, enquanto o inciso VI do artigo 24 da Constituição afirma ser competência concorrente dos Estados, União e Distrito Federal legislar sobre o tema supracitado. Contudo, o §4 do artigo 225 da Carta Maior estabelece que a Floresta Amazônica brasileira, a Mata Atlântica, a Serra do Mar, o Pantanal Mato-Grossense e a Zona Costeira são patrimônios nacionais²³.

Por fim, importante destacar também que o §2º do artigo 24 da Carta Magna estabelece que os Estados têm competência suplementar na legislação quanto às matérias ambientais e, na inexistência de lei federal geral, eles terão competência plena, todavia, na superveniência de lei geral, cessa a eficácia da norma estadual²⁴. Ocorre que, embora haja a “essência do federalismo cooperativo”²⁵ nesse artigo, a União tende a criar políticas nacionais que implicam não raras vezes, “do ponto de vista prático e, sobretudo, político, a submissão dos Estados a ‘política federal’ vigente”²⁶.

Além disso, Ingo Sarlet²⁷ discorreu que a jurisprudência dos Tribunais sinaliza que a competência privativa da União majoritariamente prevalece ante a competência dos demais entes federados. Essa prevalência decorre de uma interpretação equivocada dos

¹⁹ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado, 1988.

²⁰ LOURENÇO, Daniel Braga. *Qual é o valor da natureza? uma introdução à ética ambiental*. São Paulo: Elefante, 2019, p. 62-63.

²¹ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado, 1988.

²² BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado, 1988.

²³ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado, 1988.

²⁴ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado, 1988.

²⁵ ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito Ambiental*. 22 ed. São Paulo: Atlas, 2021, p. 81.

²⁶ ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito Ambiental*. 22 ed. São Paulo: Atlas, 2021, p. 81.

²⁷ SARLET, Ingo. W. *Constituição e legislação ambiental comentada*. 1ª edição. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 75.

juristas, pois a norma constitucional favorece o poder dos entes federativos periféricos²⁸ na edição de normas específicas. Não há a integral observância do artigo 225 da Constituição, cujo qual estabelece ser dever dos Estados a proteção do meio ambiente²⁹.

Nessa perspectiva, há o acentuamento do grau de centralização da Federação nacional³⁰. Embora a Constituição preveja a competência dos entes federativos para protegerem a natureza, a gestão dos recursos naturais tende a permanecer a cargo da União³¹. Embora a Carta Magna tenha consagrado um federalismo cooperativo, deve-se “alertar para o fato de que estamos, todavia, distantes de uma realização plena de tal modelo em todas as suas dimensões e em todas as áreas de atuação do Estado”³².

A descentralização da gestão ambiental faz com que haja um debate mais amplo acerca da proteção ambiental. A importância encontra-se no aumento da competência municipal para a fiscalização de atividades poluidoras. Por intermédio dos Municípios, é que o “princípio ecológico de agir localmente, pensar globalmente”³³ poderá ser efetiva, pois são as comunidades que melhor identificam e localizam a problemática ambiental.

Assim, a prática da gestão em matéria ambiental de um país democrático de estruturação federalista deveria ocorrer mediante relações “horizontais e recíprocas, fundadas na coordenação, na cooperação e na solidariedade entre poderes políticos no exercício de suas respectivas competências”³⁴. Isto é, por ser uma República Federativa, teria de haver uma descentralização de poderes, a fim de que houvesse uma “cogestão participativa entre o poder público e sociedade nos assuntos ambientais”³⁵.

Diante disso, acerca da importância da descentralização para a efetivação da proteção ambiental, destaca-se que

o respeito às diversidades naturais e culturais do meio ambiente pode promover a sustentabilidade na vivência do federalismo consagrado na Constituição de 1988, que pressupõe a prática da autonomia e participação. Com o exercício da autonomia das vontades parciais, juridicamente asseguradas, imprime-se a descentralização, fato essencial da participação de todos na tutela ambiental, fazendo valer o preceito constitucional do direito e do dever jurídico compartilhados solidariamente³⁶.

²⁸ SARLET, Ingo. W. *Constituição e legislação ambiental comentada*. 1ª edição. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 39.

²⁹ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado, 1988.

³⁰ SANTOS, Luiza do Socorro Silva dos. *A tutela jurídica do equilíbrio ambiental em face do pacto federativo*. Tese (Doutorado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, SP, 2008, p. 248.

³¹ SANTOS, Luiza do Socorro Silva dos. *A tutela jurídica do equilíbrio ambiental em face do pacto federativo*. Tese (Doutorado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, SP, 2008, p. 249.

³² SARLET, Ingo. W. *Constituição e legislação ambiental comentada*. 1ª edição. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 80.

³³ ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito Ambiental*. 22 ed. São Paulo: Atlas, 2021, p. 84.

³⁴ SANTOS, Luiza do Socorro Silva dos. *A tutela jurídica do equilíbrio ambiental em face do pacto federativo*. Tese (Doutorado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, SP, 2008, p. 256.

³⁵ SANTOS, Luiza do Socorro Silva dos. *A tutela jurídica do equilíbrio ambiental em face do pacto federativo*. Tese (Doutorado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, SP, 2008, p. 254.

³⁶ SANTOS, Luiza do Socorro Silva dos. *A tutela jurídica do equilíbrio ambiental em face do pacto federativo*. Tese (Doutorado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, SP, 2008, p. 256.

A respeito do federalismo cooperativo, Ingo³⁷ discorreu que o exercício das competências constitucionais deve visar a concretização do dever expresso no artigo 225 da Constituição Federal. Com efeito, o respeito “ao marco democrático-participativo que permeia a nossa Lei Fundamental também implica a conformação das competências constitucionais ambientais ao princípio da subsidiariedade”³⁸, cujo qual diz respeito à descentralização de competência em matéria ambiental e ao melhoramento da autonomia dos entes federados³⁹.

A estrutura federalista visa à perfectibilização de um país democrático, pois a descentralização dos poderes possibilita o debate entre a população e uma maior autonomia dos entes federativos. Da análise da Carta Magna, torna-se claro o intuito da descentralização do poder político e da ampliação da democracia no sistema federativo brasileiro⁴⁰. Entretanto, a lentidão na concretização de leis que visam à proteção ambiental enfraquece o sistema federativo.

Com efeito, dificilmente um estado centralizador é, ao mesmo tempo, democrático, pois “uma das principais características de um regime democrático é o grau de autonomia que é atribuído às comunidades locais”⁴¹. Além disso, a origem das federações está intrinsecamente associada à democracia, pois os entes unem-se para atingir um determinado fim comum⁴². Inclusive, a historicidade nacional e internacional dos governos tem demonstrado que a anulação da autonomia das comunidades é uma das primeiras medidas assumidas por governos autoritários⁴³.

A inserção da democracia nos países latino-americanos confrontou o arranjo autoritário e colonial advindo dos países conquistadores, implicando na proposição de vias alternativas e inclusivas em face de “uma gramática societária e estatal de exclusão”⁴⁴. A centralização de poder no chefe do poder executivo de âmbito nacional existente pode ser explicada por meio da historicidade do Brasil, pois, em razão de seu passado colonial, ainda tem resquícios autoritários⁴⁵. A centralização, indo de encontro ao federalismo, acarreta no enfraquecimento democrático.

Segundo Charles Tilly⁴⁶, os movimentos sociais influenciam nos processos de democratização e de desdemocratização. Para averiguar se um Estado é efetivamente democrático, faz-se importante estudar se ele age de acordo com as demandas sociais⁴⁷. Como a centralização dificulta o acesso às consultas e às participações populares, deduz-

³⁷ SARLET, Ingo. W. *Constituição e legislação ambiental comentada*. 1ª edição. São Paulo: Saraiva, 2015.

³⁸ SARLET, Ingo. W. *Constituição e legislação ambiental comentada*. 1ª edição. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 71-72.

³⁹ Idem, *Ibidem*.

⁴⁰ Idem, *Ibidem*.

⁴¹ ANTUNES, Paulo de Bessa. *Federalismo e competências ambientais no Brasil*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 22.

⁴² Idem, p. 23.

⁴³ Idem, *Ibidem*.

⁴⁴ SANTOS, Boaventura de Souza; AVRITZER, Leonardo. Para ampliar o cânone democrático. *Revista Crítica das Ciências Sociais*, 2003, p. 12.

⁴⁵ SCHWARCZ, Lilia Moritz. *Sobre o autoritarismo brasileiro*. São Paulo: Companhia das Letras, 2019.

⁴⁶ TILLY, Charles. *Democracy*. Madrid: Ediciones Akal, S.A., 2010.

⁴⁷ Idem.

se que o Brasil não tem a consolidação de um Estado Democrático. No ponto, a crise ambiental existente atualmente traz a importância de reafirmação de uma democracia consolidada⁴⁸.

A concepção da democracia liberal, consolidada após a segunda guerra mundial, procurou a estabilização da tensão existente entre democracia e capitalismo. Por intermédio dessa democracia, buscou-se a acumulação de capital e a limitação da participação cidadã, a fim de que ela não comprometesse “a prioridade da acumulação sobre a redistribuição”⁴⁹.

Trata-se, assim, de uma democracia fictícia. Essa democracia faz com que as medidas assumidas pelos governantes eleitos mascarem interesses privados, não havendo soluções para o bem comum⁵⁰. Ademais, os países da América Latina, em sua grande maioria, constituíram uma democracia representativa, que se originou no cerne de uma política liberal. Entretanto, essa democracia apresentou impasses à representatividade da população, na medida em que foi concebida tão somente para assegurar os privilégios destinados à elite⁵¹.

Assim, muitos países dito democráticos, na prática, conferem poderes quase ilimitados aos líderes de Estado⁵², pondo em xeque o ideal de democracia. No pertinente à temática ambiental, por exemplo, “os governos progressistas latino-americanos apostaram, na prática, no neodesenvolvimentismo e aprofundaram o modelo extrativista”⁵³. Assim, embora tenha havido investimentos em áreas sociais, tais investimentos advieram do extrativismo, agravando a destruição do meio ambiente⁵⁴. Nesse período, houve uma forte concentração do poder no executivo, acarretando no enfraquecimento das lutas e movimentos sociais⁵⁵.

O fortalecimento de outros poderes e o rompimento do poder absoluto do Estado-nação permite o reconhecimento do caráter e da importância dos movimentos sociais, a

⁴⁸ AVRITZER, Leonardo. *Política e antipolítica: a crise do governo Bolsonaro*. 1ª edição. São Paulo: Todavia, 2020.

⁴⁹ SANTOS, Boaventura de Souza; AVRITZER, Leonardo. Para ampliar o cânone democrático. *Revista Crítica das Ciências Sociais*, 2003, p. 14.

⁵⁰ DALLA CORTE, Tiago; DALLA CORTE, Thaís. A democracia no século XXI: crise, conceito e qualidade. *Passagens: Revista Internacional de História Política e Cultura Jurídica*, Rio de Janeiro, v. 10, n. 2, maio-agosto, 2018, p. 178-201, p. 185.

⁵¹ SANTOS, Boaventura de Souza. *A difícil democracia: reinventar as esquerdas*. 1ª edição. São Paulo: Boitempo, 2016, p. 191.

⁵² MESCHKAT, KLAUS. Os governos progressistas e as consequências do neoextrativismo. In: DILGER, Gerhard; LANG, Miriam; PEREIRA FILHO, Jorge (org.). *Descolonizar o imaginário: debates sobre pós-extrativismo e alternativas ao desenvolvimento*. São Paulo: Fundação Rosa Luxemburgo, 2016, p. 349.

⁵³ LANG, Miriam. Introdução. In: DILGER, Gerhard; LANG, Miriam; PEREIRA FILHO, Jorge (org.). *Descolonizar o imaginário: debates sobre pós-extrativismo e alternativas ao desenvolvimento*. São Paulo: Fundação Rosa Luxemburgo, 2016, p. 34.

⁵⁴ MARTÍNEZ, Alexandra et al. O Estado como instrumento, o Estado como impedimento. In: DILGER, Gerhard; LANG, Miriam; PEREIRA FILHO, Jorge (org.). *Descolonizar o imaginário: debates sobre pós-extrativismo e alternativas ao desenvolvimento*. São Paulo: Fundação Rosa Luxemburgo, 2016, p. 400.

⁵⁵ BASTOS, Ronaldo. *O hiperpresidencialismo no novo constitucionalismo latino-americano*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

fim de que eles se tornem em sujeitos de autogoverno e de disputa⁵⁶. Afinal, “o Estado também é um campo de luta, de disputa, a partir do qual a dominação se perpetua, mas a partir do qual também haveria possibilidade de rompê-la”⁵⁷.

As constituições latino-americanas “mantêm fechadas as portas da ‘sala de máquinas’ da Constituição: o núcleo democrático não é modificado. A máquina da Constituição não se transforma no objeto de atenção principal dos reformadores”⁵⁸. Isso porque, em que pese as constituições latino-americanas terem estabelecido um rol de direitos fundamentais, a organização vertical, voltada à concentração de poder, impossibilita a efetivação desses direitos⁵⁹.

Houve a queda de 95% da população indígena entre os anos de 1492 a 1650, devido à insistente invasão de terras e violência aos povos indígenas no Brasil⁶⁰. Ademais, não obstante o capítulo VIII do título VIII da Constituição Federal brasileira assegure o direito dos indígenas de permanecerem tendo a posse de terras que ocupam tradicionalmente, “pelo menos 68 são assassinados todo ano no país e sempre em conflito vinculados à posse de terras”⁶¹.

A mera inclusão de direitos sociais e ambientais nas Constituições têm eficácia irrisória. Isso porque a configuração dos poderes latino-americanos, em especial no Brasil, impossibilita a concretude de tais direitos. Isto é, a historicidade colonial latino-americana enseja a concentração de poder na União, não havendo a ratificação do pacto federativo cooperativo ecológico. Para haver a concretização dos direitos dispostos na Constituição, é necessária a ruptura da herança colonial que visa à concentração de poder e à degradação ambiental.

A lentidão de vinte e três anos para a confecção e publicação da Lei Complementar 140 de 2011 demonstra o descaso do legislativo quanto ao federalismo cooperativo ecológico. Com efeito, tal lei se mostra importante para a materialização dos direitos previstos na Carta Magna. Essa Lei Complementar objetiva fixar normas para a cooperação entre os entes federados para a “proteção das paisagens naturais notáveis, à proteção do meio ambiente, ao combate à poluição em qualquer de suas formas e à preservação das florestas, da fauna e da flora”⁶².

⁵⁶ MARTÍNEZ, Alexandra et al. O Estado como instrumento, o Estado como impedimento. In: DILGER, Gerhard; LANG, Miriam; PEREIRA FILHO, Jorge (org.). *Descolonizar o imaginário: debates sobre pós-extrativismo e alternativas ao desenvolvimento*. São Paulo: Fundação Rosa Luxemburgo, 2016.

⁵⁷ Idem, p. 400.

⁵⁸ GARGARELLA, Roberto; PÁDUA, Thiago; GUEDES, Jefferson. Constitucionalismo latino-americano: direitos sociais e a “sala de máquinas” da Constituição. *Universitas JUS*, v. 27, n. 2, p. 33-41, 2016, p. 39.

⁵⁹ Idem, *Ibidem*.

⁶⁰ SCHWARCZ, Lilia Moritz. *Sobre o autoritarismo brasileiro*. São Paulo: Companhia das Letras, 2019, p. 169.

⁶¹ Idem, *Ibidem*.

⁶² BRASIL. *Lei Complementar nº 140 de 2011*. Fixa normas, nos termos dos incisos III, VI e VII do caput e do parágrafo único do art. 23 da Constituição Federal, para a cooperação entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios nas ações administrativas decorrentes do exercício da competência comum relativas à proteção das paisagens naturais notáveis, à proteção do meio ambiente, ao combate à poluição em qualquer de suas formas e à preservação das florestas, da fauna e da flora; e altera a Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp140.htm. Acesso em: 19 out. 2021.

A referida lei trouxe a promoção da gestão descentralizada, democrática e eficiente a ser realizada pelos Municípios, Estados, Distrito Federal e União. Em razão disso, a partir da sua implementação e fixação das normas de cooperação previstas no parágrafo único do artigo 23 da Constituição Federal, tornou-se possível vislumbrar impactos positivos no Brasil, que possibilitaram a redução da centralização do poder nacional e o aumento de um Estado Democrático de Direito. Isso porque, por meio dessa lei, houve a concretização do princípio da cooperação no ordenamento jurídico brasileiro, visto que dispôs sobre a competência administrativa dos entes federados em matéria ambiental⁶³.

Conforme descrito anteriormente, a federação brasileira constituiu-se por meio de uma política centralizadora, não obstante a Constituição de 1988 tenha desenhado um modelo descentralizador⁶⁴. Anteriormente à Lei Complementar nº 140 de 2011, a cooperação entre os entes era praticada por meio de convênios⁶⁵. A Lei supracitada trouxe grandes avanços na efetividade da descentralização brasileira, pois facilitou, por exemplo, a fiscalização e a aplicação de multa pelos entes públicos em face de atividades danosas à natureza, conforme veremos a seguir.

Aplicabilidade da Lei Complementar 140: entendimento jurisprudencial em prol do federalismo cooperativo brasileiro

A Lei Complementar 140 de 2011 objetivou complementar o artigo 23, parágrafo único da Carta Maior, ao trazer formas de cooperação a serem realizadas entre os entes federativos. Essa lei originou-se após 23 anos da promulgação da Constituição Federal de 1988, trazendo à luz a lentidão do poder legislativo quanto à proteção ambiental e à descentralização. A lei em comento trouxe significativos avanços, na medida em que possibilitou que todos os entes federados possam fiscalizar atividades potencialmente poluidoras.

Em razão disso, este trabalho buscou analisar a aplicabilidade da Lei Complementar 140 de 2011 em decisões judiciais recentes. Assim, esta pesquisa aprofundou o estudo de dois acórdãos proferidos pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Para tanto, utilizou-se as seguintes palavras para as pesquisas jurisprudenciais: “meio ambiente”, “federalismo” e “Lei Complementar 140 de 2011”. No ponto, os dois acórdãos analisados neste trabalho foram escolhidos mediante critérios de atualidade e aprofundamento na temática ambiental.

Com efeito, a lei supracitada fez com que os entes federativos consigam “transpor a legislação ambiental para o ‘mundo da vida’, assegurando a sua aplicação e efetividade”⁶⁶. Assim, por meio dessa lei, há a mediação entre a legislação ambiental e a efetivação da proteção ambiental, por meio de práticas administrativas assumidas pelos

⁶³ SARLET, Ingo. W. *Constituição e legislação ambiental comentada*. 1ª edição. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 72.

⁶⁴ ANTUNES, Paulo de Bessa. *Federalismo e competências ambientais no Brasil*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 133.

⁶⁵ Idem, p. 148.

⁶⁶ SARLET, Ingo. W. *Op. cit.*, p. 80

entes. No ponto, há um “poder de polícia ambiental”⁶⁷ que, por meio dos funcionários de órgãos ambientais integrantes do Sistema Nacional de Meio Ambiente, fiscaliza e controla as atividades lesivas ou potencialmente lesivas à natureza, tendo como exemplo o licenciamento ambiental⁶⁸.

Neste momento, portanto, à luz da cooperação administrativa em relação à proteção ambiental, o presente trabalho analisará estes dois acórdãos proferidos pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul: acórdão n° 70076402312⁶⁹ e acórdão n° 70084344621⁷⁰. Em ambas as decisões, discutiu-se acerca da Lei Complementar e a sua aplicabilidade.

Primeiramente, iremos analisar o acórdão n° 70076402312, proferido em 2018 pela Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, tendo como Relator o Desembargador Sérgio Luiz Grassi Beck. O acórdão se trata de um recurso interposto pela empresa América Latina Logística Malha Sul S/A que, devido a uma colisão de um caminhão, teve vazamento de substâncias oleosas de composição ferroviária⁷¹.

Inicialmente, a empresa pleiteou a incompetência da Fundação Estadual de Proteção Ambiental (FEPAM) para a realização do auto de infração do vazamento ora mencionado. De acordo com a empresa, caberia ao Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (IBAMA) realizar o auto de infração em acidentes ocorridos na ferrovia ao invés da FEPAM. Ademais, a empresa defendeu a inexistência de responsabilidade administrativa, devido a sua ausência de culpa⁷².

Os artigos 1º e 2º da Lei Estadual n° 9.077 de 1990 esclarecem que compete à FEPAM fiscalizar, licenciar e desenvolver estudos com objetivo de proteger o meio ambiente. No caso em tela, o IBAMA é o órgão responsável pelo licenciamento. Entretanto, essa responsabilidade não é exclusiva.

Isso porque a Lei Complementar 140 de 2011, ao instituir formas de cooperação entre os entes federados para fins de proteção ambiental, estabeleceu, no seu §3º do

⁶⁷ Idem, p. 80-81.

⁶⁸ Idem, Ibidem.

⁶⁹ JURISDIÇÃO. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO PÚBLICO NÃO ESPECIFICADO. AÇÃO ANULATÓRIA. DIREITO AMBIENTAL. LAVRATURA DE ATO DE INFRAÇÃO. COMPETÊNCIA DA FEPAM. LESÃO AO MEIO AMBIENTE. responsabilidade objetiva do agente causador do dano. MULTA. PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE.* Apelação n° 70076402312. Apelante América Latina Logística Malha Sul S/A e apelada Fundação Estadual de Proteção Ambiental. Relator Sérgio Luiz Grassi Beck. Data do julgamento: 14 de março de 2018.

⁷⁰ JURISDIÇÃO. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *apelação cível. meio ambiente. ação anulatória de auto de infração. vazamento de AMÔNIA. MUNICÍPIO DE NOVA SANTA RITA/RS. COMPETÊNCIA DA FEPAM PARA A LAVRATURA DO AUTO DE INFRAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE BIS IN IDEM. nulidade do auto de infração. inocorrência. MULTA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. MANUTENÇÃO.* Apelação n° 70084344621. Apelante Reiter Transportes e Logística Ltda. e apelada Fundação Estadual de Proteção Ambiental. Relatora Lúcia de Fátima Cerveira. Data do julgamento: 26 de agosto de 2020.

⁷¹ JURISDIÇÃO. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO PÚBLICO NÃO ESPECIFICADO. AÇÃO ANULATÓRIA. DIREITO AMBIENTAL. LAVRATURA DE ATO DE INFRAÇÃO. COMPETÊNCIA DA FEPAM. LESÃO AO MEIO AMBIENTE. responsabilidade objetiva do agente causador do dano. MULTA. PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE.* Apelação n° 70076402312. Apelante América Latina Logística Malha Sul S/A e apelada Fundação Estadual de Proteção Ambiental. Relator Sérgio Luiz Grassi Beck. Data do julgamento: 14 de março de 2018.

⁷² Idem.

artigo 17, a competência comum. Segundo a norma supracitada, há uma prevalência do auto de infração lavrado por órgão que detenha a respectiva atribuição, no caso, o IBAMA. Entretanto, não há impeditivos de que outros entes emitam o auto de infração tão logo constatarem a atividade efetiva ou potencialmente poluidora. Nessa perspectiva, de acordo com o relator, a FEPAM tem competência para a autuação efetuada⁷³.

No ponto, destaca-se que a decisão encontra amparo legal e constitucional, na medida em que respeitou a Lei Complementar supracitada e o § único do artigo 23 da Carta Maior. Além disso, o artigo 225 da Constituição Federal prevê que todos têm direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado, sendo ônus do Poder Público defendê-lo e preservá-lo para a presente e futuras gerações⁷⁴.

A norma constitucional prevê o dever do Estado, no sentido *lato sensu*, de proteger o meio ambiente, sendo uma norma de eficácia plena, pois, por ser um direito individual, encontra amparo no § 1º do artigo 5 da Constituição, que institui tal plenitude⁷⁵. Entretanto, na prática, as competências privativas não raras vezes sobrepõem-se às competências concorrentes, estabelecendo um regime federal centralizador⁷⁶, que apresenta óbices à plena efetividade da proteção ambiental efetuada pelos demais entes federados.

Por isso, vê-se a importância da Lei Complementar supramencionada, visto que, se ela não existisse, a autuação do auto de infração em face da empresa América Latina Logística Malha Sul S/A poderia tornar-se dificultosa, necessitando de um convênio. Isso porque essa Lei Complementar, ao ampliar a competência da aplicação do auto de infração, tornou a fiscalização de atividades potencialmente lesivas ao meio ambiente mais eficaz e célere, contribuindo para a concretude dos dizeres dispostos na Constituição Federal.

No entanto, é importante frisar que a Lei Complementar não soluciona todos os problemas ambientais⁷⁷. A ausência de lei federal que implemente as normas gerais acarreta a complexidade da efetivação do “federalismo cooperativo” brasileiro⁷⁸. Como a União ainda não instituiu normas gerais de proteção ambiental, “as suas normas servem de referencial para Estados e Municípios que, não raras vezes, não produzem legislação própria e acabam aplicando diretamente a legislação federal”⁷⁹.

Outro argumento defendido pelo apelante é de que não houve culpa da empresa, inexistindo responsabilidade administrativa, devido à incidência de responsabilidade objetiva somente na esfera civil. Entretanto, quanto a isso, o relator também não acolheu os argumentos da apelante. Para ele, “aqueles que praticarem atos lesivos ao meio ambiente estarão sujeitos a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados, consoante estabelece o § 3º do art. 225 da CF”⁸⁰.

⁷³ Idem.

⁷⁴ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado, 1988.

⁷⁵ ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito Ambiental*. 22 ed. São Paulo: Atlas, 2021, p. 71.

⁷⁶ Idem, p. 75.

⁷⁷ Idem, p. 89.

⁷⁸ Idem, p. 88.

⁷⁹ Idem, p. 79.

⁸⁰ JURISDIÇÃO. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO PÚBLICO NÃO ESPECIFICADO. AÇÃO ANULATÓRIA. DIREITO AMBIENTAL. LAVRATURA DE ATO DE INFRAÇÃO*.

O relator destacou o §1º do artigo 14 da Lei nº 6.938 de 1981, o qual prevê a responsabilidade objetiva pelos danos causados ao meio ambiente, bastando, para isso, a ocorrência do nexa de causalidade entre a conduta e o dano⁸¹.

A responsabilidade por danos ao meio ambiente tem *status* constitucional⁸², pois se encontra previsto no §3 do artigo 225 da Constituição Federal, podendo dividir-se em administrativa, penal e civil. Ademais, o artigo 14, §1 da Lei 6.938 de 1981 traz o caráter objetivo dessa responsabilidade, conforme discorrido anteriormente⁸³.

Por fim, no pertinente à razoabilidade e à proporcionalidade da multa aplicada, nota-se que ela se encontra de acordo com o artigo 61 do Decreto Federal nº 6.514 de 2008. Há, portanto, a multa de cinco a cinquenta mil reais nos casos em que houve poluição de qualquer natureza. No caso concreto, o derramamento de óleo atingiu aproximadamente 1.400m², causando danos à flora e à fauna do local e ensejando a aplicação de multa⁸⁴.

Como esse derramamento trouxe impactos ambientais de difícil regeneração, pode-se exigir um valor da empresa, para fins de reparação do dano⁸⁵. Por intermédio da leitura da Emenda Complementar 42, passou ao entendimento de que a Carta Maior determinou que as sanções ambientais têm de ser proporcionais à situação financeira e também ao dano ambiental cometido⁸⁶. Nesse ponto, o Relator destacou estarem preenchidos os critérios legais do Decreto supracitado, bem como existir situação econômica da empresa favorável ao pagamento da multa aplicada⁸⁷.

Destaca-se que essa decisão esteve em consonância com o Princípio do Poluidor Pagador. Esse princípio visa ao controle da degradação ambiental, devendo o poluidor

COMPETÊNCIA DA FEPAM. LESÃO AO MEIO AMBIENTE. responsabilidade objetiva do agente causador do dano. MULTA. PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE. Apelação nº 70076402312. Apelante América Latina Logística Malha Sul S/A e apelada Fundação Estadual de Proteção Ambiental. Relator Sérgio Luiz Grassi Beck. Data do julgamento: 14 de março de 2018.

⁸¹ JURISDIÇÃO. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO PÚBLICO NÃO ESPECIFICADO. AÇÃO ANULATÓRIA. DIREITO AMBIENTAL. LAVRATURA DE ATO DE INFRAÇÃO. COMPETÊNCIA DA FEPAM. LESÃO AO MEIO AMBIENTE. responsabilidade objetiva do agente causador do dano. MULTA. PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE.* Apelação nº 70076402312. Apelante América Latina Logística Malha Sul S/A e apelada Fundação Estadual de Proteção Ambiental. Relator Sérgio Luiz Grassi Beck. Data do julgamento: 14 de março de 2018.

⁸² ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito Ambiental*. 22 ed. São Paulo: Atlas, 2021.

⁸³ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado, 1988.

⁸⁴ JURISDIÇÃO. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO PÚBLICO NÃO ESPECIFICADO. AÇÃO ANULATÓRIA. DIREITO AMBIENTAL. LAVRATURA DE ATO DE INFRAÇÃO. COMPETÊNCIA DA FEPAM. LESÃO AO MEIO AMBIENTE. responsabilidade objetiva do agente causador do dano. MULTA. PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE.* Apelação nº 70076402312. Apelante América Latina Logística Malha Sul S/A e apelada Fundação Estadual de Proteção Ambiental. Relator Sérgio Luiz Grassi Beck. Data do julgamento: 14 de março de 2018.

⁸⁵ ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito Ambiental*. 22 ed. São Paulo: Atlas, 2021.

⁸⁶ Idem, p. 411.

⁸⁷ JURISDIÇÃO. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO PÚBLICO NÃO ESPECIFICADO. AÇÃO ANULATÓRIA. DIREITO AMBIENTAL. LAVRATURA DE ATO DE INFRAÇÃO. COMPETÊNCIA DA FEPAM. LESÃO AO MEIO AMBIENTE. responsabilidade objetiva do agente causador do dano. MULTA. PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE.* Apelação nº 70076402312. Apelante América Latina Logística Malha Sul S/A e apelada Fundação Estadual de Proteção Ambiental. Relator Sérgio Luiz Grassi Beck. Data do julgamento: 14 de março de 2018.

arcar com os custos quando as suas atividades acarretam em prejuízos ao meio ambiente⁸⁸.

A segunda decisão a ser analisada é a do acórdão n° 70084344621, que inclusive se encontra em conformidade com o acórdão acima analisado. O acórdão n° 70084344621 foi proferido em 2020 pela Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, de relatoria da desembargadora Lúcia de Fátima Cerveira⁸⁹. Nesse caso, a empresa Reiter Transportes Logística Ltda. emitiu amônia, poluente atmosférico, devido ao vazamento de uma válvula do sistema de refrigeração. Dessa emissão, moradores foram contaminados, sendo inclusive hospitalizados⁹⁰.

Após ter havido o auto de infração autuado pela FEPAM, a empresa buscou a sua nulidade. Contudo, tanto a decisão de primeiro grau quanto o acórdão proferiram as suas decisões com base na Lei Complementar 140 de 2011.

A Relatora afirmou que a FEPAM foi instituída pela Lei Estadual n° 9.077 de 1990, que informou caber à Fundação Estadual “atuar como órgão técnico do Sistema Estadual de Proteção Ambiental, fiscalizando, licenciando, desenvolvendo estudos e pesquisas e executando programas e projetos”⁹¹, para fins de proteção do meio ambiente deste Estado. Além disso, ressaltou que, embora todos os entes federados tenham competência para a fiscalização, não pode ocorrer *bis in idem* na aplicação das penalidades.

Ao prosseguir, entretanto, salientou não haver prova de auto de infração lavrada pelo Município de Nova Santa Rita, limitando-se o Município tão somente à fiscalização. Ademais, a Relatora afirmou que não há dupla penalização pelo fato de ter sido firmado o Termo de Ajustamento de Conduta com o Ministério Público⁹².

Quanto à multa aplicada, a Relatora também decidiu em conformidade com a decisão supramencionada, correspondendo ao dano ambiental. Assim, aplicou-se o Princípio do Poluidor Pagador, havendo um caráter objetivo da responsabilidade da empresa no pertinente dano ambiental. Por fim, o acórdão também salientou que, na data do vazamento, havia somente a licença de instalação e não de operação⁹³.

O licenciamento ambiental é um instrumento definidor do grau de poluição ambiental socialmente aceitável⁹⁴. Ele é composto por três fases, havendo uma licença prévia, licença de instalação e licença de operação, cujo qual, mediante as medidas de controle ambiental, autoriza o funcionamento da operação⁹⁵. Esse licenciamento é

⁸⁸ ANTUNES, Paulo de Bessa. *Op. cit.*, p. 47.

⁸⁹ JURISDIÇÃO. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *apelação cível. meio ambiente. ação anulatória de auto de infração. vazamento de AMÔNIA. MUNICÍPIO DE NOVA SANTA RITA/RS. COMPETÊNCIA DA FEPAM PARA A LAVRATURA DO AUTO DE INFRAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE BIS IN IDEM. nulidade do auto de infração. inocorrência. MULTA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. MANUTENÇÃO*. Apelação n° 70084344621. Apelante Reiter Transportes e Logística Ltda. e apelada Fundação Estadual de Proteção Ambiental. Relatora Lúcia de Fátima Cerveira. Data do julgamento: 26 de agosto de 2020.

⁹⁰ Idem.

⁹¹ Idem.

⁹² Idem.

⁹³ Idem.

⁹⁴ ANTUNES, Paulo de Bessa. *Op. cit.*, p. 65.

⁹⁵ GIACOMELLI, Cinthia Louzada Ferreira; ELTZ, Magnum Koury de Figueiredo. *Direito e legislação ambiental*. Porto Alegre: SAGAH, 2018, p. 122.

pertinente, pois, ao exigir para determinadas atividades o estudo de impacto ambiental (EIA) e o relatório de impacto ambiental (RIMA), torna-se uma das ferramentas indispensáveis à preservação do meio ambiente⁹⁶.

No caso concreto, como o apelante detinha somente a licença de instalação no momento do vazamento da substância nociva ao meio ambiente⁹⁷, tornou-se claro que a empresa não estava em conformidade com a legislação. Assim, o controle do Poder Público sobre as atividades da empresa, que poderia ser mais efetivo por meio da licença de operação, tornou-se insuficiente, implicando na degradação ambiental.

Quanto ao estudo de impacto ambiental (EIA), ele é exigido nas atividades que demonstram a potencialidade de um impacto negativo ao meio ambiente⁹⁸. Esse estudo é importante, pois, além de precaver a degradação da natureza, alicerça-se no Princípio democrático. Isso porque o EIA deve ser tornado público, submetendo-se à audiência pública, conforme estabelece o inciso IV, do §1º do artigo 225 da Constituição Federal.

Nesse viés, o EIA impulsiona o fortalecimento da democracia, na medida em que possibilita que os cidadãos participem das discussões e elaboração das políticas ambientais. Isso fundamenta-se no princípio democrático, que assegura à comunidade obter informações pertinentes à defesa do meio ambiente, bem como de empreendimentos que tenham grandes repercussões negativas⁹⁹. Contudo, a aplicação desse princípio no licenciamento ambiental é escassa, pois há a “participação de terceiras partes interessadas em mera assistência privilegiada, sem que as suas opiniões sejam, efetivamente, levadas em consideração”¹⁰⁰.

Portanto, da análise dos dois acórdãos, nota-se que a Lei Complementar trouxe impactos positivos no Brasil. Afinal, possibilitou a transposição da legislação ambiental para casos concretos, ou seja, para o “mundo da vida”¹⁰¹. Nessa linha, houve a consagração do entendimento de que os entes inferiores têm competência para realizarem a fiscalização ambiental, aplicando multas às atividades poluidoras e que não se encontram com a legislação vigente.

Entretanto, é importante destacar que a Lei Complementar nº 140 de 2011, não obstante tenha trazido benefícios em matéria ambiental, não é capaz de resolver todos os problemas ambientais¹⁰². Conforme anteriormente descrito, a herança colonial existente no território latino-americano, inclusive no Brasil, é forte e cria embaraços à plena

⁹⁶ Idem, p. 119-120.

⁹⁷ JURISDIÇÃO. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *apelação cível. meio ambiente. ação anulatória de auto de infração. vazamento de AMÔNIA. MUNICÍPIO DE NOVA SANTA RITA/RS. COMPETÊNCIA DA FEPAM PARA A LAVRATURA DO AUTO DE INFRAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE BIS IN IDEM. nulidade do auto de infração. inoportunidade. MULTA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. MANUTENÇÃO*. Apelação nº 70084344621. Apelante Reiter Transportes e Logística Ltda. e apelada Fundação Estadual de Proteção Ambiental. Relatora Lúcia de Fátima Cerveira. Data do julgamento: 26 de agosto de 2020.

⁹⁸ ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito Ambiental*. 22 ed. São Paulo: Atlas, 2021, p. 36.

⁹⁹ Idem, *Ibidem*.

¹⁰⁰ Idem, p. 37.

¹⁰¹ SARLET, Ingo. W. *Constituição e legislação ambiental comentada*. 1ª edição. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 80.

¹⁰² ANTUNES, Paulo de Bessa. *Op. cit.*

efetivação do federalismo. Logo, há um longo caminho a ser percorrido, mas, com o advento desta Lei Complementar, tem-se notório que o primeiro passo foi dado.

Conclusão

A Lei Complementar A Constituição Federal do Brasil de 1988 representou um marco na instituição de direitos e deveres, sobretudo em matéria ambiental. Por intermédio de um projeto federalista, a Carta Magna afirmou, em seu artigo 225, que todos têm o dever de proteger o meio ambiente, sobretudo os entes públicos. Além disso, o parágrafo único do seu artigo 23 afirmou que uma lei complementar iria prever a melhor forma de cooperação a ser exercida pelos entes federados.

Ocorre que a edição da lei complementar se deu tão somente após vinte e três anos da promulgação da Constituição. Essa lentidão pode ser explicada por meio da análise histórica do Brasil e da própria América Latina que, ao terem sido constituídas por meio de um processo colonizador, alicerçaram as suas gestões em práticas centralizadoras, cujas quais não raras vezes têm enfraquecido o exercício da democracia.

A Lei Complementar 140 de 2011, oriunda mediante a previsão do parágrafo único do artigo 23 da Carta Magna, visou à proteção da natureza brasileira a ser perfectibilizada mediante uma gestão descentralizada e democrática. Com efeito, a descentralização, característica do federalismo, encontra-se intrinsecamente associada à democracia. Em vista disso, o fortalecimento do federalismo implica no fortalecimento da própria democracia existente no país.

Nessa perspectiva, este trabalho, em um primeiro momento, buscou conceituar e classificar o federalismo, passando à análise de sua aplicabilidade no Brasil e de sua previsão no texto constitucional. Ainda, discorreu-se acerca da historicidade autoritária e colonial da do Brasil, que certamente trouxe empecilhos à efetivação do federalismo cooperativo. Após, este trabalho adentrou na relação existente entre democracia e federalismo, concluindo que a descentralização se faz importante à consolidação de um Estado Democrático de Direito.

Em um segundo momento, este trabalho adentrou na análise de dois acórdãos proferidos pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Da análise dos entendimentos jurisprudenciais, tornou-se claro que a Lei Complementar 140 de 2011 trouxe benefícios à natureza, pois ampliou as possibilidades dos entes federados de exercerem a fiscalização ambiental.

Concluiu-se que a Lei Complementar representou a concretização dos dizeres expostos à Constituição Federal, criando pontes para futuros descentralizadores e democráticos. Nessa linha, o advento dessa lei tornou-se importante à consolidação de um Estado Democrático de Direito, na medida em que abriu as portas “sala de máquina da Constituição”¹⁰³ brasileira. Portanto, em que pese haja um longo caminho a ser percorrido para a plena proteção da natureza, tendo em vista inclusive a herança antropocêntrica por

¹⁰³ GARGARELLA, Roberto; PÁDUA, Thiago; GUEDES, Jefferson. Constitucionalismo latino-americano: direitos sociais e a “sala de máquinas” da Constituição. *Universitas IUS*, v. 27, n. 2, p. 33-41, 2016, p. 39.

nós herdada, a confecção e aplicação dessa Lei tornou-se um marco, tendo importância de âmbito legislativo, judicial e executivo.

REFERÊNCIAS

ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito Ambiental*. 22 ed. São Paulo: Atlas, 2021

ANTUNES, Paulo de Bessa. *Federalismo e competências ambientais no Brasil*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015

AVRITZER, Leonardo. *Política e antipolítica: a crise do governo Bolsonaro*. 1ª edição. São Paulo: Todavia, 2020.

BASTOS, Ronaldo. *O hiperpresidencialismo no novo constitucionalismo latino americano*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado, 1988.

BRASIL. *Lei Complementar nº 140 de 2011*. Fixa normas, nos termos dos incisos III, VI e VII do caput e do parágrafo único do art. 23 da Constituição Federal, para a cooperação entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios nas ações administrativas decorrentes do exercício da competência comum relativas à proteção das paisagens naturais notáveis, à proteção do meio ambiente, ao combate à poluição em qualquer de suas formas e à preservação das florestas, da fauna e da flora; e altera a Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp140.htm. Acesso em: 19 out. 2021.

BRASIL. Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981. *Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências*. Brasília: Senado, 1981.

DALLA CORTE, Tiago; DALLA CORTE, Thaís. A democracia no século XXI: crise, conceito e qualidade. *Passagens: Revista Internacional de História Política e Cultura Jurídica*, Rio de Janeiro, v. 10, n. 2, maio-agosto, 2018, p. 178-201

DILGER, Gerhard; LANG, Miriam; PEREIRA FILHO, Jorge (org.). *Descolonizar o imaginário: debates sobre pós-extratativismo e alternativas ao desenvolvimento*. São Paulo: Fundação Rosa Luxemburgo, 2016.

DILGER, Gerhard; LANG, Miriam; PEREIRA FILHO, Jorge (org.). *Descolonizar o imaginário: debates sobre pós-extratativismo e alternativas ao desenvolvimento*. São Paulo: Fundação Rosa Luxemburgo, 2016.

GARGARELLA, Roberto; PÁDUA, Thiago; GUEDES, Jefferson. Constitucionalismo latino-americano: direitos sociais e a “sala de máquinas” da Constituição. *Universitas JUS*, v. 27, n. 2, p. 33-41, 2016.

GIACOMELLI, Cinthia Louzada Ferreira; ELTZ, Magnum Koury de Figueiredo. *Direito e legislação ambiental*. Porto Alegre: SAGAH, 2018.

GLASS, Verena. O desenvolvimento e a banalização da ilegalidade: a história de Belo Monte. In: DILGER, Gerhard; LANG, Miriam; PEREIRA FILHO, Jorge (org.). *Descolonizar o imaginário*:

debates sobre pós-extrativismo e alternativas ao desenvolvimento. São Paulo: Fundação Rosa Luxemburgo, 2016.

GUEDES, Yan Pedro Pereira; CHALITA, Gabriel Benedito Issaac. A ausência de identidade do federalismo brasileiro. *Revista de Direito e Liberdade*, Natal/RN, maio/ago. 2021, p. 167-194.

JURISDIÇÃO. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *apelação cível. meio ambiente. ação anulatória de auto de infração. vazamento de AMÔNIA. MUNICÍPIO DE NOVA SANTA RITA/RS. COMPETÊNCIA DA FEPAM PARA A LAVRATURA DO AUTO DE INFRAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE BIS IN IDEM. nulidade do auto de infração. inocorrência. MULTA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. MANUTENÇÃO*. Apelação nº 70084344621. Apelante Reiter Transportes e Logística Ltda. e apelada Fundação Estadual de Proteção Ambiental. Relatora Lúcia de Fátima Cerveira. Data do julgamento: 26 de agosto de 2020.

JURISDIÇÃO. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO PÚBLICO NÃO ESPECIFICADO. AÇÃO ANULATÓRIA. DIREITO AMBIENTAL. LAVRATURA DE ATO DE INFRAÇÃO. COMPETÊNCIA DA FEPAM. LESÃO AO MEIO AMBIENTE. responsabilidade objetiva do agente causador do dano. MULTA. PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE*. Apelação nº 70076402312. Apelante América Latina Logística Malha Sul S/A e apelada Fundação Estadual de Proteção Ambiental. Relator Sérgio Luiz Grassi Beck. Data do julgamento: 14 de março de 2018.

LANG, Miriam. Introdução. In: DILGER, Gerhard; LANG, Miriam; PEREIRA FILHO, Jorge (org.). *Descolonizar o imaginário: debates sobre pós-extrativismo e alternativas ao desenvolvimento*. São Paulo: Fundação Rosa Luxemburgo, 2016.

LOURENÇO, Daniel Braga. *Qual é o valor da natureza? uma introdução à ética ambiental*. São Paulo: Elefante, 2019.

MACEDO, José Arthur Castillo. *Constitucionalismo, democracia e autogoverno*. Dissertação aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito do Estado, no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná. Curitiba, p. 196, 2011.

MARTÍNEZ, Alexandra et al. O Estado como instrumento, o Estado como impedimento. In: DILGER, Gerhard; LANG, Miriam; PEREIRA FILHO, Jorge (org.). *Descolonizar o imaginário: debates sobre pós-extrativismo e alternativas ao desenvolvimento*. São Paulo: Fundação Rosa Luxemburgo, 2016.

MESCHKAT, KLAUS. Os governos progressistas e as consequências do neoextrativismo. In: DILGER, Gerhard; LANG, Miriam; PEREIRA FILHO, Jorge (org.). *Descolonizar o imaginário: debates sobre pós-extrativismo e alternativas ao desenvolvimento*. São Paulo: Fundação Rosa Luxemburgo, 2016.

RAMMÊ, Rogério Santos. Federalismo Ambiental Cooperativo e Mínimo Existencial Socioambiental: a Multidimensionalidade do Bem-Estar Como Fio Condutor. *Veredas do Direito*, Belo Horizonte - BH, v.10, n.20, p.145-161, jul./dez. 2013.

SANTOS, Boaventura de Souza. *A difícil democracia: reinventar as esquerdas*. 1ª edição. São Paulo: Boitempo, 2016.

SANTOS, Boaventura de Souza; AVRITZER, Leonardo. Para ampliar o cânone democrático. *Revista Crítica das Ciências Sociais*, 2003.

SANTOS, Luiza do Socorro Silva dos. *A tutela jurídica do equilíbrio ambiental em face do pacto federativo*. Tese (Doutorado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, SP, 2008.

SANTOS, Ronaldo Alencar dos. *Federalismo cooperativo e o exercício da competência administrativa ambiental*. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, RN, 2008.

SARLET, Ingo. W. *Constituição e legislação ambiental comentada*. 1ª edição. São Paulo: Saraiva, 2015.

SCHWARCZ, Lilia Moritz. *Sobre o autoritarismo brasileiro*. São Paulo: Companhia das Letras, 2019.

TILLY, Charles. *Democracy*. Madrid: Ediciones Akal, S.A., 2010.

Data de Recebimento: 23.11.2021.

Data de Aprovação: 01.08.2022.

IMPEACHMENT DE DILMA ROUSSEFF: O GOLPE SUAVE

IMPEACHMENT DILMA ROUSSEFF: THE SOFT COUP

Camila Carvalho da Costa^{1*}

Martonio Mont'Alverne Barreto Lima^{2**}

RESUMO

O presente artigo objetiva analisar os caminhos do impeachment da ex-presidente da República Dilma Vana Rousseff, delineando os novos traços do golpe suave no Brasil. Compreendendo os golpes de Estado ocorridos no Brasil, dentre eles o golpe de Estado armado de 1964. Investigando os atores e elementos que propiciaram o impeachment de Dilma, concluindo pela realização de um golpe suave de Estado através da dominação do pensamento de classes e da grande exposição midiática. Valendo-se da metodologia de aspectos históricos e da pesquisa bibliográfica.

Palavras-chave: Impeachment. Dilma Rousseff. Golpe Suave.

ABSTRACT

This article aims to analyze the ways of impeachment of the former president of the Republic Dilma Vana Rousseff, outlining the new traits of the soft coup in Brazil. Understanding the coups that took place in Brazil, including the 1964 armed coup. Investigating the actors and elements that led to Dilma's impeachment, concluding with the realization of a soft coup d'état through the domination of class thinking and the great media exposure. Using the methodology of historical aspects and bibliographic research.

Key-words: Impeachment. Dilma Rousseff. Soft Coup.

INTRODUÇÃO

Em tempos recentes, salta aos olhos as alterações políticas que se deram na América Latina com alguns elementos em comum: governantes eleitos foram substituídos/depostos em processos além da institucionalidade; tais governos eram de conotação populista³, com

1* Mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza – UNIFOR e Advogada Autárquica em exercício na Superintendência do Meio Ambiente do Estado do Ceará. Lattes:<http://lattes.cnpq.br/3077853115469056>,<https://orcid.org/0000-0003-2588-6672>, Email: camilacdac@hotmail.com.

2** Pós Doutor, Professor Titular da UNIFOR e Procurador do Município de Fortaleza. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2402860645108428>, <https://orcid.org/0000-0003-0052-2901>, Email: barreto@unifor.br.

3 A referência ao termo populismo que se utilizará neste texto tem por referência o esforço teórico empreendido e definido por Ernesto Laclau, para quem o populismo não tem necessariamente um significado negativo, como o que defina grande parte da literatura (LACLAU, 2009, p. 28s). O populismo guardaria, para Laclau, o retorno do povo como uma categoria política (2009, p. 310). Na América Latina, diferentemente da Europa, foi com lideranças populistas que, pela primeira vez, reivindicações dos pobres chegou à agenda de governos e não como “questão de polícia”, além da defesa do desenvolvimento e das riquezas nacionais. Os mais significativos exemplos são: Argentina, com Perón; Brasil de Vargas; México de Cárdenas e Peru com Haya de la Torre. Para Chantal Mouffe, igualmente, o populismo deve ser considerado seriamente como uma alternativa aos setores políticos que desejam enfrentar a “hegemonia da formação neoliberal” atualmente dominante (MOUFFE, 2018, p. 11).

tendências de centro-esquerda; os processos tiveram um inusitado protagonismo do Poder Judiciário, e uma colaboração do Poder Legislativo. Surpreende o fato de que era exatamente no Poder Legislativo um dos centros da resistência aos golpes militares ocorridos desde o final dos anos 50 do século XX e que se estenderam por toda a América Latina. O quadro atual encaixa-se nos casos do Paraguai, com um processo de impeachment do Presidente Fernando Lugo; de Manuel Zelaya, Presidente de Honduras; e Dilma Rousseff, no Brasil. Os processos judiciais abertos contra os ex-presidentes Cristina Kichner, na Argentina, e Rafael Corrêa, no Equador, além da prisão de Luís Inácio Lula da Silva, no Brasil, em 7 de abril de 2018, estes fatos, portanto, emprestam conotação bastante diferenciada em relação aos tipos tradicionais de golpes contra governantes eleitos. Decorre desta quando fático a possibilidade de falar-se em golpes suaves⁴; objeto de estudo neste texto.

Desta forma, será traçado os principais atores e elementos que propiciaram o impeachment no Brasil em 2016. Contudo, é elementar que se entenda o pensamento constitucional brasileiro, a fim de compreender a construção dos conceitos de classes sociais no Brasil e de como o país se tornou vítima da mídia e da elite do dinheiro.

O presente artigo tem como objetivo o estudo do impeachment de Dilma Vana Rousseff, tratando-o como um modelo de golpe suave de Estado: informação maciça e desfavorável à Presidente, ao seu governo e ao seu partido, evidente desequilíbrio relativamente aos partidos e lideranças das oposições; cenário coletivo de construção do sentimento negativo; e papel institucional dos Poderes Judiciário e Legislativo formaram o ambiente propício ao desfecho de destituição.

Conforme Jessé Souza (2016) explica, os golpes de Estado nunca serviram para combater a corrupção no Brasil. À vista disso, necessitava-se das forças armadas, no passado, para se depor um governante, a partir disso, modernizaram-se sob um novo modelo: influenciar o pensamento brasileiro, construir falsos argumentos sob a ajuda da mídia, elite e do Congresso Nacional.

Este trabalho consiste em pesquisa bibliográfica, com foco no impeachment de 2016, sob a ótica de um golpe suave. Para tanto, valeu-se da metodologia de aspectos históricos e da pesquisa bibliográfica. Dessa forma, a pesquisa está organizada em três tópicos: o primeiro capítulo trabalhou os golpes no Brasil: golpe da maioria, o golpe de regência e o golpe de 1964, em seguida, debruçou-se sobre o Golpe de 1964, trazendo os principais elementos que protagonizaram o golpe e os principais motivos que levaram as forças armadas a romper com a democracia; no segundo capítulo, discutiu-se a respeito da origem e evolução do processo de impedimento, averiguou-se o conceito e características, bem como seu nascimento no Direito Brasileiro e pesquisou-se seus dispositivos procedimentais; no terceiro capítulo, aprofundou-se acerca da demonstração da substituição dos golpes armados em desarmados. Dessa forma, esclareceu-se as pré-condições para a existência de um golpe intelectual, além da presença dos setores midiáticos e populares que fundamentaram a constitucionalidade do impeachment.

A intenção central do artigo não é discutir somente os atores e elementos dos golpes de Estado, mas sim estabelecer uma conexão de dados, trazendo os novos elementos que os fundamentam, os quais justificam a pesquisa como: reais interesses da elite, domínio da mídia e o controle do pensamento constitucional, além de trazer à baila comentários sobre a

⁴ A referência ao termo golpe suave que se utilizará neste texto será pela compreensão de um evento que se baseia através de um procedimento democrático (impeachment), mas cujo os princípios norteadores de retirada do poder, são efetivamente antidemocráticos. A suavidade do procedimento invoca um processo ilegítimo de compreensão na fundamentação jurídica do impeachment, muito embora não seja um movimento armado, mas que tenha tal força de ilegitimar o voto popular.

modernização dos instrumentos de efetivação de golpe de Estado: simplismo para a explicação da política e dos políticos; ausência proposital de discussões e esclarecimentos sobre o contexto externo dos envolvidos em golpes suaves que se contrapõem às propostas de desenvolvimento nacional e defesa das riquezas naturais; política da violência para os novos modelos de convencimento popular.

Instabilidade no Brasil

Compreender o pensamento constitucional brasileiro consiste também em uma alternativa para traçar os caminhos da instabilidade institucional, que jamais estiveram sob o controle de um só grupo. A heterogeneidade dos atores sociais torna a observação mais complexa; porém, ao fim prevalece uma visão maior, mais representativa da intenção ampla dos que se envolveram com o sucesso de provocar ou desencadear instabilidades institucionais na sociedade brasileira.

O que prevalecia nos golpes de Estado era a derradeira utilização da dominação do pensamento constitucional por meio da elite social, como ferramenta para municiar a destituição de poder. Por oportuno, ressalta que o papel de dominação pertenceu durante muito tempo ligado à religião:

[...] era a religião, e não a ciência, que interpretava o mundo. Por conta disso, todas as grandes religiões mundiais desenvolveram mecanismos de justificação do privilégio e da riqueza. Antes que a política se diferenciasse como uma esfera autônoma, a religião fazia também o trabalho da política. O Cristianismo ocidental, por exemplo, levou ao paroxismo a justificação do privilégio injusto ao sacralizar a ordem mundana, repetindo-a na hierarquia religiosa⁵.

De acordo com Curzio Malaparte, em “A Técnica do Golpe de Estado”, golpes são descritos como a possibilidade iminente de um grupo reduzido tomar o poder. Ainda segundo o autor, a técnica que tem prevalecido nas tentativas de golpes de Estado é a da desmobilização e imobilização dos governos, feitos por meio da ocupação dos centros estratégicos e técnicos do governo: redes de distribuição de energia, meios de transportes, centrais de comunicação e outros. Ressalta que os golpes de Estado são geralmente bem-sucedidos em pequenos espaços de tempo, por um número limitado de pessoas (via de regra políticos, oficiais de altas patentes e indivíduos infiltrados nos aparatos estatais), com condições de arregimentar outros membros sociais e neutralizar os mecanismos do poder estatal.

Segundo Paulo Bonavides, os golpes de Estado são classificados como ocorrências institucionais, haja vista que decorre da ocupação ou permanência no poder atendendo a reformas políticas de conveniência pessoal, votadas por um congresso subserviente ou interesseiro. Com base nisso, o autor concluiu que “não há necessidade de luta armada. Mantém-se o *status quo*”⁶.

5 SOUZA, Jessé. A Radiografia do Golpe: entenda como e por que você foi enganado. Rio de Janeiro. Editora Leya, 2016, p. 15.

6 BONAVIDES, Paulo. Do País Constitucional ao País Neocolonial (a derrubada da Constituição e a recolonização pelo golpe de Estado Institucional). Editora Malheiros, 2009, p. 7.

O golpe de Estado Institucional, ao contrário do golpe de Estado governamental, não remove governos mas regimes, não entende com pessoas mas com valores, não busca direitos mas privilégios, não invade Poderes mas os domina por cooperação de seus titulares; tudo obra em discreto silêncio, na clandestinidade, e não ousa vir a público declarar suas intenções, que vão fluindo de medidas provisórias, privatizações, variações de política cambial, arrocho de salários, opressão tributária, favorecimento escandaloso da casta de banqueiros, desemprego, domínio da mídia, desmoralização social da classe média, minada desde as bases, submissão passiva a organismos internacionais, desmantelamento de sindicatos, perseguição de servidores públicos, recessão, seguindo, assim, à risca, receita prescrita pelo neoliberalismo globalizador, até a perda total da identidade nacional e redução do país ao seu status de colônia, numa marcha sem retorno⁷.

O golpe da maioria no segundo reinado ocorreu em 23 de julho de 1840, quando D. Pedro II com apenas 14 anos foi declarado maior de idade mediante um golpe parlamentar. Em relação ao primeiro golpe militar do Brasil que ocorreu em 15 de novembro de 1889, alguns soldados comandados pelo Marechal Deodoro da Fonseca tomaram o Ministério de Guerra e depuseram o Ministro e o Presidente Visconde de Ouro Preto. Todas as elites provincianas apoiaram o novo regime e a maioria eram líderes dos partidos monárquicos, agora defensores fervorosos da República.

Procedem os golpistas institucionais como se síndicos fossem de uma massa falida – a nação de Caxias, Osório, Deodoro e Floriano, do lado do uniforme, ou Frei Caneca, Bento Gonçalves, Nabuco, Rui Barbosa, Getúlio Vargas, Tancredo Neves e Juscelino Kubistchek do lado civil⁸.

Entre diversas tentativas desde a época de Getúlio Vargas até o golpe de 1964, tinha-se a intenção de melhorar exponencialmente a vida da burguesia industrial por intervenção de legislações que protegessem os trabalhadores e evitassem revoluções radicais⁹.

Em sendo assim, o golpe de 64 se instalou em 31 de março, com a destituição do Presidente e a tomada do poder pelos militares, os quais governaram o Brasil por 21 anos. Nesse tempo, diversos atos institucionais nortearam a Constituição de 46, como a Carta “semioutorgada” de 1967; dois anos depois, outro documento mais lesivo ao sistema representativo foi outorgado (Emenda nº 1), sendo, na verdade, um documento conhecido como o estatuto da Ditadura¹⁰.

Golpe armado de 1964

O golpe militar de 1964 teve como principais atores as forças armadas e o empresariado nacional. Moniz Bandeira (2010, p. 60), René Dreiffus (1981, p. 368-373), Heloísa Starling

7 BONAVIDES, Paulo. Do País Constitucional ao País Neocolonial (a derrubada da Constituição e a recolonização pelo golpe de Estado Institucional). Editora Malheiros, 2009, p. 23.

8 BONAVIDES, Paulo. Do País Constitucional ao País Neocolonial (a derrubada da Constituição e a recolonização pelo golpe de Estado Institucional). Editora Malheiros, 2009, p. 24.

9 SOUZA, Jessé. A Radiografia do Golpe: entenda como e por que você foi enganado. Rio de Janeiro. Editora Leya, 2016, p. 38.

10 BONAVIDES, Paulo. Do País Constitucional ao País Neocolonial (a derrubada da Constituição e a recolonização pelo golpe de Estado Institucional). Editora Malheiros, 2009, p. 29.

(1964, p. 71) e Otávio Dulci (1986, p. 105) entendem que os grupos sociais e partidos políticos também se aliaram em favor do golpe. Além dos setores anticomunistas das forças armadas, sendo alguns deles vinculados à Escola Superior de Guerra, o empresariado nacional, latifundiários, proprietários rurais, segmentos conservadores da igreja católica, capital internacional que tinham interesses no Brasil e nos partidos políticos, e, principalmente a União Democrática Nacional foram favoráveis ao golpe de 64.

Esses autores utilizam o conceito de populismo para explicar a organização hegemônica da política no Brasil pós-1945. Trabalham, de forma preferencial, com a ideia de tempo curto e enfatizam o caráter conjuntural da deposição de João Goulart. Bandeira enfatiza que a atuação internacional foi elemento nuclear da conspiração. Segundo esse autor, no início da década de 1960, pela primeira vez na História do Brasil, os trabalhadores tiveram acesso às políticas de Estado e exerceram alguma influência nas decisões governamentais. Tal fato decorreu da habilidade de João Goulart nas relações desenvolvidas com o movimento sindical e demais organizações populares. Desde seu mandato como ministro do Trabalho e com maior ênfase quando presidente da República buscou nas demandas dos trabalhadores referências para suas políticas governamentais. Enfrentou, em razão dessa opção, forte oposição conservadora. Os mesmos setores que se opuseram à sua posse, em 1961, articularam-se para depô-lo, em 1964. Em sua mobilização conspiratória encontraram efetiva parceria na CIA e do capital internacional norte-americano¹¹.

Sob o mandato de João Goulart o governo ficou marcado por forte instabilidade política e crise econômica. A partir disso, inúmeros setores sociais se uniram em prol de desestabilizar de seu governo, o que culminou com o golpe que o destituiu.

Antes e depois do golpe de 1964 não foram poucas as iniciativas que provocaram e induziram à desqualificação do presidente João Goulart e de sua trajetória política. Foram desenvolvidas, com eficácia crescente, por seus opositores desde sua posse como ministro do Trabalho em 1953. Estenderam-se, com vigor, à conjuntura pré-1964 e ganharam fôlego nos anos seguintes ao golpe que o depôs. A elas se somou um silêncio que urdiu um esquecimento consoante com o objetivo dos responsáveis pelo regime autoritário de legitimar suas ações. A grande imprensa também acabou por contribuir com essa linha de ação. Por muitos anos desconsiderou a possibilidade de trazer à tona qualquer notícia referente ao presidente Goulart¹².

Florestan Fernandes (1997, p. 142), Caio Navarro de Toledo (2004, p. 2), Lucília Delgado (2010, p. 132) e Jacob Gorender (2004, p. 25) entendem que a principal motivação que depôs o governo constitucional de Jango, empossado em 1961, foi consequência do forte descontentamento de setores conservadores da política brasileira e da crescente e autônoma organização da sociedade civil naquela conjuntura.

A análise marxista mais conhecida sobre o processo histórico do início da década de 1960 foi elaborada por Jacob Gorender em 1987. Para esclarecer a instabilidade

11 DELGADO, Lucília Almeida Neves de. O Governo João Goulart e o golpe de 1964: memória, história e historiografia, 2010, p. 137.

12 DELGADO, Lucília Almeida Neves de. O Governo João Goulart e o golpe de 1964: memória, história e historiografia, 2010, p. 129.

daqueles anos, o autor recorre a explicações de base econômica estrutural, como desenvolvimento tardio do capitalismo e crise de substituição de importações. Enfatiza, contudo, o caráter preventivo da deposição de João Goulart. Adota o conceito de modernização conservadora e afirma que o núcleo burguês industrializante e os grupos representativos do capital estrangeiro, que investiam na economia brasileira, perceberam os riscos das reformas de base e optaram por aderir ao golpe preventivo e contrarrevolucionário. Gorender, como Fernandes, também identifica a conjuntura do início dos anos de 1960 como pré-revolucionária. Seu entendimento é o de que o capital industrial apostava na modernização do Brasil, mas a queria conjugada a forte controle social. Decorre desse seu entendimento sua adesão ao conceito de modernização conservadora, como aplicável ao golpe de 1964¹³.

A radiografia do golpe de 1964 compõe uma série de contextos que merecem atenção, no centro estava o protagonismo das forças armadas, inúmeros acontecimentos foram utilizados com a nítida intenção de desestabilizar o governo, atizar a fúria das forças armadas e dificultar a construção da base parlamentar com a garantia mínima de governabilidade. Desta forma é que episódios como a aprovação das reformas de base (Plano Trienal), radicalização ideológica, inconstância das coalizões formadas no Congresso Nacional, rotatividade na direção de ministérios e dispersão partidária¹⁴ passaram a ter peso decisivo, quando em qualquer ambiente democrático, o conflito é o garantidor da mesma democracia. No Brasil de 64, o conflito foi retratado como baderna, confusão e desordem que somente seriam superados mediante intervenção externa.

Conforme Jessé Souza¹⁵ pontua, as reformas de João Goulart interpretaram-se erroneamente: suas ideias inclinaram-se aos comunistas, o combate a corrupção compreendeu-se como seletivo e assim insurgiu o grande mote para o controle militar. Por outro lado, Carlos Fico (2004)¹⁶ entendeu que não houve atuação de forças conspiratórias para depor Goulart, mas sim uma desestabilização de seu governo. As ações militares se precipitaram com a iniciativa do General Olímpio Mourão Filho e seguidamente apoiadas pelos opositores do presidente deposto. Com base nisso, Fico concluiu que houve setores opositores à desestabilização do governo, mas o fio condutor principal deu-se que os militares tinham o propósito da deposição de Goulart. Com o sucesso do golpe de 64 se iniciou um período de exceção que se estendeu até 1985. O fim da ditadura militar brasileira evidenciou-se uma realidade desafiadora: protagonistas de golpes e rupturas da legalidade impunes pela democracia que se instalou após o tempo de vida dos golpes. Sem dúvida a tal posição de “reconciliação” traduz incentivo a futuros golpismos, enfraquecedores de qualquer aspiração perene de democracia.

O impeachment em seu contexto histórico

Com base no princípio democrático e do sistema de freios e contrapesos, pode-se clarificar o instituto do impeachment como um instrumento de travas perante abusos do comandados pelo chefe do Poder Executivo.

13 DELGADO, Lucília Almeida Neves de. O Governo João Goulart e o golpe de 1964: memória, história e historiografia, 2010, p. 136.

14 FERREIRA, Jorge. A estratégia do confronto: A Frente de Mobilização Popular. In: Revista Brasileira de História. São Paulo, Anpuh, vol. 24, n. 47, jan/jun. 2004.

15 SOUZA, Jessé. A Radiografia do Golpe: entenda como e por que você foi enganado. Rio de Janeiro. Editora Leya, 2016, p. 530.

16 FICO, Carlos. O grande irmão. *Da Operação Brother Sam aos anos de chumbo. O governo dos Estados Unidos e a ditadura militar brasileira*. Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 2008.

Muito embora o sistema da tripartição dos poderes estabeleça as regras de exercício dos Poderes, o sistema constitucional elaborou mecanismos de autodefesa contra, por exemplo, chefes do Executivo que violem preceitos e direitos da própria administração pública, proibida administrativa, Estado Democrático de direitos os quais podem ser coibidos através do instrumento de impeachment.

Nessa perspectiva, os crimes de responsabilidade, segundo o art. 85 da Constituição, são os atos que atentem contra a Constituição Federal e, especialmente, contra a existência da União, o livre exercício do Poder Legislativo, do Poder Judiciário, do Ministério Público e dos Poderes constitucionais das unidades da Federação, o exercício dos direitos políticos, individuais e sociais, a segurança interna do País, a probidade na administração, a lei orçamentária e o cumprimento das leis e das decisões judiciais¹⁷.

Cumprir frisar que o instituto do impeachment por sua relevância, bem como pelas suas graves consequências ao Estado Democrático de Direito se trata de matéria eminentemente constitucional.

A palavra impeachment deriva da palavra latina *impedimentum*, que significa impedir, proibir a entrada com os pés, etimologicamente, é a “proibição de entrar”. No inglês, atualmente, o verbo *to impeach* significa o ato de acusar, por em dúvida, depreciar, incriminar com o objetivo de impedir o indivíduo criminoso de, em razão da função que exerce, agir contra o interesse público¹⁸.

Nos casos de crimes de responsabilidades cometidos por Presidente da República, a Constituição Federal afastou do Poder Judiciário sua missão caracterizadora que é aquela de dizer o direito, atribuindo, para tanto, a função ao Poder Legislativo.

Dentro de toda esta complexa gama de regras atinentes à competência dos órgãos do Poder Judiciário, o que se deseja passar, por ora, é que vezes há nas quais a exclusão do órgão com legitimidade para conhecer, processar e julgar o conflito é feito não com fulcro nas normas de competência ditas por lei – para se verificar qual a estrutura jurisdicional mais adequada para tanto –, mas sim afastando-se o Poder Judiciário enquanto instituição. Vale dizer, ainda que seja a atividade jurisdicional a *ratio essendi* do Poder Judiciário, o ordenamento jurídico, em situações estritamente delimitadas, retira o poder de superação de conflitos daquele organismo, transferindo-o a uma outra estrutura. É o que ocorre, efetivamente, com o julgamento do Presidente da República quando processado e julgado pela prática de crimes de responsabilidade, nos termos do que reza a Constituição Federal em seus artigos 51, inciso I, 52, inciso I e 86, caput¹⁹.

17 MORAES, Filomeno; SOBRINHO, Luis Lima Verde. Quedas Democráticas de Governo: O impeachment no presidencialismo brasileiro comparado ao voto de desconfiança nos sistemas parlamentares. Rev. Direitos Fundam. Democ. v. 21, n. 21, p. 45-71, dez. 2016, p. 06.

18 RICCITELLI, Antônio. Impeachment à brasileira: instrumento de controle parlamentar? Imprensa: São Paulo, Manole, 2006.

19 TOLOMEI, Fernando Soares; Amaral, Sérgio Tibiriçá. O Poder Judiciário Frente Ao Impeachment. 2010.

A título explicativo, no impeachment o Chefe do Poder Executivo será processado pelo Poder Legislativo nos crimes de responsabilidade cometidos, o qual cumprirá as suas funções atípicas de processar e julgar o Presidente da República. Nesse viés, o processo será conduzido pelo Congresso Nacional que salvaguardará o sistema de separação de poderes, com o fito de conservar o Estado Democrático de Direito.

Histórico do Impeachment

Advindo da história inglesa, o *impeachment* se instrumentalizou como o instituto de responsabilização dos Ministros, salvaguardado sob a máxima “*The king can not wrong*” - o Rei não erra, ou melhor, o rei teria um poder ilimitado e as suas irresponsabilidades das quais resultavam em abusos de toda a espécie eram irrestritas. Durante o reinado de Eduardo III no ano de 1376, o instituto objetivava combater acusações contra os Ministros do Rei perante a Câmara dos Comuns, cujo o julgamento era de competência da Câmara dos Lordes.

Na Inglaterra, o impeachment foi a ferramenta liberal criada para, indiretamente, responsabilizar-se a figura do rei, por meio de uma acusação formulada contra um ministro de Sua Majestade, já que o monarca estava protegido por total irresponsabilidade, assentada na máxima segundo a qual o rei não pode fazer o mal (the king cannot do wrong). Conforme se percebe até aqui, o instituto do impeachment nasceu na Inglaterra, dali passando para os Estados Unidos da América, onde, enclausurado pela codificação, adquiriu feição republicana, oferecendo maior rigidez ao processo e maior garantia ao acusado, porque não basta que este contrarie a política do Congresso, mas é preciso que ofenda diretamente a Constituição²⁰.

Em seguida, inspirados na experiência inglesa e na teoria da independência dos poderes, os Estados Unidos da América elaboraram um sistema presidencial no qual o Chefe do Poder Executivo não prestaria contas de seus atos ao Congresso, sendo somente responsabilizado em casos de extrema gravidade. Nestes casos, o Presidente poderia perder seu cargo mediante um processo de acusação formal, em que o agente público é acusado de praticar crimes no exercício de sua atividade. Foi nesse viés institucional e com o objetivo específico de aprimorar o princípio da separação de poderes, que os constituintes norte-americanos retomaram dois institutos: o veto e o impeachment. Para esse fim, desvirtuaram o *impeachment* inglês, dando-lhe uma finalidade exclusivamente política.

Em um governo inteiramente eletivo, não é menos difícil que importante organizar o tribunal a que se deve ser atribuído o juízo em caso de Impeachment: isto é, malversações dos homens do poder, ou, por outras palavras, o abuso ou violação da confiança pública. Como todos estes delitos atacam diretamente a sociedade mesma, são, pela sua natureza, daqueles que com mais propriedade podem ser chamados políticos²¹.

20 MORAES, Filomeno; SOBRINHO, Luis Lima Verde. Quedas Democráticas de Governo: O impeachment no presidencialismo brasileiro comparado ao voto de desconfiança nos sistemas parlamentares. Rev. Direitos Fundam. Democ. v. 21, n. 21, p. 45-71, dez. 2016, p. 08.

21 HAMILTON; Madison, Jay. O Federalista. Belo Horizonte, editora líder, 2003, p. 394.

Para os norte-americanos o procedimento do impeachment é considerado um dos mais importantes *checks and balances* (freios e contrapesos) do princípio da separação de poderes. À vista disso, é razoável compreender a especial atenção a respeito do comportamento dos Poderes em casos de impeachment. Para Nuno Piçarra, o impeachment se veste nos moldes de um instituto de eminente controle: “Em rigor, nem o impeachment e nem o veto tem natureza legislativa nem executiva, antes exprimindo fundamentalmente um poder de controlo”²².

Desse modo, em comunhão com o princípio da separação dos poderes, o impeachment representa uma outra forma do seu exercício, por intermédio da formação de um instituto inusitado de freios e contrapesos, agora numa versão singular onde o parlamento, como na Europa, não mais governa na forma de gabinete executivo (voto de desconfiança). O modelo presidencialista de separação de governo pressupõe até mesmo a possibilidade de um executivo sem maioria no legislativo.

O impeachment no Brasil

É válido mencionar que no Brasil o instituto do impeachment recebeu forte influência da doutrina Norte-Americana. Com exceção da Constituição Imperial de 1824 que consagrou o princípio da irresponsabilidade do Imperador, preceituado o art. 99²³. Isso se deu em decorrência das ideias de Benjamin Constant que a influenciou diretamente, servindo também como inspiração para a construção do primeiro Poder Moderador.

No decorrer da primeira Constituição Republicana de 1891, delineou-se os primeiros traços do processo e julgamento dos crimes de responsabilidade (art. 54). Conferindo à Câmara dos Deputados a competência para declarar ou não a acusação procedente contra o Presidente, cabendo ao Supremo Tribunal Federal, nos crimes comuns, e ao Senado Federal, nos crimes de responsabilidade, processar e julgar o Presidente da República e demais agentes do poder.

Nesta adoção do impeachment, por sua vez, difere do instituto norte-americano que, como dito acima, também é distinta da verdade inglesa. Desde 1891, portanto, é a lei quem definirá os delitos de responsabilidade do presidente da república e também o procedimento a ser adotado para o processo e o julgamento, nos termos do artigo 54²⁴.

A Constituição de 1934 manteve a competência do Supremo Tribunal Federal, mas criou para o julgamento dos crimes de responsabilidade do Presidente da República, dos Ministros de Estado, quando conexos com os do Presidente e os dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, um Tribunal Especial composto por três membros da Corte Suprema. Essa inovação da Carta Magna de 34 não prevaleceu e não se repetiu nas Constituições posteriores.

22 PIÇARRA, Nuno. A Separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional: um contributo para o estudo das suas origens e evolução. Coimbra Editora. 1989, p. 83.

23 "A pessoa do Imperador é inviolável e sagrada; ele não está sujeito a responsabilidade alguma", firmava-se com este dispositivo a influência do constitucionalismo inglês, traduzida na conhecida expressão de que "*The king can do not wrong*". Se com referência ao Imperador havia a ressalva de qualquer responsabilidade frente ao Governo, por outro lado, considerava responsáveis os Ministros de Estado pelo crime que praticassem (artigos. 1.º, 6.º e 133 da Constituição de 1924).

24 BAHIA et al. O Impeachment e o Supremo Tribunal: História e teoria constitucional Brasileira. Editora Empório do Direito, 2016, p. 19.

A constituição de 1934 previu uma fórmula um tanto quanto original do julgamento dos crimes de responsabilidade. Primeiro que se deve entender que o Poder legislativo, parecia concentrar todas as atribuições na Câmara dos Deputados, fazendo com que o Senado Federal fosse apenas um órgão acessório. Assim, por exemplo, o artigo 22 anuncia que o "Poder Legislativo é exercido pela Câmara dos Deputados com a colaboração do Senado Federal". Portanto, a desconfiança com relação ao senado fez com que se retirasse a competência do Senado para o julgamento do Presidente por crimes de responsabilidade²⁵.

A Constituição de 1937 estabeleceu que o Presidente seria julgado nos crimes de responsabilidade pelo Conselho Federal, após admissão da denúncia por dois terços da Câmara dos Deputados (art. 86). Nesse caso, o Conselho Federal substituiu o Senado Federal. Juntamente com a colaboração do Presidente da República e do Conselho de Economia Nacional, a Câmara dos Deputados e o Conselho Federal compunham o Parlamento Nacional, que exercia o Poder Legislativo (art. 38). Já a Constituição de 1946 definiu que Câmara dos Deputados declarava a procedência da acusação, sendo o Presidente submetido ao julgamento pelo Supremo Tribunal Federal, nos crimes comuns, e perante o Senado Federal nos crimes de responsabilidade.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, o impeachment se institucionalizou como um processo político-jurídico que se inicia na Câmara de Deputados e termina no Senado Federal sob a direção do Presidente do Supremo Tribunal Federal (arts. 85 e 86). Ressalta-se que o julgamento é atribuição somente do Congresso Nacional (Poder Legislativo).

O cometimento de crime de responsabilidade, previsto no artigo 85 da CF/88, deve fundamentar a denúncia do *impeachment*. Enfatiza-se também que o *impeachment* não pode ser considerado como um voto de desconfiança parlamentar ou nem mesmo um *recall* político, em decorrência do seu viés *sui generis*.

No julgamento do HC 4.116/MT²⁶, em 1918, o Ministro Pedro Lessa caracterizou o *impeachment* como um instituto *sui generis*, considerando que o modelo brasileiro foi influenciado pelo o americano, ou seja, o *impeachment* brasileiro apenas se norteou das principais ideias do *impeachment* americano, estabelecendo um verdadeiro instituto de punição próprio. No mesmo julgamento, Lessa afirmou o caráter criminal do instituto, mediante o emprego das expressões: acusação, processo, julgamento e atos do presidente que são crimes de responsabilidade.

O processo e julgamento do Presidente da República e Ministros de Estado por crimes de responsabilidade podem ser divididos didaticamente em três partes: denúncia, acusação e julgamento. A denúncia poderá ser apresentada por qualquer cidadão perante à Câmara dos Deputados, a qual fará o juízo de admissibilidade acerca dos fatos. Na hipótese do recebimento, tal expediente se submeterá a uma comissão especialmente eleita, da qual participarão, observada a respectiva proporção, representantes de todos os partidos para que possam opinar. Posteriormente, o relatório elaborado pela comissão será posto em votação, o qual deverá ser atendido ao *quórum* privilegiado do art. 51, I, da CF, a fim de que possa ocorrer a decretação da acusação (art. 23 e parágrafos).

25 Idem, p. 21.

26 *Habeas Corpus* 4.116/Mato Grosso.

A fim de bem determinar a função exercida pelo Estado-juiz perante um processo de impeachment, em princípio, insta mencionar que a própria Constituição da República, quando da dicção das linhas mestras dos procedimentos do impeachment presidencial, determinou que a sessão de julgamento no Senado fosse presidida pelo Ministro Presidente do Supremo Tribunal Federal (artigo 52, parágrafo único). Desta forma, ainda que seja o órgão julgador composto por agentes políticos (senadores), serão os atos executados sob a presidência do Chefe do Poder Judiciário no Estado brasileiro, razão pela qual diz-se tratar o Senado, nesta especial ocasião, de Tribunal político de colegialidade heterogênea²⁷.

Só após a deliberação da acusação pela Câmara dos Deputados e o seu recebimento pelo Senado Federal que se iniciará o julgamento sob a Presidência do Ministro-Presidente do Supremo Tribunal Federal. Desse modo, competirá ao Senado Federal fazer o juízo de mérito, isso significa que será realizado o juízo de procedência dos fatos. No caso de sentença condenatória a punição se restringirá a perda do cargo e a inabilitação para o exercício de outra função pública por 8 anos.

O Impeachment de Dilma Vana Rousseff

Em outubro de 2014 a candidata à reeleição a Presidência do Brasil, Dilma Rousseff venceu o seu segundo mandato consecutivo. Logo no início da campanha, a candidata foi pressionada a renunciar, e assim diante de sua negativa, vários processos de impeachments foram protocolados na Câmara dos Deputados. Não obstante, procedeu-se a abertura do processo de impeachment com a denúncia protocolada por Hélio Bicudo, Janaína Pascoal e Miguel Reale. As acusações giraram em torno da edição de três decretos de crédito suplementar ao orçamento público, sem autorização do Congresso Nacional, assim como pelo atraso no pagamento a bancos públicos, envolvendo o programa de estímulo a agricultores, denominado Plano Safra. Em 31 de agosto de 2016, a Presidente foi julgada e condenada por crimes de responsabilidade. Cumpre mencionar que essa prática contábil, sempre esteve presente na tomada de contas de todos os Presidentes desde 1988, a qual intitulou-se em “pedaladas fiscais”.

De acordo com Bustamente: "não pode ser considerado operação de crédito, uma vez que isso pressupõe a transferência da propriedade de recursos financeiros da instituição bancária para o mutuário, não se confundindo com meros passivos decorrentes de mora no adimplemento de obrigações contratuais [...]" (2016, p. 20-21). Ocorre que o fato também não se constituiu uma ofensa a LOA – Lei Orçamentária Anual, e por isso atos imputados na denúncia como crime não incidiram efetivamente em crimes de responsabilidade.

The right-wing of Brazilian politics, represented by different parties – the main being the Brazilian Social Democratic Party (PSDB) – and principally supported by the traditional ruling class, economic elite, and a highly concentrated national mainstream media, have been out of power at the federal level for over a decade. However, in the current political crisis, recession, and corruption scandals, this coalition sees an opportunity to take back power from Rousseff's Workers Party (PT) that has been ruling for the past 13 years. Since the right-wing has not been able to win at the ballot box, they have stirred up yet another anti-corruption campaign to gain support from the already angered population.^[5] In the midst of an economic crisis there may be enough public discontent to push for Dilma's impeachment due to fiscal irresponsibility, even if she has not committed a crime. Yet the already complicated situation becomes more complex when one considers that many of the very same

27 TOLOMEI, Fernando Soares; AMARAL, Sérgio Tibiriçá. O Poder Judiciário Frente Ao Impeachment. 2010, p. 12.

politicians fighting for Dilma's impeachment are also accused of personal embezzlement. All parties – those in power, the left; as well as those in the right-wing opposition trying to replace the current government – are involved in some measure of corruption. Ironically, Rousseff is one of the only political leaders not accused of personal enrichment.²⁸

Em substanciaosas manifestações, diversos juristas consideraram que se tratou de mera jogada política à atribuição das pedaladas como crime de responsabilidade. Com base nisso, Ricardo Lodi Ribeiro²⁹ afirmou que:

As chamadas pedaladas fiscais, assim entendidas como o atraso do repasse para o adimplemento dos benefícios sociais pelos bancos públicos, a partir do fluxo de caixa para o suprimento de fundos estabelecidos no âmbito a relação de prestação de serviços dessas instituições financeiras e a União, não se traduzem em operações financeiras, não se enquadrando, portanto, na vedação prevista no artigo 36 da LRF;

d) a abertura de créditos suplementares foi autorizada pelo artigo 4º da Lei Orçamentária Anual de 2015, com a alteração da meta primária levada a efeito pela Lei nº 13.199/15, não havendo que se falar em abertura de créditos sem previsão legal;

h) não há razões jurídicas para a admissibilidade de processo para a apuração de crime de responsabilidade da Presidente Dilma Rousseff a partir do pedido formulado por Miguel Reale Jr., Hélio Bicudo e Janaina Paschoal, e que foi recebido pelo Presidente da Câmara dos Deputados.

Gilberto Bercovici³⁰ entendeu que ainda que as contas da Presidente fossem reprovadas pelo Tribunal de Contas, não incorreria de forma automática ao impedimento da Chefia do Poder Executivo, sem votação específica. Tal afirmação, por óbvio, evidencia que as “pedalas fiscais” não são elementos idôneos com o intuito de autorizar o impeachment.

A eventual rejeição das contas presidenciais pelo Congresso Nacional não configura crime de responsabilidade. São duas decisões distintas. A aprovação ou rejeição das contas do Presidente da República ocorre por maioria simples de votos. Se a rejeição implicasse necessariamente em crime de responsabilidade do Presidente da República, haveria a necessidade de ser decidida por quórum e dois terços, como determina o artigo 86, *caput* da Constituição.

Diante disso, conjecturou-se que a esfera Judicial poderia interferir nas justificativas operadas no julgamento da então Presidente, em razão de que o Judiciário teria o condão de conceber a ordem jurídica e, assim, não incidiria em um ato de interferência na esfera do Legislativo³¹. Na visão da Presidente e de seu grupo de apoio político, restou configurado um abuso do Poder Legislativo no julgamento de um impeachment sem a ocorrência de um crime de responsabilidade. O Comício especial de inconstitucionalidade do ato praticado “[...] pelo

28 ALEXANDRE et al. *Soft Coup in Brazil: A Blow to Brazilian Democracy*. Research Associates at the Council on Hemispheric Affairs. 2016.

29 RIBEIRO, Ricardo Lodi. Parecer. Consultante: Alessandro Lucciola Molon. Objeto: Pedido De Impeachment Da Presidente Dilma Rousseff – Aspectos Orçamentários – Normas De Direito Financeiro Falta De Amparo Jurídico do Pedido, 2015, P. 27.

30 BERCOVICI, Gilberto. *Consulta do Ilustre Advogado Fábio Croce Caetano*. Mimeo, 2015, p. 11.

31 CHEMERINSKY, Erwin. *Interpreting the constitution*. New York: Praeger, 1987, p. 103.

divórcio entre o endereço real da norma atributiva da competência e o uso ilícito que a coloca a serviço de um interesse incompatível com a sua legítima destinação [...]”³², haveria a possibilidade de intervenção judiciária que não ocorreu. O parecer da denúncia aprovado pela Câmara dos Deputados, foi ratificado pelo Senado Federal, afastou-se a Presidente e, ao final, o Senado julgou a denúncia procedente, resultando na perda do mandato da Presidente.

Contestado o resultado do impeachment junto ao Supremo Tribunal Federal em virtude dos “[...] os excessos cometidos por qualquer das esferas governamentais, quando seus órgãos, agentes ou, até mesmo, grupos majoritários que atuam no Parlamento, p. ex., incidem em abuso de poder ou em desvios inconstitucionais no desempenho de sua competência institucional [...]” (BRASIL, 2015), o Poder Judiciário estabeleceu no sentido de não caber a revisão da decisão final tomada pelo Senado Federal no âmbito de um processo de impeachment.

Restou clara que a posição do STF se caracterizou como abstenção, sabe-se que ao Judiciário foi consagrado o poder de examinar qualquer ato ou lesão ao direito individual, considerando o disposto no art. 5º, XXXV, da CF/88.

Cumprido ressaltar que até mesmo o maior defensor da natureza política do impeachment, Paulo Brossard entendeu que a autonomia do parlamento vai até onde a lei determinar: “Brossard afasta a jurisdição do STF porque explicita a confiança que o constituinte originário teve na política e nos políticos de se submeterem à Constituição e às leis que regulam este processo de afastamento do mais elevado mandatário da República”³³.

Em relação ao controle dos atos políticos pelo Poder Judiciário no processo de *impeachment*, Bustamante (2016) é enfático ao determinar que o impeachment se constitua em um processo híbrido, necessitando do controle dos atos de decisões puramente políticas e não baseadas na legalidade.

Uma segunda questão derivada diz respeito à possibilidade de a decisão “política” das casas legislativas sofrer o controle judicial. Pela teoria de Brossard (1992), como se viu, não haveria a possibilidade de qualquer ingerência judicial no juízo político do impeachment. Ocorre que o juízo do impeachment, pelo que se concluiu neste ensaio, é um juízo híbrido (político-jurídico). A nosso ver, a consequência fundamental de o juízo de impeachment ser político-jurídico, será a possibilidade de controle judicial para o caso de a decisão fazer-se puramente política. Não teria sentido que o dever de obediência ao direito, que tem um caráter dúplice, consubstanciando direito subjetivo da autoridade submetida ao processo de impeachment, não fosse acompanhado de um meio adequado de tutela (garantia), que é a jurisdicional (art. 5º, XXXV, CR)³⁴. (BUSTAMANTE 2016).

Foram incansáveis tentativas de impeachment durante o governo anterior de Rousseff, isto é, no mandato de 2010 a 2014. Sob argumentos forjados em bases duvidosíssimas, com um apoio forte da mídia nacional e o suporte do Congresso Nacional, o impeachment instrumentalizou-se em um meio de deposição antidemocrático.

32 TÁCITO, Caio. O desvio de poder no controle dos atos administrativos, legislativos e jurisdicionais. In: Revista de Direito Administrativo. Vol. 188, 1992, p. 09.

33 LIMA, Martonio Mont’Alverne Barreto. Não há elementos jurídicos para a admissão de *impeachment* de Dilma. Carta Maior, 2015.

34 BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. Parecer jurídico: O Processo de *Impeachment* e as Esferas de Autorização pela Câmara dos Deputados. Limites e Possibilidades de Controle Judicial. Belo Horizonte: 2016.

Durante todo o ano de 2015, o segundo mandato da presidente Dilma foi marcado por intenso ataque, tanto da mídia quanto do Congresso Nacional e de suas chamadas “pautas-bomba”. A presidente eleita foi posta na defensiva e ameaçada por diversos pedidos de impeachment, além de ter sido pressionada para renunciar desde o início de seu segundo mandato. O mais importante aqui não é apenas a seletividade com a qual a questão da corrupção é abordada ao se concentrar apenas no PT e procurar atingir de qualquer modo o ex-presidente Lula de forma a inviabilizar sua reeleição em 2018³⁵.

De acordo com Liñán³⁶, a insistência da mídia na exposição dos casos de corrupção envolvendo membros do partido da ex Presidente, ainda que não houvesse provas de envolvimento pessoal, foram funcionais em disseminar a ausência de credibilidade da Presidente no imaginário coletivo. A publicitação midiática excessiva, sobretudo como sinônimo de valorização da Operação Lava Jato, reforçou mobilizações populares demandando a saída da mandatária. Em razão disso, com o intenso desgaste da imagem da Presidente e de seu partido, os outros padrões que deflagram o impeachment vieram sucessivamente, como ocorrência de protestos e o baixo apoio do Congresso Nacional. A dimensão midiática teve o condão de deflagrar um “escândalo político”, cumprindo a função de desgastar a imagem da presidente, impulsionando mobilizações populares contrárias. Assim como a falta de apoio do Congresso e a precária base de apoio parlamentar, a Presidente se mostrou incapaz ao enfrentar a avalanche midiática contra seu governo.

É por conta disso que os privilegiados são os donos dos jornais, das editoras, das universidades, das Tvs e do que se decide nos tribunais e nos partidos políticos. Apenas dominando todas essas estruturas é que se pode monopolizar os recursos naturais que deveriam ser de todos, e explorar o trabalho da imensa maioria de não privilegiados sob a forma de taxa de lucro, renda da terra ou aluguel³⁷.

Protagonizado por diversos atores e elementos do cenário político, institucional e fora dele, o impeachment de 2016 deixou de lado a institucionalidade brasileira – órgãos de fiscalização e investigação, Ministério Público, Poder Judiciário e sua burocracia judiciária – os quais não foram capazes de conter a histeria contra a política, facilitando a impossibilidade de governança.

O golpe suave

É imperioso mencionar que os atuais golpes de Estado dispensam o uso das forças armadas. De acordo com Jessé Souza³⁸, a população carece de argumentos bem disseminados,

35 SOUZA, Jessé. *A Radiografia do Golpe: entenda como e por que você foi enganado*. Rio de Janeiro. Editora Leya, 2016, p. 198.

36 PÉREZ-LIÑÁN, Aníbal. Juicio político o golpe legislativo? Sobre las crisis constitucionales en los años noventa. In: *América Latina Hoy*. N. 26. Diciembre, 2000.

37 SOUZA, Jessé. *A Tolice da Inteligência Brasileira: ou como o país se deixa manipular pela elite*. Rio de Janeiro Editora Leya, 2015, p. 06.

38 SOUZA, Jessé. *A Radiografia do Golpe: entenda como e por que você foi enganado*. Rio de Janeiro. Editora Leya, 2016, p. 15.

ainda que falsos, para que objetivos políticos sejam alcançados, os quais espertamente não traduzem sua verdadeira intenção:

A elite do dinheiro é a "verdadeira elite" por conta do simples fato de poder comprar todas as outras elites que exercem influência variada na sociedade, compra-se primeiro a elite intelectual cuja opinião possui o prestígio e o condão de influenciar a opinião de muitos, depois se compra a elite política de modo direto financiando eleições e compra-se depois, direta ou indiretamente, a elite jurídica, jornalística, literária etc.³⁹

A construção da "hegemonia do dinheiro" no Brasil não vem de agora. Ela foi consciente e cuidadosamente construída por uma elite do dinheiro que então havia acabado de perder o controle do Estado, o que foi causado pela revolução de 1930 e ascensão de Getúlio Vargas ao poder. A construção da USP nos anos de 1930 por esta mesma elite teve precisamente a intenção de criar um contra hegemonia ideológica, que se opusesse ao regime recém implantado. O livro Raízes do Brasil, de Sérgio Buarque de Holanda, publicado em 1936, foi e ainda é a materialização mais concreta desse ideário⁴⁰.

O impeachment de 2016 ofereceu um retrato da história brasileira de tais passagens. Os ataques ao governo surgiram desde o primeiro mandato de Rousseff, ao quais, todavia, se intensificaram no seu segundo mandato. A crise política surgiu em um contexto de insatisfação da maioria parlamentar, manipulação da mídia e uma economia em crise. Para Jessé Souza⁴¹, o "tema da corrupção só pode ser usado para enganar e manipular porque a definição do que é corrupção é arbitrária e pode ser aplicado ao bel-prazer de quem realiza o ataque".

Como a Presidente jamais foi acusada de corrupção, procurou-se criar uma ordem social jurídica e legal atendendo a um discurso do "politicamente correto", culpando outras classes sociais e construindo falsos fundamentos de corrupção, tornando o momento oportuno para o impeachment por intermédio da insatisfação generalizada contra a corrupção.

O mensalão foi o ensaio geral para o golpismo de agora, especialmente do seu núcleo fundamental: a ação concentrada entre a mídia e aparato jurídico-político do Estado. Como o combate efetivo à corrupção é o último dos objetivos da nossa mídia-partido de elite, a estratégia é novelizar a política e reduzi-la ao embate mocinho versus bandido. O bandido é o PT e as classes populares; assim como o projeto de sociedade que eles representam. O mocinho é o aparato jurídico-político elevando à condição de paladino. O pano de fundo da corrupção "apenas estatal", para tornar invisível a corrupção da elite no mercado que domina, legal e ilegal, é a compreensão hegemônica que permite que toda a farsa funcione. Fundamental aqui é a manutenção da "fulanização da corrupção", ou seja, manipular o discurso da corrupção tornando invisível seu núcleo real e institucional, concentrando-se apenas em pessoas sempre da esquerda ou da base de apoio da esquerda⁴².

39 SOUZA, Jessé. A Radiografia do Golpe: entenda como e por que você foi enganado. Rio de Janeiro. Editora Leya, 2016, p. 17.

40 SOUZA, Jessé. A Radiografia do Golpe: entenda como e por que você foi enganado. Rio de Janeiro. Editora Leya, 2016, p. 20.

41 SOUZA, Jessé. A Tolice da Inteligência Brasileira: ou como o país se deixa manipular pela elite. Rio de Janeiro Editora Leya, 2015, p. 198.

42 SOUZA, Jessé. A Radiografia do Golpe: entenda como e por que você foi enganado. Rio de Janeiro. Editora Leya, 2016, p. 45.

As intensas provocações e denúncias de corrupções culminaram: "o combate seletivo à corrupção pela imprensa e seus aliados no aparelho de Estado foi mero pretexto para combater uma política redistributiva"⁴³. O melhor exemplo sobre programas universais e seus efeitos contra a miséria no Brasil veio com o sucesso do Programa Bolsa Família. Apesar de ser marcado pela oposição aos governos dos ex Presidentes Lula e Dilma como assistencialistas (para se dizer o mínimo da intensidade dos ataques contra o Programa e seus beneficiários), os resultados do Programa trouxeram um grande reconhecimento internacional, além da complexa e inédita aquisição de conhecimento em organização de Programas desta envergadura que a Administração Pública brasileira ainda não detinha, assim os resultados do Programa social atestam seu sucesso⁴⁴.

Para Jessé Souza⁴⁵, existe uma grande conexão das manifestações de junho de 2013 que começaram a minar a popularidade de Rousseff e o golpe de 2016. "A questão é como protestos localizados com foco em políticas municipais foram manipulados de tal modo a se "federalizarem" e atingirem a popularidade da presidente Dilma, que àquela altura gozava dos mais altos índices de aprovação do seu governo". As manifestações de 2013, iniciaram em virtude do aumento das tarifas do transporte público em São Paulo, o que mais tarde resultou em diversas manifestações em outras capitais brasileiras. A mídia de início reportou o caos enfatizando: tumulto, vandalismo, prejuízo ao trânsito e chateação da população. Menções negativas das manifestações nos jornais eram corriqueiras. Mais tarde, reportou-se negativamente acerca da PEC 37, a qual limitava a atividade de investigação às polícias federal e civil dos Estados, o que feriu frontalmente à vontade do Ministério Público de investigar. Pouco tempo depois, o panorama da mídia *mainstream* mudou radicalmente, o que anteriormente era reportado como manifestação de vândalos começou a ter um enfoque pacífico e democrático:

A cobertura do dia 17 de junho mudou o panorama completamente. o Protesto passou a definido como pacífico, e a bandeira brasileira se tornou seu símbolo. Agora os protestos eram tidos como "expressão democrática" e já não se dizia que causavam tumulto ou prejuízo ao trânsito. O sentido mudou de negativo para positivo. A ênfase em bandeiras específicas, como os protestos contra os gastos da copa do mundo, a PEC 37 e, em sentido ainda mais abstrato, contra a corrupção, se iniciam e consolidam a Federalização aberta do movimento⁴⁶.

Dessa forma o movimento que a imprensa designou como vândalo a partir desse momento se democratizou, demonstrando na estampa a insatisfação da sociedade diante do governo federal. O que iniciou com estudantes insatisfeitos com o aumento das taxas dos

43 SOUZA, Jessé. A Radiografia do Golpe: entenda como e por que você foi enganado. Rio de Janeiro. Editora Leya, 2016, p. 80.

44 Dentre os diversos trabalhos científicos sobre o Programa Bolsa Família, sem dúvida que aquele elaborado por Walquíria Gertrudes Leão Rego e Alessandro Pinzani merece destaque: Vozes do Bolsa Família- Autonomia, Dinheiro e Cidadania. São Paulo: Unesp, 2014. Esta obra acha-se publicada em língua inglesa: Money, Autonomy and Citizenship – The Experience of the Brazilian Bolsa Família. São Paulo/Cham (Switzerland), 2019.

45 SOUZA, Jessé. A Radiografia do Golpe: entenda como e por que você foi enganado. Rio de Janeiro. Editora Leya, 2016.

46 SOUZA, Jessé. A Radiografia do Golpe: entenda como e por que você foi enganado. Rio de Janeiro. Editora Leya, 2016, p. 85.

transportes públicos Municipais "tínhamos agora famílias de classe média com perfil de renda alta"⁴⁷ canalizados para um novo objetivo de atingir o governo.

A mídia passou, a partir de junho de 2013, a se associar às instituições do aparelho jurídico-político no processo de deslegitimar o governo eleito. Palavras de ordem como "Muda Brasil", como forma cifrada de invocar a verdadeira bandeira – Muda (de governo) Brasil" - passaram a dominar o imaginário das manifestações. A corrupção ganhava cada vez mais proeminência, e os gastos com saúde e educação - que nunca haviam sido tão expressivos como agora – eram sempre mencionados de modo negativo ao governo. Ocorre, na realidade, uma inversão de perspectivas que não deixa de confundir a todos: o governo federal que mais havia investido em educação e saúde passa a ser a vítima única da atenção midiática que, conscientemente e de caso pensado, confundiu as competências de tal modo que a culpa caiba ao governo federal⁴⁸.

Mais tarde no ano de 2015, a elites financeiras e midiáticas se uniram em favor do golpe de 2016. Pode-se inferir que uma parte da adesão da elite conservadora no movimento seria a aversão da inclusão das classes sociais (por exemplo a valorização do salário mínimo além da inflação).

As críticas ao "populismo petista" e aos seus programas de governo deixaram de soar, de uma hora para outra, como reclamação ilegítima de fração privilegiada. Ao contrário, elas adquiriram a fachada de engajamento político e democrático contra o "mundo sujo" da política, acentuada pelo caráter pacífico e festeiro das manifestações a partir da entrada massiva dessa fração. Estava criada a suposta base social do golpe. Uma fração descontente com a política por conta das seguidas derrotas eleitorais de seus representantes se descobria e uma hora para outra como portadora do bem, da nacionalidade e da moralidade pública⁴⁹.

Que o impeachment de Dilma foi comandado sob argumentos frágeis não se duvida. Restou-se clara a recorrência do viés antidemocrático: "combate à corrupção seletiva tornou-se a chave para a compreensão do "golpe branco" em abril de 2016"⁵⁰.

O golpe suave revestido no instituto do impeachment se afigurou tão evidente que se afastou da verdadeira luta racional e democrática contra a corrupção. Ao contrário, o sucesso de Rousseff e do seu então Vice-Presidente Michel Temer, rapidamente se viu no centro de agudas acusações com gravações do próprio Temer aquiescendo com pagamento em dinheiro para a família de Eduardo Cunha, o então Presidente da Câmara dos Deputados, que estava preso. Este pagamento compraria o silêncio de Eduardo Cunha. Um dos mais próximos aliados do então Presidente Temer fora filmado em via pública, com mala a conter quinhentos mil reais; dinheiro que seria propina ao Presidente e seu grupo político.

47 SOUZA, Jessé. A Radiografia do Golpe: entenda como e por que você foi enganado. Rio de Janeiro. Editora Leya, 2016, p. 86.

48 SOUZA, Jessé. A Radiografia do Golpe: entenda como e por que você foi enganado. Rio de Janeiro. Editora Leya, 2016, p. 89.

49 SOUZA, Jessé. A Radiografia do Golpe: entenda como e por que você foi enganado. Rio de Janeiro. Editora Leya, 2016, p. 91.

50 SOUZA, Jessé. A Radiografia do Golpe: entenda como e por que você foi enganado. Rio de Janeiro. Editora Leya, 2016, p. 100.

Na prática o processo do impeachment de 2016 se resumiu em um ápice de um cabo de guerra entre a Presidente da República e o Presidente da Câmara dos Deputados. Rousseff não cederia às exigências de Eduardo Cunha e seu grupo alinhado com o Vice-Presidente, por tudo isso acabou pagando com sua vida política o preço das exigências⁵¹.

Por isso se afirmar que o impeachment de um presidente pode se originar tanto nas ruas quanto no Congresso, mas que escudos protetores contra tal processo podem ser formados por parlamentares e/ou pelos movimentos sociais. Neste sentido, os presidentes encontram-se, portanto, em perigo quando seus adversários articulam uma ameaça efetiva e aqueles que lhe dão suporte falham em constituir um mecanismo protetivo na arena onde operam.

Durante o processo de impeachment de 2016, cumpria-se mais valioso averiguar os pontos negativos do seu governo do que investigar a existência de crimes de responsabilidade (BRASIL, 2016). Por consequência disso, o impeachment teve a genuína forma de implementar um golpe, que pode ser denominado como suave⁵² para alcançar os objetivos do Congresso Nacional e da elite financeira e midiática, sem a mobilização das forças armadas.

A perfeita soma entre crise política, crise econômica, ajustes fiscais, protestos sociais constantes, revelação de algum escândalo e cobertura maciça da mídia⁵³, onde o Congresso compelido pela opinião pública passa a se conduzir contra o Chefe de Estado, constrói supostas evidências que dificilmente seriam aceitas em um processo judicial⁵⁴.

O golpe suave de 2016 se construiu por intermédio de diversos argumentos falsos sem base jurídica e sem o condão do envolvimento de Rousseff em casos de corrupção. A violência em questão não era armada, mas genuinamente: uma "violência simbólica", onde se desconstruiu o pensamento de uma população que inicialmente aprovava o governo, mas que se desenvolveu em pouco tempo em uma forte repulsa política.

A imprensa é fundamental neste processo, posto que é necessário "legitimar" o assalto ao princípio da soberania popular como única fonte que permite vincular legalidade e legitimidade do regime democrático e representativo. Como a soberania popular consagrada no voto é a única fonte de legitimidade do poder moderno em todas as suas dimensões, inclusive das regras consagradas constitucionalmente⁵⁵.

É imperioso mencionar que no conjunto de alianças e fatores devem ser somadas a incapacidade do governo Dilma e de seu Partido no enfrentamento de uma situação que era previsível. A não "domesticação" democrática dos setores conservadores da sociedade brasileira

51 MELO, Marcus André. Crisis and integrity in Brazil. In: Journal of Democracy. Vol. 27, n. 02. April, 2016, p. 53.

52 SUNSTEIN, Cass. *Impeaching the president*. In: University of Pennsylvania Law Review. Vol. 147, N. 02. December 1998, p. 312.

53 LLANOS & MARSTEINTREDET, 2010, p. 216; Pérez-Liñán Presidential impeachment and the new political instability in Latin America. New York: Cambridge University Press, 2007, p. 132-133.

54 PÉREZ-LIÑÁN, Aníbal. Juicio político o golpe legislativo? Sobre las crisis constitucionales en los años noventa. In: América Latina Hoy. N. 26. Diciembre, 2000, p. 73.

55 SOUZA, Jessé. A Tolice da Inteligência Brasileira: ou como o país se deixa manipular pela elite. Rio de Janeiro Editora Leya, 2015, p. 527-528.

se configurou em não aceitar as regras do Estado Democrático de Direito, restando uma afronta aos princípios basilares da Constituição Federal.

Por outro lado, ao sofrer a quarta derrota consecutiva para o Partidos dos Trabalhadores por intermédio da sua importante liderança, Luís Inácio Lula da Silva, o Partido da Social Democracia Brasileira – partidos conservadores, burocracia judiciária e mídia *mainstream* – manifestaram-se sobre o resultado eleitoral. O candidato a Presidente derrotado à época, Senador Aécio Neves, foi a primeira voz a mostrar sua firmeza de que não deixaria a Presidente governar: “vamos obstruir todos os trabalhos legislativos até o País quebrar e Dilma ficar incapacitada de governar” foram suas palavras que falam por si só e pelos setores que o seguiriam a partir de novembro de 2014.

Conclusão

Golpes de Estado no Brasil não se vestiam em outros institutos, e assim ficava sempre evidente para a população que o País estava atravessando um momento tormentoso: a movimentação política acelerada, o uso de forças armadas nas ruas, a violenta repressão à movimentos sociais eram a receita tradicional experimentada pelo Brasil e por diversas nações, especialmente na América Latina. Muito embora, o instituto do impeachment não se repete como sinônimo de golpe. Em todas as conjunturas tratar-se-á de meio de tomada de poder, pelos moldes inconstitucionais. Seus protagonistas geralmente já estão alojados no poder e por se identificarem como desprivilegiados, conspiram a favor da deposição do governante em benefício de seus interesses mais localizados.

Com o impeachment de 2016, graves nuances da política foram colocadas à tona: argumentos frágeis ou inexistentes contra a ex Presidente; elementos da mídia *mainstream* fortemente apoiados, narrativas que se constituíram nos sinais de que outras formas de assalto ao poder podem ser levadas a cabo, sem a violência explícita dos golpes de Estado de cinquenta anos atrás. Esses novos movimentos políticos, aparentemente no limite da legalidade institucionalizada pode ser intitulado de golpe suave.

O que desperta a atenção na versão de golpe suave é a participação da burocracia judicial na efetivação do golpe. O próprio Judiciário acionado para se manifestar, pontuou que não cabia a ele a revisão do mérito da decisão do impeachment, e sim somente poderia analisar questões procedimentais. Com isso o impeachment de Rousseff serviu como um remédio político para deposição de governo que não tinha mais o apoio político e midiático.

A modernização dos golpes de deposição é evidente, já que em décadas passadas o uso das forças armadas era um fator decisivo e preponderante. O desenvolvimento dos novos movimentos golpistas, sejam eles suaves, revela-se que o elemento jurídico, o Direito, passa a ser palco de disputas e narrativas por todas as forças políticas e sociais envolvidas. Do ponto de vista estratégico, ao não se recorrer à violência abertas das forças armadas (ou somente utilizar desta opção em caso de aberta resistência), a luta passa ser judicial e o domínio do espaço da burocracia judicial se revela decisivo.

Três grandes nomes do pensamento constitucional e político contemporâneo advertiram o prejuízo que a sociedade paga quando o Direito é usado como arma política contra adversários. Ernst Fraenkel publica em 1938 o seu conceito de “Estado dual”, disserta o autor sobre um “Estado normativo” e outro de “prerrogativas”. Franz Neumann responde por um dos clássicos sobre o nazismo na Alemanha e sua atuação sobre instituições, com a obra “Behemot”, em 1942. Otto Kirchheimer produz o excelente “Justiça Política” em 1961, que lembra a tragédia que se opera quando a “neutralidade da Justiça passa ser apenas um mito”.

O Direito como arma política contra adversários exige especial atenção dos observadores da cena jurídica e política; mas principalmente de quem está no jogo político. O “halo” de justiça que transfere ao Direito não é facilmente respondido pela vítima da perseguição: a alegação será sempre que se deu o que estava na lei; portanto, no Estado de Direito. E a arma política realmente estava no Direito, devidamente validada. Requer-se certo domínio do manejo intelectual para que se compreenda a complexidade do que está em disputa.

O golpe suave se circunscreve neste rol de descrição. Não foi o único na América Latina. Infelizmente, parece que não será o último. A pertinência do caso conduz a rejeição das práticas institucionais de proteção ao Estado Democrático de Direito, a renúncia do sistema de freios e contrapesos, bem como do despreparo do Poder Judiciário face a questões eminentemente políticas as quais conturbam o exercício da democracia.

REFERÊNCIAS

- BADARÓ, Marcelo Mattos. *O governo João Goulart: novos rumos da produção historiográfica*. Revista Brasileira de História, v. 28, n. 55, São Paulo, jan./jun. 2008.
- BAHIA et al. *O Impeachment e o Supremo Tribunal: História e teoria constitucional Brasileira*. Editora Empório do Direito. 2016.
- BANDEIRA, Moniz. *O governo João Goulart: as lutas sociais no Brasil*. São Paulo: Editora UNESP, 2010. 8ª edição.
- BERCOVICI, Gilberto. *Consulta do Ilustre Advogado Fábio Croce Caetano*. Mimeo. 2015.
- BONAVIDES, Paulo. *Do País Constitucional ao País Neocolonial (a derrubada da Constituição e a recolonização pelo golpe de Estado Institucional)*. Editora Malheiros. 2009.
- B, Alexandre, Juan Sebastian Chavarro, Raiesa Frazer, Rachael Hilderbrand, Emma Tyrol. *Soft Coup in Brazil: A Blow to Brazilian Democracy*. Research Associates at the Council on Hemispheric Affairs, 2016.
- BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. Parecer Jurídico: *O Processo de Impeachment e as Esferas de Autorização pela Câmara dos Deputados. Limites e Possibilidades de Controle Judicial*. Belo Horizonte: 2016. Disponível em: http://papers.ssrn.com/sol3/cf_dev/AbsByAuth.cfm?per_id=1470905. Acesso em 12 set. 2018.
- CHEMERINSKY, Erwin. *Interpreting the constitution*. New York: Praeger, 1987.
- CRETELLA JÚNIOR, José. *Do Impeachment no Direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.
- DELGADO, Lucília Almeida Neves de. *O Governo João Goulart e o golpe de 1964: memória, história e historiografia*. 2010. Consulta: 13 de junho de 2018. Disponível em: <<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=167013403006>>.
- DREIFFUS, René Armand. 1964: *A Conquista do Estado*. Petrópolis, RJ: Vozes, 1981.
- DULCI, Otávio. *A UDN e o Antipopulismo no Brasil*. Belo horizonte: Editora UFMG/PROED, 1986.
- FERNANDES, Florestan. *O significado da ditadura militar*, in: Caio Navarro Toledo (org.), 1964: visões críticas do golpe – democracia e reformas no populismo, Campinas, Editora da UNICAMP, 1997.

FERREIRA, Jorge. *A estratégia do confronto: A Frente de Mobilização Popular*. in: Revista Brasileira de História. São Paulo, Anpuh, vol. 24, n. 47, jan./jun. 2004

FICO, Carlos. O grande irmão. *Da Operação Brother Sam aos anos de chumbo. O governo dos Estados Unidos e a ditadura militar brasileira*. Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 2008.

MORAES, Filomeno. Luis Lima Verde Sobrinho. *Quedas Democráticas de Governo: o IMPEACHMENT no presidencialismo brasileiro comparado ao voto de desconfiança nos sistemas parlamentares*. Rev. Direitos Fundam. Democ. v. 21, n. 21, p. 45-71, dez. 2016.

FIGUEIREDO, Argelina Cheibub. *Democracia ou Reformas? Alternativas democráticas à crise política – 1961-1964*. Rio de Janeiro, Paz e Terra, 1999.

GORENDER, Jacob. *Sociedade Cindida*. Revista Teoria e Debate, São Paulo, n.57, mar. /abr. 2004.

HAMILTON; MADISON, JAY. *O Federalista*. Belo Horizonte, Editora Líder, 2003.

LACLAU, Ernesto. *La razón populista*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2009.

LENZ, Carlos Eduardo Thompson Flores. *A intervenção do Poder Judiciário no Processo de “Impeachment”*. Revista dos Tribunais Volume 695, p. 262/264.

LIMA, Martonio Mont’Alverne Barreto. *Não há elementos jurídicos para a admissão de impeachment de Dilma*. Carta Maior, 2015. Disponível:<
<https://www.cartamaior.com.br/?/Editoria/PrincipiosFundamentais/Ives-Gandra-um-parecer-a-servico-do-vale-tudo/40/32808>>. Acesso em: 02 fev 2019.

MELO, Marcus André. *Crisis and integrity in Brazil*. In: Journal of Democracy. Vol. 27, n. 02. April, 2016.

MOUFFE, Chantal. *Für einen linken Populismus*. Frankfurt/M.: Suhrkamp, 2018.

PIÇARRA, Nuno. *A Separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional: um contributo para o estudo das suas origens e evolução*. Coimbra Editora. 1989.

PINTO, Paulo Brossard de Souza. *O Impeachment: aspectos da responsabilidade política do presidente da República*. 3.ed. São Paulo, 1992.

PÉREZ-LIÑÁN, Aníbal. *Juicio político o golpe legislativo? Sobre las crisis constitucionales en los años noventa*. In: *América Latina Hoy*. N. 26. Diciembre, 2000.

PÉREZ-LIÑÁN, Aníbal. *Presidential impeachment and the new political instability in Latin America*. New York: Cambridge University Press, 2007.

PÉREZ-LIÑÁN, Aníbal. *A two-level theory of presidential instability*. In: *Latin America Politics and Society*. Vol. 56, N. 01. 2014.

RIBEIRO, Ricardo Lodi. Parecer. Consultante: Alessandro Lucciola Molon. Objeto: *Pedido De Impeachment Da Presidente Dilma Rousseff – Aspectos Orçamentários – Normas De Direito Financeiro Falta De Amparo Jurídico Do Pedido*. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2015-dez-04/ricardo-lodi-pedaladas-hermeneuticas-pedido-impeachment>. Acesso em 4 Dez 2015.

RICCITELLI, Antônio. *Impeachment à brasileira: instrumento de controle parlamentar?* Imprensa: São Paulo, Manole, 2006.

SANTOS, Wanderley Guilherme. *Sessenta e quatro: anatomia da crise*. Rio de Janeiro, Vértice, 1986.

SOUZA, Jessé. *A Radiografia do Golpe: entenda como e por que você foi enganado*. Rio de Janeiro. Editora Leya, 2016.

SOUZA, Jessé. *A Tolice da Inteligência Brasileira: ou como o país se deixa manipular pela elite*. Rio de Janeiro Editora Leya, 2015.

SUNSTEIN, Cass. *Impeaching the president*. In: University of Pennsylvania Law Review. Vol. 147, N. 02. December 1998.

SUNSTEIN, Cass. *One case at a time: judicial minimalism on the Supreme Court*. Cambridge: Harvard University Press, 1999

STARLING, Heloisa. *Os senhores das gerais – os novos inconfidentes e o golpe de 1964*. Petrópolis: Vozes, 1986.

TÁCITO, Caio. *O desvio de poder no controle dos atos administrativos, legislativos e jurisdicionais*. In: Revista de Direito Administrativo. Vol. 188, 1992.

TOLEDO, Caio Navarro. *1964: golpismo e democracia. As falácias do revisionismo, Crítica Marxista*. n. 19, 2004.

TOLOMEI, Fernando Soares; Amaral, Sérgio Tibiriçá. *O Poder Judiciário Frente Ao Impeachment*. 2010.

Data de Recebimento: .

Data de Aprovação: .

LIBERDADE DE EXPRESSÃO E PROPAGANDA ELEITORAL: ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL DE 2014 A 2019

FREEDOM OF EXPRESSION AND ELECTORAL PROPAGANDA: ANALYSIS OF THE JURISPRUDENCE OF THE SUPERIOR ELECTORAL COURT FROM 2014 TO 2019

Lucas Catib de Laurentiis*

Frederico Boldrin Ferraciolli**

RESUMO

Resumo: Essa pesquisa aborda o conceito, os limites e as tensões geradas pelo direito fundamental à liberdade de expressão, tendo como foco a jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral no período de 2014 a 2019. No aspecto conceitual, o artigo investiga o conceito, os fundamentos teóricos que justificam a garantia constitucional desse direito e, finalmente, os limites incidentes sobre o exercício de tal direito fundamental. Sob essa perspectiva, o artigo realiza uma revisão bibliográfica a respeito de textos clássicos que trataram do tema da liberdade de expressão. No que diz respeito aos limites dogmáticos de tal direito fundamental, foram analisados os detalhes e as características da proteção constitucional da liberdade de expressão. A pesquisa foi desenvolvida com base no método de análise documental, que busca inferir os contornos do direito fundamental em tematizado com base em decisões judiciais e suas fundamentações.

Palavras-chave: Direito fundamentais; Liberdade de expressão; Propaganda eleitoral e política; Jurisprudência TSE.

ABSTRACT/ RESUMEN

Abstract: This research addresses the concept, limits and tensions generated by the fundamental right of freedom of expression, focusing on the jurisprudence of the Superior Electoral Court from 2014 to 2019. In the conceptual aspect, the article investigates the concept, the theoretical foundations that justify the constitutional guarantee of this right and, finally, the limits of the exercise of such fundamental right. From this perspective, the article performs a bibliographic review on classic texts that dealt with the theme of freedom of expression. Regarding the dogmatic limits of such fundamental right, the details and characteristics of the constitutional protection of freedom of expressions were analyzed. The research was developed based on document analysis method, which seeks to infer the contours of the fundamental right in themed based on court decisions and their rationales.

Key words: Fundamental rights; Freedom of speech; Electoral and political advertising; TSE case law.

* Professor Titular Categoria A1 da PUC-Campinas. Mestre e doutor em Direito constitucional pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. <http://lattes.cnpq.br/2294492760875997>, <https://orcid.org/0000-0001-5596-6695>, lucas.laurentiis@gmail.com.

** Cursando o 9º semestre do curso de direito na Pontifícia Universidade Católica de Campinas. <http://lattes.cnpq.br/7168337748644312>, <https://orcid.org/0000-0002-8355-2008>, boldrinfrederico@gmail.com.

INTRODUÇÃO

Em tempos de polarização política, a manifestação partidária está no centro do debate. Discursos de ódio, participações em debates políticos, financiamentos de campanhas eleitorais, fake news. Hoje, todos estão acostumados com esses conceitos e com as tensões jurídicas, políticas e morais por eles geradas. Afinal, o candidato que ataca opositores, incentiva a prática da violência e a perseguição de minorias, enfim, se vale de notícias falsas ou fabricadas para se eleger, deve ter a sua candidatura cassada? Sob o ponto de vista constitucional, o direito fundamental à liberdade de expressão, suas características e limites constitucionais, é a peça fundamental para a solução dessa questão. Ele permeia casos que envolvem aspectos relacionados ao direito e à moral como, por exemplo, a publicação de biografias não autorizadas¹, a comercialização de livros controversos ou extremistas², as manifestações políticas a favor de regimes violentos e ditatoriais, entre outros.

Qual é o sentido atribuído a esse direito pelos tribunais eleitorais? Distanciando-se dos modelos de controle do processo eleitoral praticados no direito comparado, o Brasil criou uma justiça especializada, inteiramente dedicada à análise de questões eleitorais. A ela compete o controle da realização de convenções partidárias, tomada de contas eleitorais, as inscrições de candidaturas, a formação de coligações e, enfim, avaliar os limites possíveis da propaganda eleitoral.

Há aqui uma hipótese de controle, admitido e regulado por lei, do exercício do direito fundamental à liberdade de expressão. E tal regulação tem uma finalidade aparentemente nobre: ela visa garantir que o direito ao voto seja exercido da maneira mais consciente e lúcida possível, características que podem ser contaminadas por propagandas falsas ou que gerem comoção emocional nos eleitores. Mas até que ponto essa regulamentação pode ser realizada sem se tornar um exercício de tutela estatal não só sobre a expressão dos candidatos, mas também e sobretudo, sobre o ato de escolha dos eleitores? E como é possível que o Estado exerça uma espécie de tutela da expressão realizada no período eleitoral sem que ele mesmo se torne um órgão partidário de algum dos polos ideológicos que disputam o poder?

Buscando responder a essas perguntas, essa pesquisa desenvolveu uma análise empírica da jurisprudência recente do Tribunal Superior Eleitoral (TSE). Seu objetivo é, portanto, antes de mais nada, lançar luzes a essa jurisprudência e identificar o seu sentido e direcionamento.³ Mas não só, pois além de tal análise empírica, essa pesquisa adota também uma perspectiva dogmática, por meio da qual se busca avaliar se a orientação jurisprudencial do TSE se adequa aos padrões normativos de proteção constitucional da

¹ Reclamação n. 38201-SP, relator Min. Alexandre de Moraes, j. 18 de dezembro de 2019, DJe-019 de 03 de fevereiro de 2020.

² HC 82424, relator Min. Moreira Alves, Relator para o acórdão Maurício Corrêa, Tribunal Pleno, j. 17 de setembro de 2003, DJ 19 de março de 2004.

³ Para uma pesquisa similar, mas com base nos precedentes do STF, ver: Napolitano, 2019.

liberdade de expressão. Os itens seguintes desenvolverão essa análise, mas antes é preciso determinar os critérios da coleta de jurisprudência realizada nesta pesquisa.

Metodologia aplicada

Esta pesquisa se insere no campo da dogmática jurídica e da análise empírica do direito constitucional. Ela busca identificar padrões decisórios e características do direito fundamental abordado. Importa, portanto, delimitar o conteúdo da liberdade de expressão, tendo em conta, sobretudo, a jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral. No ângulo dogmático, para alcançar esse objetivo, serão utilizados textos que servirão de fundamento para determinar o conteúdo protegido da liberdade de expressão. Essa reflexão é necessária, tendo em vista a necessidade de se realizar uma análise fundamentada das questões tratadas nos acórdãos selecionados. Sob a perspectiva da pesquisa empírica, o objeto do estudo é composto por decisões judiciais colegiadas coletadas em site disponibilizado pelo próprio TSE.⁴ Sempre com base neste mecanismo, foram aplicados os seguintes filtros na seleção dos julgados.

Primeiro, considerando que a jurisprudência do TSE é composta não só por decisões colegiadas, mas também liminares, sejam elas monocráticas ou colegiadas. A multiplicação de decisões monocráticas nos tribunais brasileiros é notória, fato que é constatado tanto nas instâncias superiores, quanto nas de base.⁵ Sem desconsiderar essa peculiaridade, neste trabalho foram selecionados somente os casos que culminaram em decisões colegiadas, critério que tem o objetivo de filtrar os casos mais polêmicos e com maior repercussão social e jurídica. Aplicado esse primeiro filtro, a pesquisa de jurisprudência do TSE utilizou o seguinte critério de busca de dados: “propaganda adj eleitoral liberdade adj expressão”, sabendo-se que o conector adj indica a busca de palavras aproximadas. Foi ainda aplicado um filtro delimitador temporal na busca do objeto: foram selecionados os casos julgados de janeiro de 2014 até janeiro de 2019. Este critério temporal foi aplicado com o objetivo de se selecionar os julgamentos que dizem respeito às duas últimas eleições presidenciais, partindo, mais uma vez, do pressuposto de que o trabalho visa identificar os casos de maior relevância da jurisprudência do TSE. Como resultado, foram identificados 57 casos que discutem os limites do exercício da liberdade de expressão em período eleitoral. Esses julgamentos delimitaram o objeto da pesquisa.

Refinamento da triagem dos acórdãos e temas pesquisados

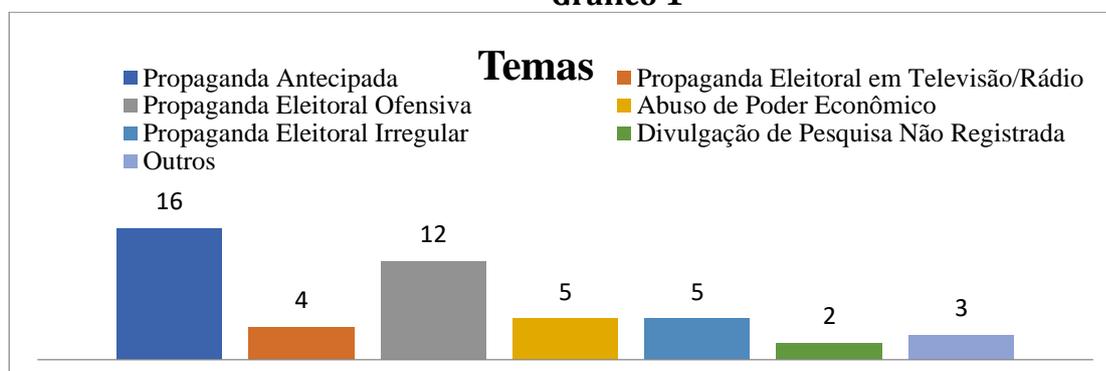
Ocorre que após a aplicação dos referidos filtros, muitos julgados se mostraram repetitivos ou não tratavam da questão central proposta pelo trabalho. Foi necessário, então, refinar o objetivo da pesquisa empírica. Foi realizada uma nova triagem dos

⁴ Disponível em: <http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/decisoes/jurisprudencia>.

⁵ Para uma análise quantitativa da evolução das decisões liminares monocráticas na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, ver: Arguelles; Ribeiro, 2018, p. 20.

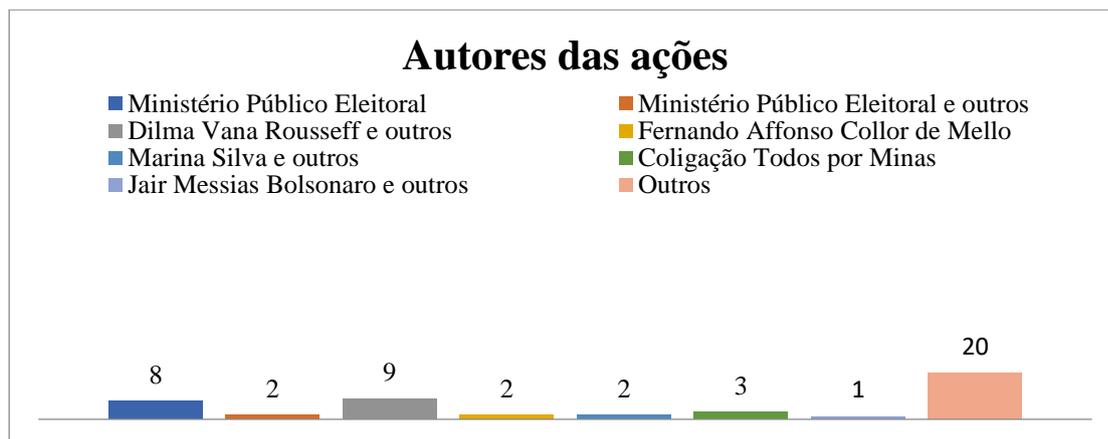
resultados. Com isso, dos 57 casos pré-selecionados pelo sítio eletrônico do TSE, 47 foram admitidos como objeto da pesquisa, conforme gráfico abaixo, na qual todos os processos são identificados por sua numeração no TSE. Nos demais acórdãos, o mérito do processo não foi analisado, seja por conta da composição entre as partes, nulidades processuais, desistência da ação ou por se tratarem de acórdãos que simplesmente estabelecem astreintes, ou seja, medidas coercitivas feitas através de aplicação de multa processual. Com base nesse resultado, foram elaborados os Gráficos 1, 2 e 3, que indicam a incidência e a distribuição de temas discutidos nos processos, assim como os autores e resultados dos acórdãos. Como se pode observar nesses Gráficos, a maior parte das ações foram desprovidas pelo TSE e o tema de maior incidência dos acórdãos foi a propaganda eleitoral antecipada. No Gráfico 1 são apresentados os temas abordados nas decisões coletadas.

Gráfico 1



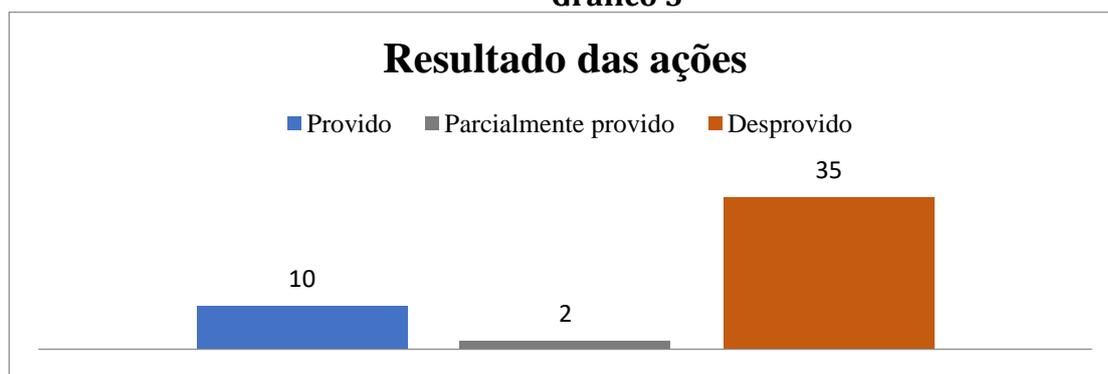
Em sua maioria (28 casos), esses temas foram judicializados pelo Ministério público eleitoral, o que indica não só a forte atuação deste órgão junto ao TSE, mas também é um indicativo de que os reais atores da disputa (partidos, coligações e candidatos) têm uma função secundária no processo de judicialização desta matéria. Este é um dos indicativos de que não só as eleições, mas o controle do discurso e da expressão em matéria eleitoral, segue uma tendência, no Brasil, de progressivo controle estatal e ingerência de órgãos oficiais. Fora isso, observa-se que metade das ações propostas pelo MPE dizem respeito ao tema propaganda antecipada, o que à primeira vista indica a preocupação deste ator processual em assegurar a paridade de armas no processo eleitoral.

Gráfico 2



Por sua vez, o Gráfico 3 demonstra o alto índice de desprovimentos das demandas formuladas ao TSE que dizem respeito ao exercício da liberdade de expressão em período eleitoral. O maior número de desprovimento tem relação com o tema da propaganda eleitoral ofensiva, grupo em que 11 ações foram desprovidas e apenas 1 provida pelo TSE⁶. Em sua maioria, estes recursos foram propostos pela coligação "Com a Força do Povo", encabeçada pela ex-Presidenta Dilma Vana Rousseff (9 recursos), seguido pelas coligações da ex-candidata Marina Silva (2 recursos) e do ex-candidato Aécio Neves (1 recurso). Destes, o maior número de provimentos ocorreu em demandas que tratam do tema da propaganda eleitoral antecipada, com um total de 7 casos providos. Como indicado no Gráfico 3, houve apenas 2 casos de parcial provimento, sendo que um deles também tratou do tema da propaganda eleitoral antecipada⁷ e, o outro, dos temas de abuso de poder econômico, uso indevido dos meios de comunicação social e propaganda negativa⁸.

Gráfico 3



Considerando todos esses fatores e observando a delimitação do objeto da pesquisa, os temas foram distribuídos pelos assuntos mais suscitados no processo, como

⁶ Representação n. 172.445, relator Min. Admar Gonzaga, publicada em sessão de 21 de outubro de 2014.

⁷ Agravo Regimental em Recurso Especial Eleitoral n. 2931, Relator Min. Luís Roberto Barroso, DJE-238, j. em 03 de dezembro de 2018, pp. 97-98.

⁸ Recurso Especial Eleitoral n. 93389, relatora Min. Luciana Lóssio, DJE-39, j. em 27 de fevereiro de 2015, p. 74.

constam da ementa dos acórdãos. No entanto, é de se observar que esses temas não são, necessariamente, excludentes entre si, podendo um assunto ser permeado por outro. É o caso, por exemplo, da Representação n. 060.120.834, ajuizada pela Coligação "Partido Novo" em face da Coligação "O Povo Feliz de Novo" (PT/PC do B/PROS), em razão de suposta propaganda eleitoral irregular veiculada através de televisão, o que teria beneficiado o ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva e "confundido" o eleitor. Da ementa do acórdão extrai-se que o assunto nele tratado foi a "propaganda eleitoral em televisão" e, por essa razão, essa decisão foi inserida no conjunto do tema "propaganda eleitoral em televisão/rádio" e não em "propaganda eleitoral irregular". Isso não exclui o fato de que os temas foram tratados no acórdão. Tais distinções, embora muitas vezes tênues, foram expostas nas ementas dos processos consultados e, por isso, com base nesse critério foram divididos os temas do Gráfico 1. Isso quer dizer que, o núcleo da ação pode tratar de determinado tema, o que não exclui a possibilidade de discussões paralelas ou laterais.

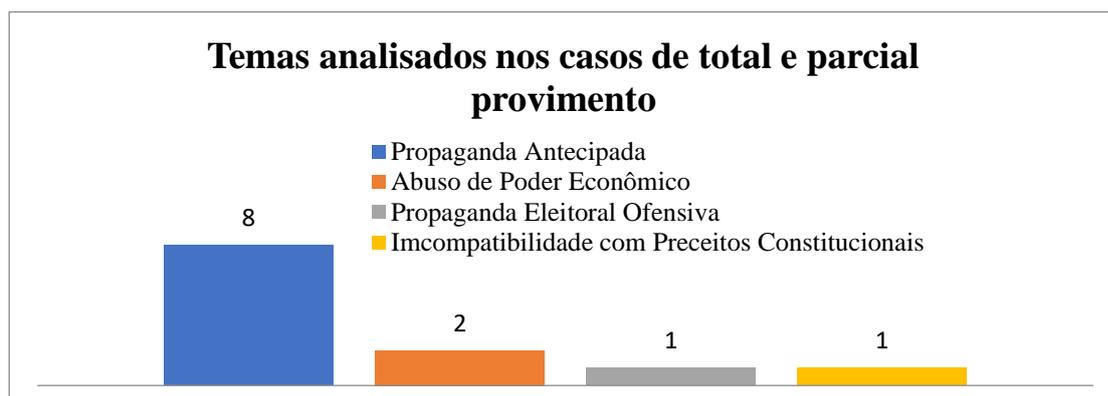
Estes casos se referem ao tema propaganda ofensiva e neles se demanda, em síntese, o direito de resposta. No grupo "outros", foram catalogados 20 autores expostos na tabela. São ações propostas por coligações ou políticos diversos que demandaram, em muitos casos, uma mesma demanda, sendo distribuídos de tal maneira apenas por questão espacial. A identificação dos autores das demandas se mostrou importante para se verificar se os julgamentos favorecem algum ator processual, o que poderia significar uma tendência partidária do Tribunal. Fora isso, essa identificação foi importante para se aferir o nível de controle de empregado pelo TSE sobre a liberdade de expressão varia de acordo com o autor da demanda.

Enfim, essas considerações indicam que o TSE adota compreensões diferenciadas acerca do nível de proteção da liberdade de expressão em período eleitoral de acordo não só com procedimento judicial aplicado e em função do tema analisado na demanda, mas também em função do autor do recurso. O objetivo desta pesquisa será justamente avaliar quais são esses critérios e de que forma o TSE justifica essa forma de diferenciação.

Análise dos julgamentos de procedência total e parcial

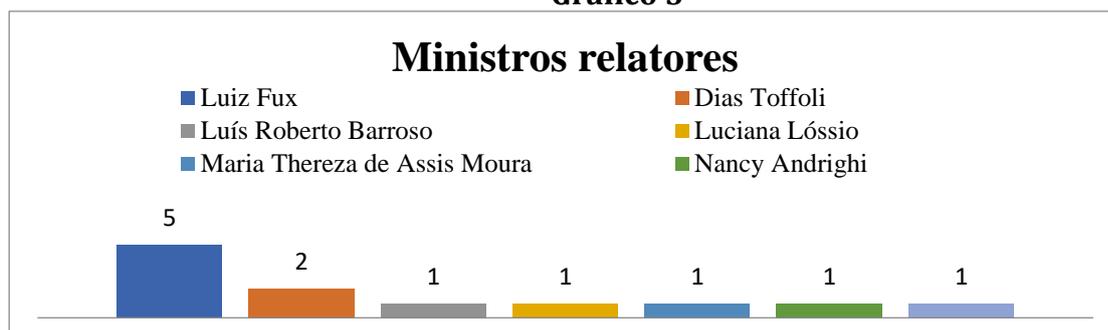
Dos 47 casos analisados, 12 sofreram alterações no TSE, sendo que 10 deles foram providos totalmente e 2 providos parcialmente. Estes casos que serão objetos de análise qualitativa e aprofundada, pois neles os magistrados aprofundaram a análise do tema debatido no processo. Examinando esses processos, foram elaborados o Gráfico 4, no qual se discrimina os temas dos respectivos casos, e o Gráfico 5, em que são indicados os ministros relatores dos processos e a quantidade de casos relatados por eles.

Gráfico 4



Extrai-se do Gráfico 4 que, dos 12 casos total ou parcialmente providos no período selecionado, 8 tratavam do tema da propaganda eleitoral antecipada. As fundamentações dessas decisões indicam que o TSE segue alguns parâmetros normativos para caracterizar propaganda eleitoral como antecipada, dentre eles, o pedido explícito de votos e a violação ao princípio de oportunidades entre os candidatos. Já o Gráfico 5 indica a distribuição dos relatores nos respectivos julgamentos.

Gráfico 5



Em suma, a Corte entende que ações parlamentares que somente enaltecem as obras, projetos e feitos de um integrante do partido, não são suficientes para ultrapassar os limites admitidos para o exercício da liberdade de expressão e de informação em período eleitoral. Nesses julgamentos há inclusive a indicação de que a exposição de obras públicas é uma forma de prestação de contas do mandatário frente aos eleitores, que devem conhecer suas realizações para avaliar seu trabalho e, se for o caso, reconduzi-lo ao cargo que ocupa na administração pública. A título de exemplo, de acordo com a Ementa do acórdão proferido no Recurso Especial Eleitoral n. 5124- MG, relatado pelo Ministro Luíz Fux, considera-se que:

A ratio essendi subjacente ao art. 36, caput, da Lei das Eleições, que preconiza que a propaganda eleitoral somente será admitida após 15 de agosto do ano das eleições, é evitar, ou, ao menos, amainar a captação antecipada de votos, visando a não desequilibrar a disputa eleitoral, vulnerar o postulado da igualdade de

chances entre os candidatos e, no limite, comprometer a própria higidez do prélio eleitoral (...) a liberdade de expressão reclama proteção reforçada, não apenas por encerrar direito moral do indivíduo, mas também por consubstanciar valor fundamental e requisito de funcionamento em um Estado Democrático de Direito, motivo por que o direito de expressar-se - e suas exteriorizações (informação e de imprensa) - ostenta uma posição preferencial (preferred position) dentro do arquétipo constitucional das liberdades.

No mesmo sentido dessa citação, em 5 dos 8 acórdãos que envolvem o tema de propaganda antecipada — todos relatados pelo Ministro Luiz Fux — foi reconhecido que a liberdade de expressão é um direito que ocupa uma “posição preferencial”⁹. Mas essa afirmação genérica é fonte de dúvidas, pois não se sabe ao certo o que essa “posição preferencial” significa. Se considerada a legislação eleitoral e o teor dos acórdãos coletados nesta pesquisa, ela não quer dizer que a liberdade de expressão dos candidatos sempre e necessariamente prevalecerá sobre o dever de se garantir condições de igualdade de condições no processo eleitoral. Ao contrário, há inúmeros casos e situações em que se admite a restrição ou o completo afastamento dessa liberdade em favor de outras considerações. Dentre os exemplos a esse respeito, podem ser citadas as proibições de showmícios¹⁰, da utilização de “meios publicitários destinados a criar artificialmente, na opinião pública, estados mentais, emocionais ou passionais”¹¹, enfim, a proibição da propaganda política puramente negativa – aquela propaganda que simplesmente ataca o adversário e, por isso, é considerada não propositiva pela jurisprudência e pela literatura¹². Esta última hipótese é altamente problemática, pois não há uma distinção clara entre os conceitos de “propaganda negativa” e “propaganda positiva”. Afinal, quando um candidato afirma que priorizará a educação e não a economia ou a construção civil, como ocorreu no governo anterior, está automaticamente criticando, de forma negativa e indireta, a gestão anterior. Sem isso, a proibição da propaganda negativa não é só arbitrária, mas também ineficaz, pois muitas críticas podem ser realizadas sem se atacar

⁹ Ver Recurso Especial Eleitoral n. 5124, relator Min. Luiz Fux, publicada em sessão de 18 de outubro de 2016; Agravo Regimental em Agravo de Instrumento n. 448351, relator Min. Luiz Fux, DJE de 17/ de junho de 2016, p. 48-49; Agravo Regimental em Agravo de Instrumento n. 14248, relator Min. Luiz Fux, DJE - Diário de justiça eletrônico de 25 de abril de 2016, p. 33-34; Agravo Regimental em Recurso Especial Eleitoral n. 22217, relator Min. Luiz Fux, DJE - Diário de justiça eletrônico-158, de 20 de agosto de 2015, p. 30/31 e Agravo Regimental em Recurso Especial Eleitoral n. 52191, relator Min. Luiz Fux, DJE - Diário de justiça eletrônico-147, de 04 de agosto de 2015, p. 227/228.

¹⁰ Dispõe a esse respeito o artigo 39, §7º, da Lei 9.504, ser “proibida a realização de showmício e de evento assemelhado para promoção de candidatos, bem como a apresentação, remunerada ou não, de artistas com a finalidade de animar comício e reunião eleitoral”. Tal dispositivo é hoje questionado quanto à sua constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal, em ação relatada pelo Min. Luiz Fux (ADI 5970), juntamente em razão da intervenção no âmbito constitucional de proteção da liberdade de expressão.

¹¹ Conferir, a esse respeito o art. 242, do Código Eleitoral Brasileiro, que já serviu de fundamento para os mais diversos pedidos de suspensão de propaganda eleitoral, desde aquelas que relembram a morte de ex-candidatos à presidência, até aquelas que sugerem que medidas de liberalização da economia (privatização do Banco central) podem retirar o poder aquisitivo da população de mais baixa renda.

¹² Essa orientação foi firmada pelo TSE no julgamento da Representação n. 1724/2014, em que se assentou que “o horário eleitoral não é ambiente próprio para ataques e ofensas, com críticas destrutivas ao adversário, com nítido desvirtuamento do espaço reservado à propaganda eleitoral”. A esse respeito, na literatura eleitoral, ver: Gomes, 2018, p. 502-503.

diretamente o outro candidato, sobretudo quando este representa o governo (Borba, 2015). Além disso, a crítica ao governo e às políticas públicas realizadas durante o mandato são um fator importante no debate público de ideias. Por meio da crítica, muitas vezes áspera, se possibilita a avaliação das virtudes e defeitos da gestão realizada durante o mandato político. Sem essa possibilidade, o gestor público ficará na prática imunizado a críticas contra os atos praticados em seu mandato (Meyer, 1996, p. 442).

Um exemplo contundente dessa orientação pode ser encontrado na Representação n. 172.445, ajuizada pela coligação “Muda Brasil” (encabeçada pelo PSDB e em favor do seu candidato à presidência da República, Aécio Neves), no ano de 2014, em face da coligação “Com a Força do Povo” (comandada pelo PT e em defesa de sua candidata, Dilma Vana Rousseff) em razão da veiculação de peça publicitária eleitoral com o alegado intuito de ridicularizar o candidato Aécio Neves da Cunha.¹³ Na ementa deste acórdão se afirmou que “o horário eleitoral não é ambiente próprio para ataques e ofensas, com críticas destrutivas ao adversário, com nítido desvirtuamento do espaço reservado à propaganda eleitoral. Eventuais críticas e debates, ainda que duros e ásperos, devem estar relacionados com as propostas, os programas de governo e as questões de políticas públicas”. Há contradição na passagem, pois críticas e debates duros e ásperos são também críticas destrutivas. Mais do que isso, nela são utilizados conceitos imprecisos para silenciar o debate político realizado em período eleitoral, pois não há indicação do significado de noção de “crítica destrutiva” e justamente por isso não se sabe o que significa o “desvirtuamento” do espaço da propaganda eleitoral.

Sem a definição do que esses termos significam, a proibição da propaganda eleitoral negativa soa não só como um ato arbitrário de cerceamento do exercício da liberdade de expressão, mas também como uma porta aberta para o TSE criar instrumentos de controle do conteúdo da expressão admitida no processo eleitoral por via jurisprudencial e com isso definir, sem fundamentos ou parâmetros claros, o que o eleitor deve ou não ouvir durante a campanha eleitoral (Silva; Helpa, 2017, p. 53).

Outro exemplo de tal controle de conteúdo da expressão é encontrado no acórdão proferido no Recurso Especial Eleitoral n. 93.389, ajuizado pela “Coligação Unidos por Lavras”, em razão de suposto desgaste, através de publicações periódicas na imprensa local, da imagem da Prefeita e do candidato Silas Pereira, assim como do enaltecimento do candidato à prefeito, Marcos Cherem. Por unanimidade, o Tribunal entendeu que houve abuso dos meios de comunicação social (mas não abuso econômico) e, por isso, proveu parcialmente o recurso para cassar o mandato eletivo. Em sua fundamentação, a Ministra relatora afirma que, embora haja a possibilidade de a imprensa escrita adotar posição favorável a certa candidatura, não é possível “tolerar os excessos que descabem para a propaganda negativa do adversário”. Mas a relatora não diz porque a manifestação

¹³ De acordo com os demandantes a peça publicitária violaria o disposto no artigo 53 da Lei das Eleições, segundo o qual “Não serão admitidos cortes instantâneos ou qualquer tipo de censura prévia nos programas eleitorais gratuitos. § 1º É vedada a veiculação de propaganda que possa degradar ou ridicularizar candidatos, sujeitando-se o partido ou coligação infratores à perda do direito à veiculação de propaganda no horário eleitoral gratuito do dia seguinte. § 2º Sem prejuízo do disposto no parágrafo anterior, a requerimento de partido, coligação ou candidato, a Justiça Eleitoral impedirá a reapresentação de propaganda ofensiva à honra de candidato, à moral e aos bons costumes”.

de um meio de comunicação a favor de um candidato é protegida e os discursos desfavoráveis, que “descabem para a propaganda negativa do adversário” não são. A única passagem do acórdão que toca esse ponto diz que “[a] liberdade de imprensa, embora reconhecida como um dos pilares da democracia, não pode contra esta se voltar, por não ser direito absoluto”, o que não explica nada, primeiro porque nenhum direito é absoluto, o que não autoriza o controle de conteúdo da expressão, segundo porque a imprensa define as suas próprias pautas e direcionamentos, sem que com isso ela se volte contra si mesma.

A “proteção reforçada” a que se refere o Ministro Luiz Fux existe, portanto, na medida em que o TSE admite e aplica esse “reforço”, o que não só gera uma situação de instabilidade da proteção da liberdade de expressão, mas também gera um efeito resfriador (*Chilling effect*) do debate político, pois o candidato que não tem segurança para exercer o seu direito à livre manifestação de pensamento tende a simplesmente permanecer calado. Essa é uma situação paradoxal, pois se a liberdade de expressão é um pressuposto essencial da democracia, esse direito deveria ser exercido em sua plenitude justamente no período eleitoral, pois essa é uma ocasião em que o cidadão tem direito de receber toda e qualquer informação, positiva ou negativa, acerca de fatos e circunstâncias envolvendo os candidatos e partidos políticos que disputam o pleito. Na prática, é justamente o contrário que ocorre. Para ajustar os rumos dessa orientação, é preciso voltar aos fundamentos da proteção constitucional da liberdade de expressão, ponto que é abordado e aprofundado no item seguinte.

Proteção constitucional da liberdade de expressão

Em termos dogmáticos, a liberdade de expressão é tratada em diversas passagens da Constituição brasileira. O inciso IV, do artigo 5º trata de sua forma mais elementar: o direito de manifestar ideias ou pensamentos. O texto constitucional não se conecta necessariamente à expressão de palavras, como ocorre no texto da primeira emenda à Constituição norte-americana, do que se infere que a proteção constitucional incide sobre quaisquer atos ou ações que façam com que o pensamento seja real ou potencialmente transmitido ao público. Expressões corporais, sinais ou símbolos também atraem a proteção constitucional, portanto. Ao mesmo tempo, o substantivo definido “pensamento” não se refere aqui ao simples ato de pensar, mas sim ao pensamento (ideias) que são compartilhadas com o público por meio da manifestação. O pensar que se protege com a liberdade de expressão é um pensamento compartilhado, socializado e construído, por meio do diálogo intersubjetivo. Sem deixar de ser um direito de defesa, que impede a intromissão não justificada em seu conteúdo protegido, a liberdade de expressão se apresenta, assim, como um direito intrinsecamente social, pois o que se protege é o pensamento que foi de alguma forma transmitido a outrem, não a reflexão individual (Grimm, 2010, p. 11). Um problema grave é gerado pela cláusula restritiva “sendo vedado o anonimato”, expressão que se encontra presente em praticamente todas as Constituições brasileiras, desde a proclamação da república. O conteúdo normativo subjacente a essa expressão é altamente controverso, pois sua aplicação pressuporia a

identificação prévia de todo e qualquer falante, o que além de impossível do ponto de vista prático, transformaria o Brasil em um Estado plenamente vigiado, em que o ato de se expressar é acompanhado pela vigilância constante exercida pelo poder público. Algo similar ao que ocorre nas mitologias distópicas pensadas por George Orwell (Martins; Laurentiis; Grizotto, 2021).

Em termos teóricos, não são menos desafiadoras as previsões do direito de resposta e o dever de indenização proporcional ao agravo, ambos previstos no V, do mesmo artigo 5º. Primeiro porque, considerado de maneira ampla, o direito de resposta é uma obviedade: assim como todos têm o direito de manifestar seu pensamento, quem se sente afetado por essa expressão de ideias tem o direito de responder com suas próprias ideias. Isso quer dizer que toda ideia e expressão encontra limites em um pensamento contrário, o que cria um “mercado de ideias”, termo que tem pouco a ver com o ganho econômico dos agentes que trabalham com a disseminação do pensamento (jornais e revistas) e muita relação com a busca incessante da construção de uma visão comum, que expresse os valores e de uma dada comunidade (Post, 2000, p. 2363).

O que quer dizer então o direito de resposta na acepção constitucional? Aqui o termo “proporcional ao agravo” é a chave para a compreensão dessa noção, pois o direito de resposta, nesse sentido, não é só o direito de se insurgir contra a manifestação do pensamento que “agrava”, ou seja, atinge outros direitos ou interesses; é também o direito de se manifestar pelos meios e formas equivalentes às que disseminaram as ideias que atingem terceiros. A equivalência aqui, diz o texto, não é idêntica nem poderia ser, o que se exige é uma equivalência proporcional ou similar, pois ninguém pode garantir que um jornal comercializado ou transmitido em certo dia terá o mesmo alcance em uma data posterior. Dado a indeterminação desses conceitos, é necessário que a lei determine o grau de igualdade do direito de resposta a ser concedido ao ofendido, o que a Lei eleitoral faz com razoável precisão, exigindo que a resposta veiculada em meio físico ocorra em “veículo, espaço, local, página, tamanho, caracteres e outros elementos de realce usados na ofensa”, ou então que se empregue “o mesmo impulsionamento de conteúdo eventualmente contratado”, para o caso de respostas veiculadas na internet (art. 58, §3º, I, e IV, da Lei 9.504). Fato é que, sem esses parâmetros, o direito de resposta passa a ser muito difícil, senão impossível, de ser exercido, pois neste caso a sua aplicação exigiria a criação de parâmetros diretamente pela via judicial.

Quanto aos pressupostos de incidência do direito de resposta, a legislação eleitoral fala das hipóteses em que conceitos, imagens ou afirmações são classificados como caluniosos, difamatórios, injuriosos ou, enfim, “sabidamente inverídicos”. Os primeiros conceitos são construções do direito penal. O último necessita de explicação, pois a avaliação do que é sabidamente inverídico depende do critério de verdade adotado. Nesse ponto, o TSE segue uma orientação não interventiva e minimalista, de acordo com a qual o sabidamente inverídico é o fato que “não demanda investigação, ou seja, deve ser perceptível de plano, a olhos desarmados”.¹⁴ Disso se extrai que o direito de resposta deve

¹⁴ Ação Cautelar na Representação n. 121.177, relator Min. Tarcísio Vieira de Carvalho Neto, j. 23 de novembro de 2014.

ser concedido em situações excepcionais, quando a verdade falseada pela propaganda eleitoral for evidente. Mesmo assim, permanecem dúvidas, pois a evidencia da verdade é tão variável e contextual quanto a própria verificação da verdade. No próprio julgamento de onde se retirou essa afirmação há uma prova desse fato, pois nele o voto dissidente (Ministro Gilmar Mendes) considera que a afirmação veiculada na peça publicitária, em que se afirmava que o reconhecimento de autonomia do Banco central representaria a entrega do controle dessa instituição a banqueiros, era evidentemente inverídica. Isso quer dizer que a fórmula utilizada pelo TSE pode conter intervenções excessivas no exercício da liberdade de expressão, mas ela não afasta todos as possíveis arbitrariedades. Aqui é preciso lembrar que a liberdade de expressão não é um direito fundamentado em verdades, mas sim no confronto de ideias. É com base nesse confronto de pensamentos que uma verdade relativa e variável pode de alguma forma ser construída em conjunto e em sociedade, com base em hipóteses, teses e críticas (Laurentiis; Thomazini, 2020). Onde e quando é garantida a liberdade de expressão há verdade mutável, que expressa o pluralismo das diversas visões do mundo da sociedade¹⁵. Como consequência, essa orientação gera o engessamento do debate eleitoral e a alienação do eleitor.¹⁶

Finalmente, os incisos IX e XIV tratam de aspectos similares da liberdade de expressão. No primeiro são indicadas atividades profissionais que se utilizam da expressão para serem realizadas. O artista, o jornalista e o cientista se utilizam dela, liberdade de expressão, afinal, para divulgar o produto de seu trabalho. Mas aqui é preciso ter cuidado, pois isso não quer dizer que essas atividades possam ser reduzidas no simples ato de “manifestar o pensamento”, este protegido pelo inciso IV. Na verdade, todas as atividades indicadas no inciso IX envolvem muitas outras ações que não podem ser reduzidas ao ato de manifestar ideias. Isso é especialmente claro no caso da liberdade artística, que compreende a compra de tintas, telas, instrumentos de modelagem, materiais para construir instalações artísticas, entre outros.

Mais do que isso, o artista pode muito bem elaborar uma peça, escrever um livro ou um poema e se decidir por não propagar essa mensagem, pelos mais diversos fatos ou argumentos, dentre eles por pensar que o público não está preparado para ter acesso a esse tipo de obra artística. Em todos esses casos não há a manifestação de pensamento algum, mas nem por isso que o conteúdo da atividade artística não estará protegido pelo parâmetro constitucional. Situações similares ocorrem com os cientistas e jornalistas, que

¹⁵ A esse respeito, na literatura constitucional norte-americana, defendendo arduamente essa visão que ficou conhecida como a corrente Madisoniana da liberdade de expressão: Maiklejohn, 1961, p. 245.

¹⁶ No mesmo sentido, Felipe Borgea afirma que “O problema central do modelo brasileiro de propaganda reside no excesso de regulamentação imposto pela legislação eleitoral brasileira no que se refere ao seu conteúdo. Desde 1989, ano da primeira eleição presidencial, a lei eleitoral veda a veiculação de mensagens que possam degradar ou ridicularizar partido, candidato ou coligação. O desrespeito a essa norma jurídica acarreta duas consequências para o candidato infrator: a ordem de retirada da peça publicitária do ar e/ou a concessão do direito de resposta ao candidato que se sentir ofendido. O direito de resposta é o artifício que garante ao candidato atacado o direito de usar parte do tempo destinado à propaganda do adversário em sua defesa. O tempo deve ser equivalente ao usado para a ofensa e não pode ser inferior a um minuto. Embora a concessão do direito de resposta seja pouco usual, a presença desse artifício é importante na elaboração das táticas eleitorais devido, sobretudo, à sua influência psicológica: a ameaça de ser punido pela Justiça e perder tempo de televisão para o adversário desperta cautela na hora de atacar” (Borgea, 2015, p. 274).

também necessitam de aparelhos para elaborar a sua pesquisa e de instrumentos de divulgação para alcançar o público, sendo que ambos podem se decidir por não divulgar os resultados de seu trabalho, seja porque o experimento não está comprovado, seja porque a matéria a ser veiculada não está fechada. Fato é que todas essas atividades são protegidas pela Constituição, o que indica uma diferença nos âmbitos de proteção dos incisos IV e IX. Quanto a isso, a orientação vem do Supremo Tribunal Federal e ela foi bastante radical. Para esse Tribunal toda forma de censura da liberdade de expressão é automática e necessariamente inválida, do que se infere a completa impossibilidade de controle de conteúdo em qualquer hipótese.¹⁷ Essa orientação é radical pois até mesmo os Estados Unidos da América, país conhecido pelo alto grau de proteção da liberdade de expressão, admite o controle prévio em algumas hipóteses de expressão, sobretudo quando esse controle é neutro quanto ao conteúdo da manifestação de ideias (Stone, 2009, p. 283).

Essa orientação do STF está em rota de colisão com o que se afirma no TSE a respeito do dever de se realizar campanhas propositivas e livres de ataques pessoais. A piada e a trucagem via de regra têm um tom pejorativo e praticamente nenhum conteúdo propositivo. Como conciliar essa decisão com a orientação do TSE de acordo com a qual “as campanhas devem ser programáticas e propositivas, visando ao esclarecimento do eleitor quanto a temas de interesse público”?¹⁸

Além dessa contradição, há dois problemas de fundo na orientação do TSE. Primeiro, ela pressupõe que o eleitor seja um sujeito indefeso, quase um incapaz. Aos olhos desse Tribunal ele é alguém sem o mínimo senso crítico suficiente para distinguir entre propostas concretas de campanha e um ataque gratuito; um não-sujeito de direitos, que necessita de constante tutela estatal, pois seu pensamento poderia ser manipulado pela propaganda eleitoral, como se outros elementos contextuais (a comunidade, a educação e as notícias diárias) não fossem importantes para a determinação do voto.¹⁹ Além de paternalista, essa forma de pensar inverte uma noção básica da democracia: o eleitor é livre e deve decidir, de forma soberana, a respeito dos representantes que o representarão. Inverter esse pressuposto, partido da presunção de incapacidade crítica do eleitor, torna a própria eleição um ato insólito e até desnecessário.

Segundo ponto: o TSE parece pressupor que o debate eleitoral deve ser pautado por debates puramente racionais e neutros. A eleição seria, nesse sentido, um ambiente asséptico e refratário a manifestações de sentimentos pessoais (Osório, 2017, p. 254). Além de elitista, tendo em vista que exclui do debate político aqueles que expressam de maneira crua e direta a sua opção política, essa orientação dificilmente se alinha com o sentido da proteção constitucional da liberdade de expressão, que não distingue entre discursos e ideias bem ou mal formulados, sobretudo quando o debate tem fundo e função política. Nesse caso, excluir formas mais passionais e não elaboradas de expressão

¹⁷ ADI 4451, relator Min. Alexandre de Moraes, Pleno, julgado em 21 de junho de 2018, DJe-044, divulgação em 1 de março de 2019.

¹⁸ Representação eleitoral n. 1658-65, rel. Min. Admar Gonzaga, julgada em 14 de outubro de 2014.

¹⁹ Indicando, no sentido contrário, que elementos contextuais são mais importantes do que a propaganda para a determinação do sentido do voto: Lazarfeld, 1944, p. 317.

significa não só eliminar a dissidência, mas também excluir do debate os candidatos que representam as camadas mais desfavorecidas da sociedade, que muitas vezes têm de expressar suas angústias de forma passional e intensa, justamente porque essas pessoas são submetidas a constantes injustiças. No mais, não se sabe porque a expressão passional teria menor valor do que a expressão pretensamente neutra e racional, pois se a liberdade de expressão tem posição preferencial isso indica que para se combater a expressão e a ideia passional ou agressiva é necessário mais, não menos, expressão, seja para esclarecer o ponto de vista apresentado por quem se manifesta de forma intensa, seja para apresentar outro ponto de vista de forma racional ou enfática.

Ao caminhar no sentido inverso, a jurisprudência eleitoral tende não só a afastar a proteção constitucional de um direito que serve de instrumento para a construção do sistema democrático justamente em um período crítico para a construção da democracia, mas também tende a reforçar a crescente desconfiança popular frente ao sistema político e eleitoral, que frequentemente é visto como um mecanismo de criação de privilégios e concentração de riquezas. Fechando-se ao contraditório e excluindo as camadas mais desfavorecidas e marginalizadas do sistema, a jurisprudência eleitoral termina por alimentar esse sentimento, criando o germe do radicalismo que um dia poderá ser a origem de sua própria destruição²⁰.

Conclusões

A liberdade de expressão é essencial para a construção de novas ideias. Sem ela não há inovação do pensamento, alteração de ideologias, mudança de rumos no governo. No direito eleitoral, a liberdade de expressão é instrumento de resistência. Com ela e por meio dela a minoria pode enfrentar o poder do governante e a influência da grande mídia. Exercida em ambiente eleitoral, a liberdade de expressão não é só uma garantia da democracia; é também a válvula de escape para o cidadão expor as frustrações diárias e exigir, muitas vezes de forma direta e crua, que os governantes reconheçam suas dificuldades. Por isso mesmo, as limitações ao exercício desse direito impostas pela jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral devem ser analisadas com cautela e distanciamento crítico. Este estudo demonstrou, com base em coleta de dados metodologicamente orientada, que tais restrições estão baseadas em fundamentos genéricos, avaliações subjetivas e conceitos indefinidos. Isso gera uma instabilidade no processo democrático e um paradoxo no sistema eleitoral: o Tribunal que deveria garantir a lisura do processo eleitoral (TSE) é justamente aquele que cria um descompasso entre a proteção constitucional da liberdade de expressão e o exercício desse direito em período eleitoral.

²⁰ Com considerações similares, acerca do fechamento do sistema democrático ao acesso das demandas formuladas pelas camadas mais desfavorecidas da sociedade: Mouffe, 2015. Corroborando com tal percepção, o jornal Folha de São Paulo listou 41 casos de “agressão à liberdade de expressão” perpetrados no período de setembro de 2017 a setembro de 2018, muitos deles determinados por órgãos integrantes da Justiça Eleitoral, que vão desde o recolhimento de material didático que trata do período da ditadura militar até o fechamento de exposições de arte em que eram expostas obras de Cândido Portinari. Fonte: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2018/11/em-1-ano-pais-teve-ao-menos-41-casos-de-agressao-a-livre-expressao-de-ideias.shtml>, acesso em 3 de agosto de 2020.

Mais do que isso, os acórdãos coletados indicam que tais medidas restritivas da liberdade de expressão estão baseadas em pressupostos de fundo paternalista, que negam um pressuposto elementar da própria democracia: a liberdade de escolha do eleitor. Nos julgamentos selecionados, ele (eleitor) não é tratado como o protagonista do procedimento eleitoral e da democracia – ao contrário, ele é apresentado como um não-sujeito. Alguém sem o menor senso crítico ou discernimento. Um incapaz, que não consegue discernir se e quando uma propaganda eleitoral ultrapassa os limites de um debate construtivo e muito menos pode avaliar o valor de um ataque eleitoral negativo. Essa pesquisa indicou que a mais alta Corte eleitoral brasileira trata o eleitor e o cidadão como um menor, que não está totalmente preparado para participar da democracia. Essa não é só uma concepção paradoxal, mas também perigosa. Ela pode gestar justamente o contrário do que pretende: a eliminação, não a defesa, da democracia. O controle hermético e confuso das manifestações de pensamento em período eleitoral é um fator que potencializa distanciamento do cidadão em relação ao jogo político, o que gera maior insegurança e incertezas não só a respeito do processo eleitoral, mas também acerca do próprio valor da democracia. Potencializada e radicalizada em meios virtuais, esse conjunto de insatisfações pode, enfim, ser o germe de atos extremistas, que dão vazão ao descontentamento contra o sistema democrático como um todo. Esse é o grande perigo que ronda a democracia atual, perigo que o TSE, por meio de sua confusa concepção a respeito da liberdade de expressão, ajuda a potencializar. Ainda é tempo de se alterar essa orientação, mas daqui há alguns anos, pode ser tarde demais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARGUELLES, Diego. W.; RIBEIRO, Leandro. Ministocracia: O Supremo Tribunal Federal individual e o processo democrático brasileiro. *Novos Estudos*. Cebrap, São Paulo, p. 13-32, 2018.

BORBA, Felipe. Propaganda negativa nas eleições presidenciais brasileiras, *Opinião pública*, v. 21, n. 2, p. 268-295, 2015.

FILHO, Carlos. N. *Propaganda eleitoral e o princípio da liberdade da propaganda política*, Belo Horizonte: Fórum, 2012.

GOMES, Jairo J. *Direito Eleitoral*, São Paulo: Editora Atlas, 2018.

GRIMM, Dieter. Freedom of speech in a globalized World, in HARE, Ivan; WEINSTEIN, James, *Extreme speech and democracy*, Oxford University Press, 2010.

LAURENTIIS, Lucas. C.; Thomazini, Fernanda. A. Liberdade de expressão: teorias, fundamentos e análise de casos. *Revista Direito e Práxis*, v. 11, n. 4, p. 2260-2301, 2020.

LAZARSELD, Paul. F. The election is over. *The Public Opinion Quarterly*, Oxford, v. 8, n. 3, p. 317-330, 1944.

MAIKLEJOHN, Alexander. The first amendment is an absolute, *Supreme Court Review*, v. 1, p. 245-266, 1961.

MARTINS, Leonardo; LAURENTIIS, Lucas Catib; GRIZOTTO, Felipe. Liberdade de manifestação do pensamento e anonimato: funções e limites dogmáticos na Constituição Federal, *Suprema: Revista de estudos constitucionais*, v. 1, n. 2, p. 75-111, 2021.

MEYER, Willian. In Defense of Negative Campaigning, *Political Science Quarterly*, v. 111, n. 3, p. 437-455, 1996.

MOUFFE, Chantal. *Sobre o político*, São Paulo: Martins Fontes, 2015.

NAPOLITANO, Carlo. J. Supremo Tribunal Federal e as Propagandas Eleitorais, *Revista de estudos empíricos em direito*, v. 6, n. 1, p. 7-20, 2019.

OSÓRIO, Aline. *Direito eleitoral e liberdade de expressão*, Belo Horizonte: Fórum, 2017.

POST, Robert. Reconciling Theory and Doctrine in First amendment jurisprudence, *California Law Review*, v. 88, p. 2353-2374, 2020

SILVA, Guilherme. A.; HELPA, Caroline. O direito de atacar o adversário e o controle da mentira na propaganda eleitoral negativa, *Revista brasileira de direito eleitoral*, n. 17, p. 49-61, 2017.

STONE, Geoffrei. R. Free speech in the Twenty-First Century: Ten Lessons from the Twentieth Century. *Pepperdine Law Review*, v. 36, p. 273-300, 2008.

Data de Recebimento: 21.03.2022.

Data de Aprovação: 12.08.2022.

NATUREZA JURÍDICA DA RELAÇÃO ENTRE MOTORISTAS E EMPRESAS DETENTORAS DE APLICATIVOS DE TRANSPORTE NO BRASIL: ANÁLISE A PARTIR DE UM ESTUDO JURISPRUDENCIAL COMPARADO

THE LEGAL NATURE OF THE RELATIONSHIP BETWEEN DRIVERS AND COMPANIES THAT RUN TRANSPORTATION APPLICATIONS IN BRAZIL: AN ANALYSIS BASED ON A COMPARATIVE JURISPRUDENTIAL STUDY

Leandro Faria Costa*
Sílvia Beltramelli Neto**

RESUMO

Este artigo se lança a uma análise qualitativa e comparada de decisões de outros sistemas de justiça internacionais e do Tribunal Superior do Trabalho (TST) sobre o mote da natureza da relação entre motoristas e empresas detentoras de plataformas digitais que oferecem serviço de transporte de pessoas ou mercadorias, o fazendo a partir do sumário dos fundamentos lançados nas decisões examinadas. Serão sintetizados e examinados os fundamentos de decisões proferidas na Europa — mais especificamente uma do Tribunal de Justiça Europeu e uma de cada qual das cortes superiores de França, Espanha, Países Baixos e Reino Unido —, além de sentença exarada pela Suprema Corte da Califórnia, nos Estados Unidos da América. Na seara nacional, a investigação concentrou-se nas razões de decidir de julgamentos ocorridos no TST até julho de 2021. Com os dados obtidos, intenta-se, com base em uma abordagem dedutiva, identificar o atual estágio do entendimento jurisprudencial do TST acerca do tema e sua posição em face dos entendimentos de cortes judiciais de outros países, a partir do que será analisado, criticamente, o resultado da pesquisa *vis-à-vis* os paradigmas do regime da Consolidação das Leis do Trabalho brasileira para a configuração do contrato de trabalho e dos objetivos estratégicos da promoção do Trabalho Decente, nos termos preceituados pela OIT.

Palavras-chave: Trabalho Decente; Motoristas por aplicativo; Vínculo de emprego; Jurisprudência Comparada; Tribunal Superior do Trabalho.

ABSTRACT

This article undertakes a qualitative and comparative analysis of decisions from other international justice systems and the Superior Labor Court (TST) on the issue of the nature of the relationship between drivers and companies that own digital platforms that offer transportation services for people or goods, based on a summary of the grounds presented in the decisions examined. It will be summarized and examined the rationale of decisions handed down in Europe - more specifically, one from the European Court of Justice and one from each of the superior courts of the France, Spain, Netherlands and the United Kingdom -

* Bacharel em Direito pela PUC-Campinas. E-mail: leandrofariacosta@hotmail.com.

** Doutor em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela USP. Mestre em Direito pela UNIMEP. Pós-Doutorado no Instituto de Economia da UNICAMP, vinculado ao Centro de Estudos Sindicais e de Economia do Trabalho (CESIT). Professor Titular da Pontifícia Universidade Católica de Campinas (PUC-Campinas), Centro de Ciências Humanas e Sociais Aplicadas, Faculdade de Direito, vinculado ao Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito, integrante da linha de pesquisa "Cooperação Internacional e Direitos Humanos" e dos Grupos de Pesquisa CNPq "Direito num Mundo Globalizado" e "Saúde, Direitos Humanos e Vulnerabilidades". E-mail: silviobeltramelli@puc-campinas.edu.br.

as well as a decision handed down by the Supreme Court of California, in the United States of America. At the national level, the investigation focused on the reasons for decisions in judgments handed down by the TST until July 2021. With the data obtained, it is intended, based on a deductive approach, to identify the current stage of the TST's jurisprudential understanding on the subject and its position in relation to the positions of courts of other countries, from which will be critically analyzed the result of the research *vis-à-vis* the paradigms of the regime of the Brazilian Consolidation of Labor Laws for the configuration of the employment contract and the strategic objectives of the promotion of Decent Work, as precepted by the ILO.

Key-words: Decent Work; Drivers by Application; Employment Relationship; Comparative Jurisprudence; Superior Labor Court.

INTRODUÇÃO

O que tem se denominado “Quarta Revolução Industrial” designa um fenômeno social conformado por alterações na composição dos novos arranjos do capitalismo de acumulação flexível, incorporando as novas tecnologias de informação ao ecossistema produtivo. As relações estabelecidas nesse contexto ensejam controvérsia no mundo jurídico, uma vez que manifestam as assimetrias do processo de transformação da realidade objetiva do trabalho.

Por isso, o reconhecimento da existência do vínculo de emprego — e, por conseguinte, o acesso a direitos trabalhistas — de quem trabalha por meio de plataformas digitais de oferecimento de prestação de serviços é um dos sinais mais contundentes da transformação do trabalho e de seu impacto nos debates próprios do campo da regulação.

A fim de contribuir com as reflexões atinentes a esse debate, o presente estudo se lança a uma análise qualitativa e comparada de decisões de outros sistemas de justiça internacionais e do Tribunal Superior do Trabalho (TST) sobre o mote da natureza da relação jurídica entre trabalhadoras e trabalhadores e empresas detentoras de plataformas digitais que oferecem serviço de transporte de pessoas ou mercadorias, o fazendo a partir do sumário dos fundamentos lançados nas decisões examinadas.

A pesquisa comparada elegeu, para sintetização e exame, os fundamentos de decisões proferidas na Europa — mais especificamente uma do Tribunal de Justiça Europeu e uma de cada qual das cortes superiores de França, Espanha, Países Baixos e Reino Unido —, além de sentença exarada pela Suprema Corte da Califórnia, nos Estados Unidos da América (EUA). Tais decisões foram escolhidas porque adotadas em ambientes de sabida utilização intensa do sistema de transporte de pessoas ou mercadorias por aplicativos e porque foram as primeiras de que se tem notícia respeitantes a grandes empresas exploradoras deste ramo, notadamente a Uber.

Na seara nacional, a investigação concentrou-se nas razões de decidir trazidas a lume em julgamentos ocorridos no TST até julho de 2021 (data de conclusão da pesquisa), porquanto cuidar-se do órgão de cúpula da Justiça do Trabalho brasileira incumbindo, constitucionalmente, da uniformização da jurisprudência pátria em matéria de relações de trabalho, por isso que mais adequado para uma averiguação acerca de eventual

tendência de consolidação jurisprudencial. Não obstante, na medida em que guardem relação com os arestos examinados, dentro do escopo deste escrito, certas decisões de primeira e segunda instância da Justiça do Trabalho e até mesmo do Superior Tribunal de Justiça (STJ) e do Supremo Tribunal Federal (STF) serão referenciadas.

Com estes dados, intenta-se, com base em uma abordagem dedutiva, identificar o atual estágio do entendimento jurisprudencial do TST acerca do tema e sua posição em face dos posicionamentos de cortes judiciais de outros países, a partir do que será analisado, criticamente, o resultado da pesquisa vis-à-vis os paradigmas do regime celetista de configuração do contrato de trabalho e dos objetivos estratégicos da promoção do Trabalho Decente, nos termos preceituados pela OIT.

Trabalho por aplicativo e o problema do vínculo empregatício

O filme “Você não estava aqui”, do cineasta inglês Ken Loach, retrata a vida de uma família que personifica a tônica do trabalho por plataforma digital. O enredo narra, de maneira resumida e alegórica, a vida de uma família inglesa após a crise econômica mundial de 2008 e a relação social trágica que as formas precarizadas de labor e a ausência de políticas públicas eficientes produz.¹

Nesse sentido, o trabalho por plataforma digital desempenha um papel único e fundamental para a economia capitalista, já que a classe trabalhadora, paradoxalmente, se vale desses labores para sobreviver ante um contexto marcado pela liberalização, flexibilização e desregulamentação econômica, mas que a coloca distante dos já parcos mecanismos de assistência social.²

Assim, a classe trabalhadora passa a integrar uma dinâmica socioeconômica em que a acumulação de capital e a produção de mercadoria são ressignificadas, no bojo do fenômeno que vem sendo denominado Quarta Revolução Industrial³, responsável por uma reestruturação produtiva em que não há apenas a mera substituição da mão-de-obra humana pela máquina, mas também o implemento de mecanismos de controle e direção do labor avançados, cujo protagonismo da tecnologia é inolvidável, uma vez que direciona processos, seleciona etapas e otimiza o tempo dispensado em determinada atividade.⁴

A *GIG Economy* – uma das dimensões dessa realidade – opera na materialização das tendências apontadas como esboço das primeiras impressões da Quarta Revolução

¹ VOCÊ não estava aqui. Direção de Ken Loach. Londres: Sixteen Films & Why not Productions, 2020.

² GHERSON, Ilana; CEFKIN, Melissa. *Click for work: Rethinking work through online work distribution platforms*. Ephemera: theory and e politics in organisation, v.20, n.4, nov de 2020, p. 119. Disponível em: <http://www.ephemerajournal.org/sites/default/files/pdfs/contribution/20-4GershonCefkin.pdf>. Acesso em: 5 mar. 2021.

³ SCHWARZ, Christine. *Designers of competition at work: A neoliberal consensus-machine caught in the act*. Ephemera: theory and e politics in organisation, v. 20, n. 4, nov. de 2020, p. 28. Disponível em: <http://www.ephemerajournal.org/sites/default/files/pdfs/contribution/20-4Schwarz.pdf>. Acesso em: 5 mar. 2021.

⁴ ANTUNES, Ricardo. *Os sentidos do trabalho*: Ensaio sobre a afirmação e a negação do trabalho. 2. ed. São Paulo: Boitempo, 2017, p. 165.

Industrial⁵, que desnudam uma economia fundada em empregos temporários e informais, em que trabalhadoras e trabalhadores são requisitados de maneira casual (não-permanente), rápida e descentralizada, ao sabor das contingências do mercado e despedidos de direitos trabalhistas.⁶

Nessa forma de economia, a precarização das relações laborais e o trabalho digital manifestam-se como fenômenos que se influenciam reciprocamente, uma vez que a informalidade torna-se, então, um traço constitutivo, crescente e fundamental da acumulação de capital dos nossos dias, conformado também pela maneira como a sociabilidade capitalista de agora integra o trabalho digital ao circuito produtivo.⁷ No caso do trabalho digital, em específico, tal imbricação ganha ainda mais realce, já que aspectos fáticos geralmente tomados como manifestações de subordinação jurídica, ou seja, de uma condição de emprego *per se*, são negadas, ostensiva e organizadamente, e até mesmo combatidas, juridicamente, pelas empresas detentoras dos aplicativos, disfarçando o vínculo de emprego sob, por exemplo, alegações da existência autonomia do trabalho ou até pela teórica relação de parceria existente entre as partes.

Doutra banda, o trabalho digital vem ocupando uma posição ainda mais central nas economias. Na pandemia de COVID-19, por exemplo, os trabalhadores por aplicativo se afirmaram fundamentais para que a população pudesse reduzir a disseminação do vírus por meio do distanciamento social, sem quebra de acesso a produtos básicos, como alimentação e remédios, deste modo mantendo a circulação de produtos de toda sorte. Assim, a desvalorização e os altos riscos assumidos pelo trabalhador na exploração da atividade econômica – inclusive acentuado risco de vida, em tempos pandêmicos – são ainda mais potencializados pela posição subalterna ocupada por trabalhadoras e trabalhadores por aplicativo na proteção social, sem que haja, ao menos, a segurança do patamar mínimo remuneratório⁸ ou mesmo reconhecimento do vínculo de emprego.⁹

⁵ BELTRAMELLI NETO, Silvio; COSTA, Leandro Faria. Apontamentos sobre a Quarta Revolução Industrial e as recentes impressões da OIT a respeito sob a ótica do Trabalho Decente. In: ROCHA, Cláudio J.; PORTO, Lorena V.; ALVARENGA, Rúbia Z. de A.; PIRES, Rosemary de O. (Org.) *Coleção Direito Internacional do Trabalho - Vol. 2: A comunicabilidade do Direito Internacional do Trabalho e o Direito do Trabalho Brasileiro*. São Paulo: Tirant Lo Blanc, 2020, v. 2, p. 258-259.

⁶ WOODCOCK, Jamie; GRAHAM, Mark. *The GIG Economy: a critical introduction*. Cambridge: Polity Press, 2020, p. 65.

⁷ ANTUNES, R. Os modos de ser da informalidade: rumo a uma nova era da precarização estrutural do trabalho? *Serviço Social e Sociedade*, São Paulo, n. 107, 2011, p. 412. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/ssoc/n107/02.pdf>. Acesso em: 11 mai. 2021.

⁸ Duas decisões do TST, aliás, retiraram a obrigatoriedade de empresas detentoras de aplicativo, durante a pandemia de COVID-19, quanto ao pagamento, ao menos, de ajuda de custos aos seus motoristas: BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho. *Correição parcial nº 1000373-91.2020.5.00.0000*. Recorrente: Uber do Brasil Tecnologia LTDA e Recorrido: Desembargador Jose Antonio Parente Da Silva e outros. Relator: Aloysio Correa Da Veiga. Brasília, 24 de abril de 2020. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/arquivos/2020/4/BAC9C64D6C0178_Liminar.pdf. Acesso em: 24 abr. 2021; e BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho. *Recurso ordinário com pedido de tutela antecipada antecedente nº 1001466-89.2020.5.00.0000*. Recorrente: Uber Do Brasil Tecnologia LTDA e Recorridos: Sindicato Dos Motoristas De Transp. Priv. E Partic. Individ. De Passag. Por Aplic. e Plataformas Digitais De Fortaleza E Reg. Metrop. Pagina_Capa_Pr. Relator: Douglas Alencar Rodrigues. Brasília, 5 de outubro de 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/tst-concede-efeito-suspensivo-livra.pdf>. Acesso em: 24 mai. 2021.

⁹ CARVALHO, Murilo Sampaio Oliveira.; SANTOS, Tacio da Cruz Souza; ROCHA, Wendy Santos .Os entregadores das plataformas digitais: controvérsias judiciais, autonomia, dependência e

Neste cenário, o problema do reconhecimento do vínculo de emprego suscita controvérsia judicial nacional e internacional, com decisões que ora reconhecem ora negam o vínculo de emprego entre quem trabalha e a empresa detentora do aplicativo.

Ademais, a questão é central no debate público porque também representa, em última instância, um termômetro jurídico, social e político das ações de atores sociais e a sua compatibilidade com o compromisso civilizatório assumido na assunção de patamares mínimos de dignidade humana.

Jurisprudência comparada: Europa e EUA e o reconhecimento do contrato de trabalho para o transporte por aplicativo

No final de 2017, o Tribunal de Justiça da União Europeia declarou que a maior empresa do ramo de transporte de pessoas por aplicativos é, de fato, uma empresa de transporte e não uma plataforma digital, de tal maneira que as autoridades nacionais poderiam exigir licenças como as que se requerem aos profissionais de táxi. Além disso, o Tribunal asseverou que a empresa não se limita ao mero serviço de intermediação, que os motoristas cadastrados não exercem atividade própria e, ademais, que a corporação exerce influência decisiva sobre as condições em que os motoristas prestam seu serviço. Assim, baseado nos argumentos utilizados na decisão, em que pese não defenda nominal e abertamente o reconhecimento do vínculo de emprego dos trabalhadores por aplicativo, o Tribunal Europeu centrou sua análise em elementos que sufragam a subordinação na relação entre motorista e empresa, tais como o controle dos preços pelo algoritmo e inserção do motorista no circuito produtivo da empresa.¹⁰

Na França, em decisão publicada no dia 4 de março de 2020, a Corte de Cassação, considerado órgão de cúpula da Justiça Comum do País, também reconheceu a existência de vínculo empregatício entre aquela mesma empresa e um motorista.¹¹ Quanto ao mérito, os julgadores afirmaram que a relação *sub judice* configurou o vínculo de emprego em virtude da subordinação entre trabalhador e empresa, manifestada por meio de uma série de circunstâncias: ausência de clientela própria do motorista, fixação de preços e condições da viagem pelo algoritmo do aplicativo, falta de discricionariedade do motorista na escolha do percurso, falta de conhecimento prévio do destino final da viagem pelo motorista e sua integração ao sistema de transporte criado e administrado pela empresa. Os poderes patronais de direção e punição – típicas da subordinação – também foram apontados pela decisão, na medida em que à empresa é dado aplicar sanções ao

controle. *Direito.UnB* - Revista de Direito da Universidade de Brasília, v. 4, n. 2, 31 ago. 2020, p. 81. Disponível em: <https://periodicos.unb.br/index.php/revistadedireitounb/article/view/32391>. Acesso em: 25 jan. 2021.

¹⁰ UNIÃO EUROPEIA, Court of Justice of the. *Judgment in Case C-434/15*. Recorrente: Asociación Profesional Elite Tax e Recorrido: Uber Systems Spain SL. Pleno. Luxemburgo, 20 de dezembro de 2017, p. 2. Disponível em: <https://www.politico.eu/wp-content/uploads/2017/12/uber-ecj-press-release.pdf>. Acesso em: 24 mai. 2021.

¹¹ FRANÇA, Cour of Cassation. *Pourvoi n° S1913316*. Sala Social. 4 de março de 2020. Disponível em: https://www.courdecassation.fr/IMG/20200304_rapport_ano_19-13.316.pdf. Acesso em: 27 abr. 2021.

motorista, como desconexão da plataforma após recusa pelo motorista em atender chamada de serviço ou por causa de reclamações e desistências de chamados pelos clientes, a demonstrar, de fato, amplo controle da empresa sobre a execução do serviço.

Em nota explicativa da decisão, expedida pela própria Corte de Cassação, houve destaque para o fato de que a denominação contratual da relação entre as partes não define sua natureza, na realidade estabelecida pelas condições de fato em que foram exercidas as atividades, bem como afirmou-se que o critério definidor de subordinação se desdobra em três poderes: de dar instruções, de controlar o cumprimento das instruções dadas e de sancionar seu inadimplemento.¹²

Na Espanha, o Tribunal Supremo do País, em decisão publicada no dia 25 de setembro de 2020, reconheceu a existência de relação de emprego de trabalhador com a empresa detentora de aplicativo de transporte de mercadorias¹³, após anos de decisões acerca da questão, ora reconhecendo o vínculo, ora o repelindo, até então sem pacificação jurisprudencial. O Tribunal Supremo espanhol afirmou que a empresa detentora do aplicativo não é mera intermediária de uma contratação que teria ocorrido entre cliente e distribuidor, mas prestadora de serviços de entrega e correio expresso, com a prerrogativa de estabelecer as condições essenciais para a prestação desses serviços. Asseverou, demais disso, a decisão que, apesar de o motorista ser dono dos bens essenciais para o desempenho da atividade – celular e veículo de transporte –, tais são meros meios acessórios de prestação do serviço, cuja infraestrutura essencial é a própria marca empresarial e o programa informático desenvolvido pela empresa¹⁴, ao passo em que motoristas não possuem organização empresarial própria e autônoma, prestando seu serviço inseridos na organização de trabalho do empregador.

Pouco tempo depois desta decisão, o Governo Espanhol anunciou, no dia 11 de março de 2021, a edição de medida legislativa que confere direitos trabalhistas a trabalhadoras e trabalhadores por plataforma digital. A proposta de alteração legislativa também prevê que as empresas detentoras dos aplicativos, na condição de empregadoras, reportem e esclareçam aos sindicatos as regras dos algoritmos e demais instrumentos telemáticos de organização do labor.¹⁵

Nos Países Baixos, a Corte de Amsterdã, com posterior confirmação do tribunal recursal, decidiu, em sede de ação coletiva ajuizada pela FNV (Federação Nacional de

¹² FRANÇA, Cour of Cassation. *Note explicative relative à arrêt n° 374 du 4 mars 2020*. Sala Social. 4 de março de 2020. Disponível em: https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/notes_explicatives_7002/relative_arret_44525.html. Acesso em: 27 abr. 2021.

¹³ ESPANHA, Tribunal Supremo. *Sentencia*. Requerente: Juan Molins García-Atance. Requerido: T.S.J. MADRID SOCIAL SEC.4. Pleno. 23 de setembro de 2020. Disponível em <https://cdtufpr.com.br/wp-content/uploads/2020/10/Riders-Glovo-RCUD-4746.19-PLENO-23.09.20-SR-MOLINS-GLOVO.pdf>. Acesso em: 3 mar. 2021.

¹⁴ ALMEIDA, Fernanda Cabral de; DE BARROS, Isabela Pimentel de. O pioneirismo espanhol: a presunção do vínculo de emprego para entregadores de plataformas digitais. *UERJ Labuta*. 15 de março de 2021. Disponível em: <https://uerjlabuta.com/2021/03/15/o-pioneirismo-espanhol-a-presuncao-do-vinculo-de-emprego-para-entregadores-de-plataformas-digitais/>. Acesso em: 6 mai. 2021.

¹⁵ Entregadores de aplicativos terão direitos trabalhistas na Espanha. G1, 2021. Disponível em: <https://g1.globo.com/google/amp/economia/tecnologia/noticia/2021/03/12/entregadores-de-delivery-terao-direitos-trabalhistas-na-espanha.ghtml>. Acesso em: 6 mai. 2021.

Sindicatos Holandeses), que motoristas por plataforma digital não são profissionais autônomos, e, por isso, a eles se aplica a negociação coletiva dos trabalhadores em transporte de mercadorias.¹⁶ Considerou-se que o contrato é padronizado, elaborado completa e unilateralmente pela plataforma e, portanto, inegociável. Assim, foi verificada a existência de uma relação de autoridade (subordinação) entre a empresa e trabalhadoras e trabalhadores. A Corte ainda sustentou que os sistemas digitais têm um papel fundamental nesse fato, o que resulta, na prática, em uma liberdade ainda mais reduzida de quem trabalha frente à empresa que detêm a plataforma.

Já a Suprema Corte do Reino Unido, em julgado de 19 de fevereiro de 2021, ao manter a competência o Tribunal do Trabalho britânico para decidir sobre a matéria, fez prevalecer duas decisões deste que reconheciam o vínculo de emprego dos trabalhadores por aplicativo.¹⁷ Dessa maneira, a Suprema Corte britânica assentou que motoristas que se ativam por aplicativos não são profissionais autônomos, mas funcionárias e funcionários da empresa detentora da plataforma digital, gozando, por conseguinte, do direito a salário mínimo, aposentadoria e férias remuneradas.

Em extenso e bem detalhado voto, o juiz relator para o caso, George Leggatt, fez uma abordagem aprofundada do tema. Ao descrever a sistemática de funcionamento do trabalho por aplicativo, no caso concreto, o magistrado rebateu alegações da ausência de subordinação, ao constatar que há uma série de ordens e diretrizes a serem seguidas pelos motoristas. Leggatt destacou que se a taxa de aceitação de viagens do(a) motorista for inferior a 80%, este(a) recebe mensagens de alerta como uma espécie de aviso. E mais: caso não haja um implemento produtivo, o(a) trabalhador(a) sofre penalidades – tal como a desconexão automática do aplicativo por determinado período de tempo.

A decisão da Suprema Corte do Reino Unido, ao rechaçar o argumento segundo o qual a relação entre a empresa detentora do aplicativo e motorista seriam inequívocos quanto à sua matriz civil (dada a ausência de acordo escrito específico em outro sentido), estatui que natureza jurídica dessa relação deve ser inferida da conduta das partes, considerada em seu contexto factual e jurídico relevante, corroborando, no caso julgado, a existência do vínculo de emprego. O juiz Leggatt criticou, demais disso, o tipo de contrato adotado pela empresa ré, por conter cláusulas que tentam impedir a reivindicação dos direitos trabalhistas e por não seguir as normas de transporte londrinas.

Após esta decisão, conquanto tenha, anteriormente, se pronunciado em sentido diverso¹⁸, a empresa sucumbente, no dia 16 de março de 2021, anunciou que concederia

¹⁶ PAÍSES BAIXOS, Gerechtshof Amsterdam. *Hoger beroep*. Recorrente: Deliveroo Netherlands BV, Recorrido: Federação Do Movimento de Comércio Holandês. 16 de fevereiro de 2021. Disponível em: <https://uitspraken.rechtspraak.nl/inziendocument?id=ECLI:NL:GHAMS:2021:392>. Acesso em: 6 mai. 2021.

¹⁷ REINO UNIDO, Supreme Courte. *Appeal from [2018] EWCA Civ 2748*. Requerente: Uber BV e outros. Requerido: Aslam e outros. Relator: George Leggatt. 19 de fevereiro de 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/suprema-corte-britanica-reconhece.pdf>. Acesso em: 3 mar. 2021.

¹⁸ “A Uber afirmou à imprensa britânica que a decisão se aplica apenas aos trabalhadores envolvidos no caso de 2016, e não aos demais motoristas do aplicativo. ‘Estamos empenhados em fazer mais e agora vamos consultar todos os motoristas ativos no Reino Unido para entender as mudanças que eles querem ver’, disse Jamie Heywood, gerente da empresa no norte e leste da Europa.” (Suprema Corte britânica reconhece vínculo de emprego entre motorista e Uber. *CONJUR*, 2020. Disponível em:

direitos laborais aos 70 mil motoristas cadastrados no Reino Unido, como um salário fixo mínimo e férias remuneradas.¹⁹

Por fim, nos EUA, tendo em vista que a competência para a edição de regras trabalhistas é, em geral, dos estados, a Califórnia, berço da *GIG Economy* e sede da principais empresas detentoras de aplicativos de transporte de pessoas e mercadorias, editou lei que obriga tais empresas a contratarem motoristas como empregados(as).²⁰ Aliás, foi a Suprema Corte californiana que, paradigmaticamente, julgou, como regra geral, que trabalhadoras e trabalhadores por aplicativo são empregadas(os) e tal vínculo só pode ser descaracterizado caso a empresa comprove a incidência, na prática, de três circunstâncias específicas, quais sejam, ausência de poder de controle, serviço não-relacionado ao fim principal da empresa e trabalhador(a) envolvido, de maneira habitual, com outro serviço da mesma natureza.²¹

Recentemente, contudo, por meio de plebiscito lançado pelo governo da Califórnia, 58% da população do estado acatou a denominada “Proposta 22”, que libera as empresas Uber e DoorDash para continuarem contratando motoristas como trabalhadores(as) independentes, portanto sem direitos garantidos na lei trabalhista estadual. Tais empresas, aliás, gastaram mais de 185 milhões de dólares em financiamento de campanhas eleitorais a favor da aludida Proposta, valores mais caros da história da Califórnia despendidos com este tipo de iniciativa, segundo a Ballotpedia.²²

Jurisprudência brasileira em construção e a atual preferência do TST pelo não reconhecimento de relação de emprego no trabalho de transporte por aplicativos

Historicamente, a reflexão acerca do reconhecimento do vínculo empregatício de trabalhadoras e trabalhadores, no Brasil, em geral, tem se atido à clássica análise da presença de elementos fático-jurídicos da relação de emprego, a partir da interpretação combinada dos artigos 2º e 3º da CLT, que estabelecem que empregador é aquele que “assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço” e empregado “toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário”.

<https://www.conjur.com.br/2021-fev-19/suprema-corte-britanica-reconhece-vinculo-emprego-uber>. Acesso em: 6 mai. 2021.)

¹⁹ Uber drivers to get workers' rights in the UK. *DW*, 2021. Disponível em: <https://www.dw.com/en/uber-drivers-to-get-workers-rights-in-the-uk/a-56893371>. Acesso em: 6 mai. 2021.

²⁰ CALIFÓRNIA. Bill nº 5. *Worker status: employees and independent contractors*. Disponível em: https://leginfo.ca.gov/faces/billTextClient.xhtml?bill_id=201920200AB5. Acesso em: 6 mai. 2021.

²¹ ESTADOS UNIDOS, Supreme Court of Califórnia. *Dynamex Operations West Inc v. Tribunal Superior do Condado de Los Angeles*. Relatora: Tani Cantil-Sakauye, 30 de abril de 2018. Disponível em: <https://law.justia.com/cases/california/supreme-court/2018/s222732.html>. Acesso em: 6 mai. 2021.

²² California Proposition 22, App-Based Drivers as Contractors and Labor Policies Initiative (2020). *BallotPedia*, 2020. Disponível em: [https://ballotpedia.org/California_Proposition_22,_App-Based_Drivers_as_Contractors_and_Labor_Policies_Initiative_\(2020\)](https://ballotpedia.org/California_Proposition_22,_App-Based_Drivers_as_Contractors_and_Labor_Policies_Initiative_(2020)). Acesso em: 24 mai. 2021.

Desta regulação, como amplamente cediço, exsurge indispensável para a configuração do vínculo de emprego a verificação dos seguintes requisitos estruturantes: onerosidade, pessoalidade, alteridade, não eventualidade e subordinação.

Por meio da Lei nº 12.551, de 15 de dezembro de 2011, empregou-se nova redação ao artigo 6º da CLT, que passou a estabelecer a “indistinção entre o trabalho realizado no estabelecimento do empregador, o executado no domicílio do empregado e o realizado a distância, desde que estejam caracterizados os pressupostos da relação de emprego”. O parágrafo único deste dispositivo estatui que “os meios telemáticos e informatizados de comando, controle e supervisão se equiparam, para fins de subordinação jurídica, aos meios pessoais e diretos de comando, controle e supervisão do trabalho alheio”.

Tais normas e sua interpretação jurisdicional conformam o regime geral celetista de configuração do contrato de trabalho, com vínculo empregatício, no Brasil, consubstanciando o grande paradigma normativo a partir do qual a Justiça do Trabalho brasileira vem enfrentando o problema da natureza jurídica da relação entre motoristas e empresas detentoras de aplicativos de transporte.

Não entanto, uma variável relevante deve ser adicionada à equação do comportamento decisório brasileiro em relação ao reconhecimento do vínculo de emprego dos motoristas por aplicativo no Brasil. Adriana Orsini e Ana Carolina Leme demonstram, por meio de acurada análise jurimétrica e comparativa de julgados das 10ª e 11ª Turmas do TRT da 3ª Região, que as empresas detentoras dos aplicativos se valem da celebração de acordos judiciais, com o intuito de obstar a formação de uma jurisprudência reconhecidora dos direitos dos trabalhadores dos motoristas.²³

A estratégia das empresas nesse tipo de litigância é feita a partir da análise do perfil de judicatura dos julgadores (se mais ou menos favoráveis aos interesses das plataformas), optando-se por deixar a demanda seguir ao julgamento de magistrados tidos como menos suscetíveis ao reconhecimento do vínculo de emprego entre entregadores e empresas de aplicativos, ao tempo em que age, com afinco, para obter acordos judiciais perante Juízos ocupados por magistrados pretensamente mais “garantistas” dos direitos sociais trabalhistas. Decorre daí um cenário artificial de induzimento de jurisprudência de não-reconhecimento do vínculo de emprego, a partir da obstrução estratégica de entendimentos jurisprudenciais em sentido contrário pela via da conciliação seletiva. Pode-se perceber, inclusive, a criação de um terreno fértil para a formação – mesmo que irreal e induzida, como no caso analisado - de Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR), em razão da aparente falta de controvérsia acerca do tema na jurisprudência.²⁴

²³ ORSINI, Adriana Goulart de Sena; LEME, Ana Carolina Reis Paes. Litigância manipulativa da jurisprudência e plataformas digitais de transporte: levantando o véu do procedimento conciliatório estratégico. *Revista eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região*, Curitiba, PR, v. 10, n. 95, jan. 2021, p. 24-44. Disponível em: https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/182394/2021_orsini_adriana_litigancia_manipulativa.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 13 mai. 2021.

²⁴ ORSINI, Adriana Goulart de Sena; LEME, Ana Carolina Reis Paes. Litigância manipulativa da jurisprudência e plataformas digitais de transporte: levantando o véu do procedimento conciliatório estratégico. *Revista eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região*, Curitiba, PR, v. 10, n. 95, jan. 2021, p. 28-30; 38. Disponível em:

A respeito, em abril de 2021, a 11ª Câmara do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, em julgamento de Recurso Ordinário nº 0011710-15.2019.5.15.0032, reconheceu o vínculo de emprego do trabalhador por aplicativo, deixando de homologar um acordo realizado entre as partes. O Desembargador Relator afirmou que o fato de a empresa tentar um acordo às vésperas da sessão de julgamento configurou uma estratégia para fraudar a legislação trabalhista e, assim, propositadamente, camuflar uma aparente uniformidade jurisprudencial acerca da questão do reconhecimento do vínculo de emprego.²⁵

Nesta mesma linha, mais recentemente, em junho de 2021, a 3ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 11ª Região, em julgamento de Recurso Ordinário nº 0000416-06.2020.5.11.0011, também deixou de homologar acordo entre motorista e empresa de transporte por aplicativo, juntado aos autos às vésperas da sessão de julgamento.²⁶ Dito isso, passa-se ao exame qualitativo da jurisprudência da mais alta corte trabalhista acerca do tema em questão.

O TST se manifestou em alguns julgamentos acerca do reconhecimento da existência de contrato de emprego entre trabalhadores e empresas detentoras de aplicativo de transporte de pessoas e mercadorias.²⁷

A 8ª Turma do TST, no julgamento do AIRR nº 1000123-89.2017.5.02.0038²⁸, sob a relatoria da Ministra Dora Maria da Costa, com resultado publicado no dia 18 de

https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/182394/2021_orsini_adriana_litigancia_manipulativa.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 13 mai. 2021.

²⁵ BRASIL, Tribunal Regional do Trabalho (15ª). *Recurso ordinário nº 0011710-15.2019.5.15.0032*. Recorrente: Rogerio Adriano Venancio Martins e Recorrido: Uber do Brasil Tecnologia LTDA. Relator: João Batista Martins César. Disponível em: <https://pje.trt15.jus.br/consultaprocessual/detalhe-processo/0011710-15.2019.5.15.0032/2>. Acesso em: 27 abr. 2021.

²⁶ Consta da ementa do acórdão para o caso: “Esta Especializada não pode se curvar diante da tentativa da parte reclamada em camuflar a aparente uniformidade jurisprudencial, disfarçando a existência de dissidência de entendimentos quanto à matéria posta em Juízo, de forma a aparentar que há jurisprudência, praticamente, uníssona, em princípio, no sentido de que os fatos estariam configurados de forma unificada em todos os processos e os julgamentos ocorrem ‘apenas’ em seu favor. Esta prática é decorrência da conhecida jurimetria, uma espécie de estatística do direito que, inclusive, em alguns casos, utiliza inteligência artificial para alcançar fins, de acordo com o ordenamento *a priori* jurídico, sem que os julgadores percebam o que está, em verdade, ocorrendo. (...) A rigor, a reclamada (UBER) busca se valer da fragilidade do trabalhador, sobretudo neste momento de pandemia da Covid-19, para obstar os direitos básicos e constitucionais do obreiro.” (BRASIL, Tribunal Regional do Trabalho (11ª). *Recurso ordinário nº 0000416-06.2020.5.11.0011*. Recorrente: Dennis Neves dos Santos e Recorrido: Uber do Brasil Tecnologia LTDA. Relatora Ruth Barbosa Sampaio. Disponível em: <https://consultajurisprudencia.trt11.jus.br/jurisprudencia/visualizar.xhtml>. Acesso em: 25 jun. 2021).

²⁷ O método de pesquisa, em relação aos julgados nacionais, adotou o seguinte procedimento: No sítio eletrônico do TST, foram lançadas, no campo de pesquisa “Pesquisa de Jurisprudência”, as palavras-chave “transporte por aplicativo”, “Uber” e “trabalhadores por aplicativo”, tendo retornado, ao todo, 18 resultados com teores que interessavam a atual pesquisa por tratarem diretamente do reconhecimento do vínculo de emprego dos trabalhadores por aplicativo.

²⁸ BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho. *Agravo de Instrumento em Recurso de revista nº 11199-47.2017.5.03.0185*. Agravante: Ronildo Alves Dos Santos e Agravada: Uber do Brasil Tecnologia LTDA. e outros. Relatora: Dora Maria da Costa. Brasília, 18 de out. de 2018. Disponível em: <https://jurisprudencia-backend.tst.jus.br/rest/documentos/f34b76c575f57cbd3ba2f8a132c57d50>. Acesso em: 27 abri. 2021. Sob a mesma relatoria e na mesma linha argumentativa desse julgamento, cf. BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho. *Agravo de Instrumento em Recurso de revista nº 1002011-63.2017.5.02.0048*. Agravante Jean Werly Feitosa da Silva e Agravada: Cabify Agência de Serviços de Transporte de Passageiros LTDA. e outros. Relatora: Dora Maria da Costa. Brasília, 23 de out. de 2019. Disponível em: <https://jurisprudencia->

dezembro de 2018, fez para confirmar posição lançada pelo Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, no sentido de que os elementos dos autos apontavam autonomia do trabalhador na prestação dos serviços, decorrente da ausência de prova robusta acerca da subordinação jurídica.

Ao analisar os pressupostos fático-jurídicos componentes da relação de emprego, esse acórdão do TST considerou que estariam presentes a pessoalidade, a não eventualidade, a onerosidade, mas que inexistiu, no caso, a subordinação. É que o motorista havia declarado, em depoimento pessoal, não haver recebido ordens. Ademais, o Tribunal Superior anuiu com o Juízo de primeiro grau, ao considerar que o fato de a empresa orientar os(as) motoristas sobre a forma de atendimento aos clientes implica subordinação, uma vez que, diferentemente de meras orientações, apenas as determinações conteriam a conotação de obrigatoriedade. Apontou-se, ainda, que o motorista autor da ação deixou de responder a diversas perguntas e, por isso, o Juízo de origem, agindo conforme o livre convencimento motivado, entendeu ter havido confissão ficta. Releva notar, aqui, que o ônus da prova da subordinação — nos termos em que tradicionalmente invocada como requisito da relação de emprego, a despeito das particularidades da modalidade de prestação de serviços examinada — recaiu, integralmente, sobre o autor da ação.

O acórdão em tela também se referiu ao percentual de 75% do total bruto arrecadado com cada transporte realizado destinado ao motorista como remuneração, quantitativo que, conforme alegado, supera, em muito, a divisão comum existente na relação empregatícia, de tal maneira que, diz o voto condutor da decisão, se a empresa tivesse que arcar com todos os encargos trabalhistas próprios da relação de emprego, haveria um desequilíbrio negocial. A situação, segundo o mesmo voto, estaria mais próxima a de um regime de parceria, em que o motorista utilizou a plataforma digital disponibilizada pela empresa em troca da destinação de um percentual relevante, calculado sobre a quantia efetivamente auferida com os serviços prestados.

Ainda nesta ação, o TST, acatando, integralmente, as costumeiras alegações de defesa para o tema em apreço, afastou o argumento da existência subordinação estrutural²⁹, argumentando que a empresa demandada, na verdade, se caracteriza como plataforma digital com objetivo de interligar motoristas cadastrados(as) aos usuários de transporte, não se constituindo, por isso, uma empresa de transporte propriamente dita. Ademais, o voto que conforma o retratado acórdão do TST ainda faz algumas considerações de cunho mais geral sobre o tema. Alude que a relação existente entre a empresa e motoristas é expressão de um novo modo de produção ou de organização do

backend.tst.jus.br/rest/documentos/d14049847cff9d60809efdf454d3b0d5. Acesso em: 23 de abri. de 2021.

²⁹ “Estrutural é, finalmente, a subordinação que se expressa pela inserção do trabalhador na dinâmica do tomador de seus serviços, independente de receber (ou não) suas ordens diretas, mas acolhendo, estruturalmente, sua dinâmica de organização e funcionamento. Nesta dimensão da subordinação, não importa que o trabalhador se harmonize (ou não) aos objetivos do empreendimento, nem que receba ordens diretas das específicas chefias: o fundamental é que esteja estruturalmente vinculado à dinâmica operativa da atividade do tomador de serviços.” (DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 14 ed. São Paulo: LTr, 2015, p. 314).

trabalho, implementado a partir das novas tecnologias, sendo que os debates acerca da questão eram, à época do julgamento, ainda incipientes. Além disso, afirma o *decisum* que o tema carece de regulamentação adequada.

Tempos depois, a 5ª Turma do TST, por unanimidade e em julgamento sob a relatoria do Ministro Breno Medeiros, com resultado publicado no dia 5 de fevereiro de 2020, em sede de agravo de instrumento interposto contra decisão que negou seguimento ao recurso de revista (AIRR nº 1000123-89.2017.5.02.0038)³⁰, não reconheceu o vínculo de emprego entre empresa de transporte por aplicativo e motorista, reformando o entendimento do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. No mérito, o acórdão do TST aduz que a possibilidade desconexão do aplicativo segundo espontânea decisão do motorista traduz, na prática, ampla flexibilidade deste(a) na determinação da sua própria rotina laboral, seus horários de trabalho, regiões em que desejasse atuar e quantidade de clientes que pretenda atender por dia. Por consequência, a decisão nega a presença, na situação fática, da subordinação enquanto requisito da configuração da relação empregatícia. Em complemento, a decisão apontou que, dentre os termos e condições relacionados aos serviços prestados, a destinação ao motorista do equivalente entre 75% e 80% do valor pago pelo usuário transportado corresponde a um percentual superior àquele que o próprio TST tem exigido, em sua jurisprudência, como suficiente para a caracterização de uma relação de parceria e não empregatícia.

Passados sete meses, a 4ª Turma do TST, no julgamento do AIRR nº 10575-88.2019.5.03.0003³¹, sob a relatoria do Ministro Alexandre Luiz Ramos, com desfecho publicado em 9 de setembro de 2020, reproduziu o encaminhamento dos dois acórdãos anteriores. Desta vez, o Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região havia mantido a decisão de primeiro grau, que não reconhecia a existência do vínculo de emprego. No mérito, a decisão da 4ª Turma do TST evoca o princípio da primazia da realidade dos fatos para realçar a imprescindibilidade da demonstração da existência dos requisitos do contrato de emprego. Quanto ao ponto, o acórdão alude ao depoimento pessoal do motorista, deste depreendendo ampla autonomia na prestação de serviços, haja vista ficar a seu critério quais os melhores dias e horários de trabalho.

O voto condutor para o caso argui que o ônus da atividade econômica de transporte era do trabalhador, uma vez que a seu encargo estavam os custos com combustível e manutenção do veículo utilizado (de sua propriedade), recebendo apenas pelas corridas realizadas. Assinala tal decisão do TST que não há subordinação no caso, uma vez que o motorista não teria sido submetido aos poderes diretivo, fiscalizador e punitivo da empresa, porquanto não se submeter à entrevista de admissão, fixação de metas sobre

³⁰ BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho. Agravo de Instrumento em *Recurso de revista nº 1000123-89.2017.5.02.0038*. Agravante: Marcio Vieira Jacob e Agravado: Uber do Brasil Tecnologia LTDA. e outros. Relator: Breno Medeiros. 14 de dez. de 2020. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/arquivos/2020/3/3DF335F800E5C1_acordao_.pdf. Acesso em: 21 jan. 2021.

³¹ BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho. *Agravo de Instrumento em Recurso de Revista nº 10575-88.2019.5.03.0003*. Agravante: Ricardo Ramos de Sá e Agravado: Uber do Brasil Tecnologia LTDA. Relator: Alexandre Luiz Ramos. 11 de novembro de 2020. Disponível em: <https://jurisprudencia-backend.tst.jus.br/rest/documentos/ace750066abb32447598485e6cfcab3e>. Acesso em: 30 abril. 2021.

quantidade de corridas diárias e efetivo controle de horários, além de usar carro próprio, arcando com o custeio de combustível e manutenção, assumindo os riscos da atividade em um contrato nitidamente de natureza civil, ao qual aderiu livremente.

Perceba-se que, segundo esta fundamentação, o trabalhador por aplicativo passa a ser encarado quase que como proprietário da atividade produtiva, simplesmente pelo fato de assumir o custeio dos principais meios de execução do serviço, sem qualquer reflexão sobre sua participação na apropriação da acumulação econômica global do negócio, bem como sobre as demais circunstâncias socioeconômicas que, ao fim e ao cabo, subjugam, *per se*, o executor da atividade aos ditames empresariais.

Demais disso, o acórdão faz menção expressa à decisão exarada pelo STF na ADC nº 48, aludindo que o enquadramento da relação estabelecida entre o motorista de aplicativo e a respectiva plataforma deve ser autônoma, nos termos definidos pela Lei nº 11.442/2007 — que regula o transporte rodoviário de cargas por conta de terceiros e mediante remuneração — termos declarados constitucionais pelo Excelso Pretório, exatamente na sobredita ADC.³²

Mais recentemente, em decisão unânime do dia 2 de março de 2021, novamente a 4ª Turma do TST, ao julgar o RR nº 10555-54.2019.5.03.0179³³, agora sob a relatoria do Ministro Ives Gandra Martins Filho, manteve o posicionamento do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, que deu provimento ao recurso ordinário patronal, no sentido do não-reconhecimento do vínculo de emprego. O acórdão repete alguns argumentos já mencionados: percentual de 75% do total bruto arrecadado como contrapartida de quem trabalha; assunção dos riscos do negócio pelo motorista com os custos da prestação de serviços; não eventualidade mitigada pela inexistência da obrigação de uma frequência predeterminada ou mínima de labor pelo motorista para o uso do aplicativo, estando a cargo do(a) profissional definir os dias e a constância em que irá trabalhar; e afastamento da subordinação estrutural por falta de amparo legal.

A subordinação jurídica — caracterizada, segundo o voto condutor do acórdão, pelo controle por parte do empregador da atividade desenvolvida pelo empregado — não foi identificada, no caso examinado, sob justificativa de que o motorista não teria recebido ordens, dispondo de ampla autonomia para escolher dias e horários de labor, podendo desligar-se do aplicativo a qualquer momento e pelo tempo que entendesse necessário, sem nenhuma vinculação a metas determinadas pelo aplicativo ou sanções decorrentes de suas escolhas pessoais. Por conseguinte, diz o acórdão, o art. 6º, parágrafo único, da CLT, não incide, na hipótese, porque inexistiu comando direto, controle e supervisão das atividades desempenhadas e porque a situação se insere no rol de atividades permitidas para inscrição como Microempreendedor Individual - MEI, nos termos da Resolução 148/2019 do Comitê Gestor do Simples Nacional, a indicar, no sentir dos julgadores da

³² ADC 48, Rel. Min. Roberto Barroso, DJE nº 123, de 18/05/2020.

³³ BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho. *Recurso de revista nº 10555-54.2019.5.03.0179*. Recorrente: Neder Henrique Gomes Correa e Recorrido: Uber do Brasil Tecnologia LTDA. Relator: Ives Gandra Martins Filho. Brasília, 2 de março de 2021. Disponível em: <http://celioneto.adv.br/wp-content/uploads/2021/03/Voto-UBER-RR-10555-54.2019.5.03.0179-6223090.pdf>. Acesso em: 1 mai. 2021.

ocasião, autonomia dos serviços prestados e, por conseguinte, o descabimento do reconhecimento do vínculo de emprego.

O voto condutor desse julgamento argui, no mais, que as plataformas digitais são uma ferramenta de impressionante potencial gerador de trabalho e atividade econômica, que poderia se ver frustrada em caso de equivocado enquadramento em moldes antiquados, atrelados a uma visão pautada na Primeira Revolução Industrial, enquanto já viveríamos a Quarta Revolução Industrial.

Destoando do entendimento das decisões até aqui referidas, a 3ª Turma do TST, no julgamento do RR nº 100353-02.2017.5.01.0066³⁴, com voto da relatoria do Ministro Mauricio Godinho Delgado e manifestação do Ministro Alberto Bresciani, formou maioria a favor do vínculo de emprego entre motorista por aplicativo e a empresa de transporte³⁵. Assim, é a primeira vez que tal entendimento se corporifica na jurisprudência do TST, rompendo com o aludido padrão decisório que, aparentemente, vinha se desenhando.

Em seu voto, o Ministro Godinho se debruçou sobre os pontos do acórdão recorrido referentes às provas apreciadas pelo tribunal de origem e verificou a presença de todos os elementos que caracterizam a relação de emprego, no caso concreto apreciado.³⁶ Argumentou haver subordinação suficientemente demonstrada porque o algoritmo da empresa detentora do aplicativo emite ordens, além de diretrizes claras e objetivas que devem ser seguidas pelo motorista, havendo um "poder diretivo exercido com muita eficiência". Quanto ao enquadramento jurídico da questão, asseverou o voto, ademais, que o art. 6º, parágrafo único, da CLT, aplica-se perfeitamente às relações "uberizadas", sendo o Brasil um dos únicos países do mundo cuja legislação já permite albergar, sem esforço, o enquadramento jurídico da subordinação por meio telemático, considerando, assim, o trabalhador por aplicativo, empregado.³⁷

³⁴ BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho. *Recurso de Revista nº 100353-02.2017.5.01.0066*. Recorrente: Elias do Nascimento Santos e Recorrido: Uber do Brasil Tecnologia LTDA. e outros. Relator: Mauricio Godinho Delgado. Brasília, 14 dez de 2020. Disponível em: <http://aplicacao4.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do?consulta=Consultar&conscsjt=&numeroTst=100353&digitoTst=02&anoTst=2017&orgaoTst=5&tribunalTst=01&varaTst=0066&submit=Consultar> Acesso em: 25 jan. 2020.

³⁵ Até o momento de finalização deste escrito, o julgamento encontra-se novamente suspenso pelo pedido de vista regimental do Ministro Alexandre de Souza Agra Belmonte, cujo entendimento, contudo, não mais terá o condão de modificar o resultado definido majoritariamente.

³⁶ O conteúdo do voto pode ser depreendido pela transmissão virtual da sessão da 3ª Turma do TST, no dia 2/12/2020, registrado na plataforma do YouTube, uma vez que o Ministro Maurício Godinho Delgado realizou a leitura e apresentou os principais argumentos que fundamentaram sua decisão, bem como do voto do Ministro Alberto Bresciani, pela leitura de seu voto em sessão virtual, no dia 15/12/2021. A ver: https://www.youtube.com/watch?v=IXQk3x_I868&t=7653s e <https://www.youtube.com/watch?v=TcxAg3Q3AjU&t=2613s>.

³⁷ A tese adotada no voto do Ministro Godinho Delgado acabou por ser reproduzida em decisões de primeira instância posteriores, *vg.* BRASIL, Vara de Trabalho de São Paulo (8ª). *Ação Cível Pública nº 1001058-88.2018.5.02.0008*. Autor: Ministério Público do Trabalho e Réus: Loggi Tecnologia LTDA. e L4B Logística LTDA. Juíza: Lavia Lacerda Mendenez. São Paulo, 6 de dez. de 2019. Disponível em: <https://www.jota.info/wp-content/uploads/2019/12/f9267d679ddb3c29069a6a948d921954.pdf>.

Acesso em: 3 mar. 2021/ BRASIL, Vara do Trabalho (33ª). *Sentença nº 2534b89*. Réu: Uber do Brasil Tecnologia LTDA. Relator: Márcio Toledo Gonçalves. MG, de 13 de fevereiro de 2017. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/arquivos/2017/2/art20170214-02.pdf>. Acesso em: 3 de março de 2021/ BRASIL, Vara do Trabalho de Gama. *Sentença nº 2772f1d*. Autor: William Miranda da Costa. Réu: Uber do Brasil Tecnologia LTDA. Relator: Tamara Gil Kemp. Brasília, DF, de 18 de abril de 2017. Disponível em:

O Ministro Bresciani, ao seu turno, faz coro à tese encampada, também citando as experiências internacionais, com especial foco nas decisões do Tribunal de Justiça da União Europeia, Suprema Corte do Reino Unido e na lei do estado da Califórnia, bem como estudo ao OIT sobre o trabalho por plataforma digital, ressaltando a falsa dicotomia entre liberdade na determinação do horário de trabalho e o afastamento da subordinação pela reafirmação do poder de controle do empregador pelo uso dos meios temáticos, mencionando nominalmente a subordinação algorítmica.

Também entende o Ministro haver pessoalidade e onerosidade na relação jurídica em discussão, uma vez que o fato de qualquer motorista poder se cadastrar no aplicativo não elimina a particularização necessária pela permanência de mecanismos de avaliação, bem como pelo recebimento de percentagens pelo aplicativo no pagamento das corridas realizadas. Por fim, ressalta o Ministro que, em que pese o TST seja um tribunal de uniformização, há liberdade decisória do órgão fracionário no julgamento de seus processos, de tal sorte que a jurisprudência anterior não estabelece efeito vinculante até o momento.

Fora da instância superior da Justiça do Trabalho, foi julgado pelo STJ, em 28 de agosto de 2019, o conflito de competência nº 164.544 – MG, de relatoria do Ministro Moura Ribeiro.³⁸ Tratava-se de ação de obrigação de fazer cumulada com reparação de danos materiais e morais ajuizada por motorista contra a empresa de transporte por aplicativo, em razão de suspensão da conta pela empresa, que impossibilitou o exercício da profissão pelo autor. A pretensão era a reativação da conta e o ressarcimento de danos materiais e morais pelo período de suspensão. Proposta essa demanda perante o Juízo Estadual, houve declínio de competência em favor da Justiça do Trabalho, sob justificativa de se tratar de relação laboral. O Juízo Trabalhista, por sua vez, também se declarou incompetente e suscitou o conflito negativo, sob o fundamento de que não teria ficado caracterizada a relação de trabalho. A Procuradoria-Geral da República Federal opinou pela declaração de competência do Juízo Estadual.

O STJ julgou competente o Juízo Estadual, aduzindo cuidar-se de competência em razão absoluta da matéria, estabelecida pelo pedido e pela causa de pedir (contrato de intermediação digital para a prestação de serviços firmado entre as partes, de cunho eminentemente civil), que, no entender das razões do acórdão, não se vinculam à eventual relação de emprego havida entre as partes, tampouco à pretensão de recebimento de verbas de natureza trabalhista. Não obstante, o acórdão debruçou-se sobre os requisitos

<https://www.conjur.com.br/dl/uber-decisao.pdf>. Acesso em: 3 mar. 2021./ BRASIL, Vara do Trabalho de Porto Alegre (28ª). *Sentença*. Reclamante: Alexandre Roberto de Oliveira e Reclamada: Uber do Brasil LTDA. Julgador: Átila da Rold Roesler. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/uber-decisao1.pdf>. Acesso em: 27 abr. 2021./ BRASIL, Vara do Trabalho de São Paulo (37ª). *Sentença*. Autor: Ministério Público do Trabalho. Réu: Rapiddo Agencia De Servicos De Entrega Rapida S.A.; Ifood.Com Agencia De Restaurantes Online S.A. Julgador: Shirley Aparecida De Souza Lobo Escobar. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/decisao-ifood-vinculo-empregaticio.pdf>. Acesso em: 27 abr. 2021.

³⁸ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. *Conflito de competência nº 164.544 – MG*. Suscitante: Juízo da Primeira Vara do Trabalho de Poços de Caldas. Suscitado: Juízo de Direito do Juizado Especial Cível de Poços de Caldas. Relator: Moura Ribeiro. Brasília, 28 de set. de 2019. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1857953&num_registro=201900799520&data=20190904&formato=PDF. Acesso em: 3 mar. 2021.

para a caracterização do vínculo de emprego, afirmando inexistir, na relação entre as partes, onerosidade, subordinação e não eventualidade, tal de maneira que o dito sistema de transporte privado individual deteria natureza de cunho civil.

Tendo em vista as decisões analisadas, seja pela pouca quantidade, seja pelo conteúdo, ainda não se pode afirmar que a jurisprudência brasileira acerca da natureza jurídica da relação entre trabalhadores e empresas detentoras de aplicativos de transporte está pacificada. Tem-se, de fato, um debate jurisprudencial ainda em curso e, especificamente na seara da instância superior do TST, conquanto haja, em termos numéricos, mais posicionamentos contra do que a favor da existência de vínculo de emprego entre motoristas e empresas detentoras de aplicativos, tal superioridade deverá seguir sendo posta à prova, conforme outros recursos provoquem esse Tribunal Superior e conforme a dissidência aberta pelo voto do Ministro Godinho eventualmente encontre espaço de acatamento na própria Corte, sem contar a possibilidade do STF ser provocado a manifestar-se sobre o tema.

Por outro lado, perceber-se, claramente, que a tese da inexistência de vínculo empregatício, por ora numericamente prevalecente no TST, vem sendo construída sob um determinado modelo hermenêutico, verificável em todas as decisões aqui examinadas. Nestas, em que pese haja menção à destinação ao motorista de 85% do valor contratado do serviço, ao enquadramento dos motoristas como trabalhadores autônomos e à necessidade da criação legislativa de marco regulatório, é o elemento da subordinação o aspecto crucial da análise empreendida, cuja alegada inexistência decorre do enfoque na ausência de ordens expressas dirigidas pela empresa ao motorista, na flexibilidade da jornada de trabalho, com possibilidade de desconexão do aplicativo, a critério do motorista.

Tais argumentos vêm sendo repetidos, ao que parece reforçando uma intenção de homogeneidade de critérios hermenêuticos por parte dos Ministros do TST entusiastas da tese da inexistência de vínculo empregatício entre empresas detentoras de plataformas digitais e motoristas, do que é exemplo o voto condutor do aresto que apreciou o RR nº 10555-54.2019.5.03.0179, o qual, ao final, transcreve passagens de alguns outros julgamentos do TST que seguiram na mesma linha.

Foi possível verificar, ainda, que as decisões nesse sentido se furtam a dialogar com seu contraponto, isto é, com as possíveis razões de decidir pela existência do liame empregatício, amplamente esmiuçadas na jurisprudência comparada e presentes em sentenças de primeira instância e em acórdãos de segunda instância, os quais encontraram eco, recentemente, no voto do Ministro Maurício Godinho Delgado, por ocasião do julgamento do RR nº 100353-02.2017.5.01.0066.

Como resultado, tem-se que uma incipiente tendência ao não reconhecimento do vínculo de emprego dos trabalhadores por aplicativo de transporte pelo TST, se consolidada, tomará direção distinta da jurisprudência comparada examinada, a qual já influenciou, diretamente, a regulação da matéria, do que são exemplos as mencionadas leis recentes do Reino Unido e da Espanha, alteradas em ordem à preservação dos direitos trabalhistas de trabalhadoras e trabalhadores por aplicativo, a partir da consagração de sua condição de empregada(o).

A natureza jurídica da relação entre trabalhadores por aplicativo no Brasil: das generalidades aos imperativos

Pensando-se a relação entre motorista e empresa detentora de aplicativo de transporte na perspectiva da tradicional identificação dos cinco requisitos do contrato de trabalho (com vínculo empregatício), reproduzida nos acórdãos aqui analisados, constata-se a aceitação dos tribunais brasileiros, até com relativa facilidade, da presença da onerosidade e da pessoalidade nessa relação, restando, por outro lado, altamente controvertidos os elementos da não eventualidade e, sobretudo, da subordinação.

A onerosidade decorre do fato de que o serviço de transporte é prestado pelo motorista com o objetivo de receber remuneração pela corrida realizada. A peculiaridade da hipótese em comento reside no fato de a definição do preço da corrida caber, unilateralmente, a um algoritmo programado pela empresa de transporte por aplicativo. O modo de pagamento da remuneração pela corrida também é definido de modo unilateral e depende, necessariamente, do prévio pagamento pelo cliente à plataforma, de forma que o serviço prestado é pago à empresa detentora do aplicativo — que é aquela que, na prática, auferir lucro sobre a atividade econômica e, segundo seus próprios critérios quantitativos variáveis, repassa um determinado *quantum* a quem fez a condução.³⁹

A pessoalidade floresce do fato de que apenas o(a) motorista registrado(a) na conta do aplicativo pode, de acordo com as regras que lhes são previamente estabelecidas, realizar a entrega ou o transporte. Por isso, trabalhadoras e trabalhadores, ao se cadastrarem nas plataformas, têm seu perfil pessoal escrutinado e avaliado pela empresa detentora do aplicativo, segundo suas próprias exigências. Ademais, a inobservância da prestação pessoal dos serviços pelo(a) entregador(a) pode ensejar punição pela empresa detentora do aplicativo, ressaltando-se o poder disciplinar típico de uma relação de emprego examinada a partir da clássica noção de subordinação.

Neste cenário, embora a questão da alteridade não seja objeto de abordagem relevante nas decisões examinadas, a assunção dos riscos da atividade econômica pela empresa detentora do aplicativo mostra-se clara, na medida em que controla e gere a dinâmica de preços e descontos e recebe o pagamento total pelos serviços, sendo o(a) motorista mero(a) receptor(a) e cumpridor(a) de ordens, a ser remunerado(a), *a posteriori* e na forma de repasse, segundo parâmetros percentuais flutuantes, ao talante do algoritmo da plataforma digital.⁴⁰

Já no que concerne à não eventualidade, a pesquisa jurisprudencial realizada mostrou que se trata de aspecto pouco controvertida nos julgamentos do TST. A maioria dos julgados analisados classifica os serviços de transporte por aplicativos como eventuais, sob o fundamento, no mais das vezes, de ausência de determinação de horário de trabalho pelas empresas detentoras da plataforma digital.

³⁹ KALIL, Renan Bernardi. *A regulação do trabalho via plataformas digitais*. São Paulo: Bluncher, 2020, p. 89.

⁴⁰ KALIL, Renan Bernardi. *A regulação do trabalho via plataformas digitais*. São Paulo: Bluncher, 2020, p. 248.

Mas é de fato a ausência de subordinação o fio condutor argumentativo das decisões judiciais do TST que negam o reconhecimento da existência do vínculo de emprego entre os motoristas e as empresas detentoras de aplicativo de transporte. De maneira geral, alega-se que não há dependência e controle impostos pelo empregador ao motorista, apontando-se uma ampla flexibilidade deste na definição dos principais aspectos da sua jornada de trabalho, tais como horário e tempo de permanência logado no meio telemático.

Não raro, nas decisões analisadas se fez apologia à transformação das relações laborais ao longo da História – inclusive com menções diretas à Quarta Revolução Industrial e suas novas formas de labor –, bem como destacam a necessidade de serem considerados novos parâmetros sociais e econômicos, na análise do vínculo de emprego, principalmente no que tange à subordinação. Aduziu-se, nesta linha, que a ausência de subordinação é algo dado em uma relação classificada como nova e, por isso, não consentânea com o paradigma adotado pela CLT, criticado em alguns acórdãos examinados como anacrônico, devoto da Primeira Revolução Industrial e limitante do desenvolvimento econômico do País, em função do aumento nos custos de produção pela garantia de direitos trabalhistas. A ironia está justamente no fato dessa posição, a pretexto de criticar o tradicional paradigma celetista do liame empregatício, aplicar justamente a clássica noção de subordinação (baseada na submissão a ordens patronais diretas) como critério de exame da situação de trabalhadoras e trabalhadores por aplicativos.

No que se refere à afirmação da não eventualidade e da subordinação nos serviços em comento, verificou-se uma análise simplista, que não aprofunda a investigação da pressuposta liberdade de prestação de serviços, supostamente exercida pelo(a) motorista. É que a empresa detentora do aplicativo tem condições de controlar a frequência do(a) motorista por intermédio, por exemplo, do próprio aplicativo (que usa GPS), e, além disso, em não havendo trabalho, o(a) motorista fica sem receber qualquer valor, o que não lhe permite perceber renda compatível com o custeio de sua existência.⁴¹ Há, portanto, um imperativo econômico de sobrevivência que, também aqui — como em qualquer relação de trabalho sob o modelo societal capitalista — mitiga, senão elimina o poder de livre e ampla escolha da pessoa sobre o momento de prestar ou não o serviço, imperativo tal que, ao fim e o cabo, compreendido em alargado horizonte, permite que se possa concluir que a empresa detentora do aplicativo vale-se de tal premência para viabilizar-se economicamente, tecendo sobre intensidade do labor empreendido um véu opaco de pseudoliberalidade de decisão da pessoa que vive da venda da força de trabalho.

Por certo, não é o caso de se imaginar que a morfologia do trabalho e as formas de produção sejam as mesmas, desde os tempos da promulgação da CLT até os dias atuais. Afinal, o modo de produção capitalista, de há tempos, é conhecido pela sua ampla

⁴¹ Nesse sentido: BRASIL, Vara do Trabalho de Porto Alegre (28ª). *Sentença*. Reclamante: Alexandre Roberto de Oliveira e Reclamada: Uber do Brasil LTDA. Julgador: Átila da Rold Roesler. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/uber-decisao1.pdf>. Acesso em: 27 abr. 2021.

capacidade de mutação e adaptação para maximização da acumulação, a partir de novas formas de valor e de mercadoria.⁴²

Este complexo debate exige, à partida, o abandono da falsa correlação, frequentemente pressuposta, entre morfologia do trabalho (formas de trabalhar) e enquadramento jurídico do contrato de trabalho. Não é porque as formas jurídicas de proteção do trabalho sofrem notória influência dos avanços tecnológicos e da organização social de cada época⁴³ que os artigos 2º e 3º da CLT, por serem da década de 1940, devem ser tomados como, necessariamente, incompatíveis com as formas de trabalho da atualidade, parte das quais (não sua totalidade) resultantes dos impulsos tecnológicos digitais próprios do século XX.

Sob esta perspectiva, pensa-se que o regime celetista acerca da configuração do contrato de trabalho com vínculo empregatício, mesmo sob a égide do consenso doutrinário que se construiu acerca de seus elementos estruturantes, não é limitante do conteúdo da noção de subordinação, oferecendo, por isso, a oportunidade de sua análise sintonizada com as novas formas de trabalho. Para tanto, basta um olhar honesto — i.e., despido de interesses econômicos previamente estabelecidos — para as condições de prestação de serviços dos(as) motoristas por aplicativo.

A respeito, comenta Kalil que a busca pela identificação de um proprietário ou um gerente que dirige ordens e supervisiona, diretamente, a atividade dos(as) motoristas por aplicativo está fadada ao fracasso.⁴⁴ Contudo, a adoção dessa estratégia de interpretação jurídica obscurece a realidade que salta aos olhos. Não há a necessidade, no caso dos(as) motoristas por aplicativo, de um controle rígido realizado por pessoa específica, dado que um sistema complexo e organizado de controle de preços, jornada, remuneração e até mesmo atribuição de punições, gerenciado por algoritmos, desempenha o papel típico do empregador em todas as suas dimensões (diretiva, regulamentar e disciplinar). Ou seja, a subordinação permanece viva, exercida que é, imediatamente, pela inteligência artificial e, mediamente, por quem programa os algoritmos pelos quais tal inteligência opera. Foi exatamente a propósito dessa situação que, em 2011, deu-se a inclusão do já referido parágrafo único do artigo 6º da CLT.

Não há, portanto, qualquer óbice ou mesmo dificuldade hermenêutica, em face da legislação brasileira, para o reconhecimento do vínculo de emprego de motoristas com as empresas detentoras de aplicativos, porque os artigos 2º, 3º e 6º, parágrafo único, da CLT já oferecem mecanismos satisfatórios para a regulamentação dessas relações. Não se cuida de presumir que novas relações laborais digitais não comportam escrutínio à luz dos elementos estruturantes do vínculo empregatício, mas de aplicá-los à situação fática, com todas as vicissitudes tecnológicas envolvidas, sem descurar-se, todavia, das essencialidades socioeconômicas que permanecem presentes em qualquer enlace

⁴² MARX, Karl. *O capital: crítica da economia política. Livro III: O processo global da produção capitalista*. Trad. Rubens Enderle. São Paulo, Boitempo, 2017, p. 334.

⁴³ HUGHES, Carl; SOUTHERN, Alan. The world of work and the crisis of capitalism: Marx and the Fourth Industrial Revolution. *Journal of Classical Sociology*, v. 19, n. 1, p. 63. Disponível em: <https://livrepository.liverpool.ac.uk/3032894/>. Acesso em: 4 mar. 2021.

⁴⁴ KALIL, Renan Bernardi. *A regulação do trabalho via plataformas digitais*. São Paulo: Bluncher, 2020, p. 240.

atinente à venda da força de trabalho, independentemente da tecnologia envolvida no modo e nos instrumentos de realização desta venda.

Ocorre, contudo, que a se consolidar como prevalecente a incipiente tendência jurisprudencial do TST no sentido da negação do vínculo empregatício a motoristas por aplicativo, além de distanciar-se de sua própria regulação, plasmada no regime celetista de configuração do contrato de trabalho, e do caminho jurídico adotado por outros países que contam com expressivo mercado de transporte por aplicativos, o Estado brasileiro estará confrontando os cânones da promoção do Trabalho Decente segundo a OIT, incorporados ao oitavo dos Objetivos do Desenvolvimento Sustentável (Agenda 2030) segundo a ONU, aspecto sequer cogitado nas decisões judiciais examinadas.

A respeito, cumpre lembrar que, com fins de modernização e reestruturação institucional e a pretexto de recuperar protagonismo na mediação internacional da tensão capital-trabalho, a OIT, em 1999, adotou, a partir de deliberação tripartite de seus Estados Membros⁴⁵, a promoção do Trabalho Decente como eixo orientador de todas as suas ações, passando a apostar na cooperação internacional para a promoção de políticas públicas nacionais segundo quatro objetivos estratégicos previamente delimitados.⁴⁶

O primeiro objetivo estratégico é a proteção dos direitos fundamentais nas relações de trabalho, tal como enunciados na Declaração da OIT sobre Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho de 1998, quais sejam, a liberdade sindical e o reconhecimento efetivo do direito de negociação coletiva, a eliminação de todas as formas de trabalho forçado ou obrigatório, a abolição efetiva do trabalho infantil e a eliminação da discriminação em matéria de emprego e ocupação.⁴⁷

O segundo objetivo estratégico mira a geração de empregos produtivos e de qualidade, assim entendido aquele que proporciona remuneração adequada, em ambiente protegido em face de riscos físicos e mentais, com estabilidade contratual, criação e melhor aproveitamento das capacidades individuais e adequada gestão do tempo de trabalho, contemplando políticas de inserção de categorias vulneráveis (v.g. mulheres, jovens, idosos, pessoas com deficiência).

⁴⁵ O OIT tem por característica institucional, determinada no documento de sua Constituição, o tripartismo, a partir do qual delibera-se sobre composição de órgãos, normogênese e realização de ações sempre em ambiente conformado por representações governamentais, obreiras e patronais (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT). *Constituição da Organização Internacional do Trabalho*. Genebra: Organização Internacional do Trabalho, 1944. Disponível em: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---ilo-brasilia/documents/genericdocument/wcms_336957.pdf. Acesso em: 30 jun. 2021).

⁴⁶ BELTRAMELLI NETO, Silvio; VOLTANI, Julia de Carvalho. Investigação histórica do conteúdo da concepção de Trabalho Decente no âmbito da OIT e uma análise de sua justiciabilidade. *Revista do Direito Internacional*. Brasília, v. 16, n. 1, abril de 2019, p. 169. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/5900>. Acesso em: 10 mai. 2021; BELTRAMELLI NETO, Sílvio; BONAMIM, Isadora Rezende; VOLTANI, Júlia de Carvalho. Trabalho Decente Segundo a OIT: Uma Concepção Democrática? Análise Crítica à Luz da Teoria do Contrato Social. *Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM*. v. 14, n. janeiro de 2019. p. 4. Disponível em: www.ufsm.br/revistadireito. Acesso em 8 mai. 2021.

⁴⁷ ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Declaração da OIT sobre os Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho*. Disponível em: https://www.ilo.org/public/english/standards/declaration/declaration_portuguese.pdf. Acesso em: 5 mai. 2021, p. 02.

O terceiro objetivo estratégico, por sua vez, preceitua a ampliação da proteção social pelo Estado, com garantia de um conjunto de mecanismos de inclusão e salvaguarda socioeconômica permanente e duradoura, especialmente quando das crises econômicas, consagrando a garantia do acesso aos serviços de assistência humana básica indistinta, seja em razão de incapacidade temporário ou mesmo do desemprego.⁴⁸

Por fim, como quarto objetivo estratégico tem-se o fortalecimento do diálogo social, que busca valorizar e afirmar a importância do tripartismo nas deliberações alusivas a políticas públicas e regulação das manifestações da venda da força de trabalho.

O Trabalho Decente também foi alçado à condição de oitavo Objetivo do Desenvolvimento Sustentável (ODS ou “Agenda 2030”) da Organização das Nações Unidas. Dessa maneira, integra o conjunto de ações elencadas pela entidade como necessárias para acabar com a pobreza, proteger o meio ambiente e o clima e garantir paz e prosperidade a todas as pessoas.⁴⁹

O Brasil, submete-se, voluntariamente, à exigência internacional de promoção do Trabalho Decente, seja em razão da sua filiação ativa junto a OIT — que vincula o País à Declaração sobre os Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho de 1998, abrigada pelo primeiro objetivo estratégico da concepção de Trabalho Decente —, seja em virtude de específica adesão a este chamado de cooperação internacional da OIT para políticas públicas nacionais, manifestada, em território nacional, pela edição da Agenda Nacional de Trabalho Decente, em 2006.⁵⁰

Portanto, no contexto da promoção do Trabalho Decente, a negação do contrato de trabalho de que se fala consubstancia-se, *per se*, obstaculização de acesso a direitos humanos trabalhistas, acarretando a informalização deste tipo de trabalho e, portanto, recusando observância ao primeiro, segundo e terceiro objetivos estratégicos do Trabalho Decente, que reclamam a criação e manutenção de postos de trabalhos com direitos básicos garantidos, remuneração justa, não exposição a riscos à saúde e à segurança (*v.g.* decorrentes de jornadas laborais extensas) e proteção social do Estado contra situações provisórias ou permanentes de interrupção da condição de trabalhar, circunstâncias que exigem, segundo a regulação brasileira, vínculo empregatício formalmente constituído.

Especificamente em relação à proteção ao empregado e centralidade da relação de emprego, vale lembrar, ainda, que a OIT emitiu a Recomendação nº 198, de 2006, cujo conteúdo vincula-se direta e expressamente ao Trabalho Decente. No artigo 4º, “b”, dessa Recomendação, há a alusão à obrigação estatal de criação de uma política pública nacional que combata práticas que visam disfarçar as relações de trabalho por meio do não-enquadramento legal dos trabalhadores na condição devida de empregado ou mesmo na

⁴⁸ MERINO, Lucyla Tellez. A eficácia do conceito de trabalho decente nas relações trabalhistas. 2011. *Tese de Doutorado*. Universidade de São Paulo. p. 138-139.

⁴⁹ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). *Agenda 2030: Objetivos de Desenvolvimento Sustentável*. 2018. Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/sdgs>. Acesso em 1 mai. 2021.

⁵⁰ BRASIL. Ministério do Trabalho e Emprego. *Agenda Nacional do Trabalho Decente*. Brasília: Ministério do Trabalho e Emprego, 2006. Disponível em: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---ilobrasilia/documents/publication/wcms_226229.pdf. Acesso em: 30 jun. 2021.

realização de acordos que não reconheçam o vínculo de emprego.⁵¹ Neste passo, a admissão de relações laborais ocultadas por figuras jurídicas outras que não a do contrato formal de trabalho consubstancia manifesta contrariedade também a este dispositivo da Recomendação nº 198 da OIT.

A este propósito, o recente relatório “*World Employment and Social Outlook: The role of digital labour platforms in transforming the world of work*”, produzido pela OIT, oferece uma visão atual e abrangente da experiência de trabalhadores e empresas em plataformas *on-line*, com base em pesquisas e entrevistas. Dentre suas principais observações, destaca-se a conclusão segundo a qual o gerenciamento de algoritmos de trabalhadores, por ser onipresente em plataformas digitais— determinando a alocação de tarefas, avaliação de desempenho, além de horários e o acesso a futuras oportunidades de trabalho —, implica em sérias dificuldades para a noção flexibilidade do trabalhador, reduzindo sua autonomia e a reafirmando o seu controle pelas empresas. Ao analisar diversos marcos regulatórios do trabalho por plataformas digitais, o estudo, ao tempo em que enfatiza a importância dessas iniciativas legais, alerta para a prevalência de uma dada incerteza regulatória e exorta a necessidade de coerência dos marcos regulatórios e políticas públicas em níveis nacional e internacional, deixando clara a importância do tratamento deste tipo de relação como um liame formal que confira acesso a direitos fundamentais no trabalho.⁵²

Como visto, as posições por ora quantitativamente prevaletentes no TST sobre o mote não caminham nessa direção.

Considerações finais

O tema do vínculo de emprego entre motoristas e empresas detentoras de aplicativos de transporte de pessoas e mercadorias ainda vem sendo motivo de crescente exame pela jurisprudência trabalhista brasileira, tendo seu órgão de cúpula, o TST, ainda se manifestado em poucos casos, embora com prevalência momentânea da tese da inexistência de contrato de trabalho para esse tipo de liame. Em outra direção segue a jurisprudência europeia e do estado da Califórnia, EUA, conquanto apenas no primeiro caso tenha havido, por enquanto, transbordo dos parâmetros jurisprudenciais para o campo legislativo.

O estudo da jurisprudência comparada permite perceber que, mesmo no contexto de ordenamentos jurídicos distintos, a subordinação estabelece-se como elemento nevrálgico para a definição do acesso de motoristas a direitos trabalhistas básicos,

⁵¹ ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT). *Recomendação nº 198*. Genebra: Organização Internacional do Trabalho, 2006. Disponível em: <https://www.legistrab.com.br/recomendacao-oit-198-relativa-a-relacao-de-trabalho/>. Acesso em: 10 mai. 2021.

⁵² ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT). *World Employment and Social Outlook: The role of digital labour platforms in transforming the world of work*. Genebra: International Labour Organization, 2021, p. 245. Disponível em: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/---publ/documents/publication/wcms_771749.pdf. Acesso em: 10 mai. 2021.

comportando, todavia, conclusões que opõem TST e as cortes europeias e californiana, diante de uma mesma relação socioeconômica.

De seu lado, a jurisprudência do TST denegatória do vínculo empregatício para a hipótese em análise adota paradigmas argumentativos que conduzem ao aprofundamento da flexibilização de direitos e da precarização da condição dos trabalhos executados com mediação tecnológica digital, negando, assim, a incidência fático-jurídica dos arts. 2º, 3º e 6º, § único, CLT, e a conformidade com a promoção do Trabalho Decente. Não se pensa, entretanto, que lutas por melhores condições no labor e acesso a direitos humanos trabalhistas básicos estejam circunscritos à quadratura que a legalidade impõe. Tampouco se alimenta a expectativa de que o reconhecimento do vínculo de emprego de trabalhadoras e trabalhadores por aplicativo conduza à emancipação desta classe obreira ou que as regulações nacional e internacional possam operar acima dos conflitos do capitalismo, tendo o condão de realizar, por conta própria, uma transformação estrutural na sociedade.

Contudo, o regime celetista brasileiro de configuração do contrato de trabalho com vínculo de emprego e a concepção de Trabalho Decente são relevantes instrumentos jurídicos de disputa por políticas públicas regulatórias e jurisdicionais que se estabeleçam como diques para a livre exploração do trabalho humano, ainda mais no contexto do desenvolvimento da Quarta Revolução Industrial, marcado, até então, por uma profunda reestruturação da morfologia do labor, seguida de precarização e flexibilização.

E é neste contexto aflitivo que a postura judicial acerca do reconhecimento do vínculo de emprego de motoristas por aplicativo, no bojo das transformações impingidas no modo de produção capitalista do século XXI, passa a ser um sismógrafo da amplitude e necessidade contínua de atenção e reafirmação da centralidade do trabalho para a proteção da dignidade da pessoa humana, em termos sociológico e jurídico, bem como do grau de resistência contra a exploração da força laboral, manifestada em ambientes institucionais de disputa atinente aos elementos nucleares da dinâmica capitalista atual de acumulação, como o são os espaços de execução de políticas regulatórias e jurisdicionais respeitantes ao trabalho.

Sob este olhar, os primeiros ventos que têm soprado na jurisprudência do TST não parecem alvissareiros e seu redirecionamento impõe-se como condição de respeito ao fundamento contramajoritário do Direito do Trabalho, em tempos do processo produtivo digital que impressiona tanto pela inovação quanto pela capacidade de aprofundar a exclusão social.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Fernanda Cabral de; DE BARROS, Isabela Pimentel de. O pioneirismo espanhol: a presunção do vínculo de emprego para entregadores de plataformas digitais. *UERJ Labuta*. 15 de março de 2021. Disponível em: <https://uerjlabuta.com/2021/03/15/o-pioneirismo-espanhol-a-presuncao-do-vinculo-de-emprego-para-entregadores-de-plataformas-digitais/>. Acesso em: 6 mai. 2021.

ANTUNES, Ricardo. *Os sentidos do trabalho*: Ensaio sobre a afirmação e a negação do trabalho. 2. ed. São Paulo: Boitempo, 2017.

BELTRAMELLI NETO, Sílvio; BONAMIM, Isadora Rezende; VOLTANI, Júlia de Carvalho. Trabalho Decente Segundo a OIT: Uma Concepção Democrática? Análise Crítica à Luz da Teoria do Contrato Social. *Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM*. v. 14, n. janeiro de 2019, p.1-36. Disponível em: www.ufsm.br/revistadireito. Acesso em 8 mai. 2021.

BELTRAMELLI NETO, Sílvio; VOLTANI, Júlia de Carvalho. Investigação histórica do conteúdo da concepção de Trabalho Decente no âmbito da OIT e uma análise de sua justiciabilidade. *Revista do Direito Internacional*. Brasília, v. 16, n. 1, p. 165-185, abril de 2019. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/5900>. Acesso em: 10 mai. 2021.

BELTRAMELLI NETO, Sílvio; COSTA, Leandro Faria. Apontamentos sobre a Quarta Revolução Industrial e as recentes impressões da OIT a respeito sob a ótica do Trabalho Decente. In: ROCHA, Cláudio J.; PORTO, Lorena V.; ALVARENGA, Rúbia Z. de A.; PIRES, Rosemary de O.. (Org.) *Coleção Direito Internacional do Trabalho - Vol. 2: A comunicabilidade do Direito Internacional do Trabalho e o Direito do Trabalho Brasileiro*. 1ed.São Paulo: Tirant Lo Blanc, 2020, v. 2, p. 244-263.

BRASIL. Ministério do Trabalho e Emprego. *Agenda Nacional do Trabalho Decente*. Brasília: Ministério do Trabalho e Emprego, 2006. Disponível em: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---ilobrasilia/documents/publication/wcms_226229.pdf. Acesso em: 30 jun. 2021.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. *Conflito de competência nº 164.544 – MG*. Suscitante: Juízo da Primeira Vara do Trabalho de Poços de Caldas. Suscitado: Juízo de Direito do Juizado Especial Cível de Poços de Caldas. Relator: Moura Ribeiro. Brasília, 28 de set. de 2019. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1857953&num_registro=201900799520&data=20190904&formato=PDF. Acesso em: 3 mar. 2021.

BRASIL, Tribunal Regional do Trabalho (15ª). *Recurso ordinário nº 0011710-15.2019.5.15.0032*. Recorrente: Rogerio Adriano Venancio Martins e Recorrido: Uber do Brasil Tecnologia LTDA. Relator: João Batista Martins César. Disponível em: <https://pje.trt15.jus.br/consultaprocessual/detalhe-processo/0011710-15.2019.5.15.0032/2>. Acesso em: 27 abri. 2021.

BRASIL, Tribunal Regional do Trabalho (11ª). *Recurso ordinário nº 0000416-06.2020.5.11.0011*. Recorrente: Dennis Neves dos Santos e Recorrido: Uber do Brasil Tecnologia LTDA. Relatora Ruth Barbosa Sampaio. Disponível em: <https://consultajurisprudencia.trt11.jus.br/jurisprudencia/visualizar.xhtml>. Acesso em: 25 jun. 2021.

BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho. *Agravo de Instrumento em Recurso de revista nº 1002011-63.2017.5.02.0048*. Agravante Jean Werly Feitosa da Silva e Agravada: Cabify

Agência de Serviços de Transporte de Passageiros LTDA. e outros. Relatora: Dora Maria da Costa. Brasília, 23 de out. de 2019. Disponível em: <https://jurisprudencia-backend.tst.jus.br/rest/documentos/d14049847cff9d60809efdf454d3b0d5>. Acesso em: 23 de abri. de 2021.

BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho. *Agravo de Instrumento em Recurso de revista nº 1000123-89.2017.5.02.0038*. Agravante: Marcio Vieira Jacob e Agravado: Uber do Brasil Tecnologia LTDA. e outros. Relator: Breno Medeiros. 14 de dez. de 2020. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/arquivos/2020/3/3DF335F800E5C1_acordao_.pdf. Acesso em: 21 jan. 2021.

BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho. *Agravo de Instrumento em Recurso de Revista nº 10575-88.2019.5.03.0003*. Agravante: Ricardo Ramos de Sá e Agravado: Uber do Brasil Tecnologia LTDA. Relator: Alexandre Luiz Ramos. 11 de novembro de 2020. Disponível em: <https://jurisprudencia-backend.tst.jus.br/rest/documentos/ace750066abb32447598485e6cfcab3e>. Acesso em: 30 abri. 2021.

BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho. *Agravo de Instrumento em Recurso de revista nº 11199-47.2017.5.03.0185*. Agravante: Ronildo Alves Dos Santos e Agravada: Uber do Brasil Tecnologia LTDA. e outros. Relatora: Dora Maria da Costa. Brasília, 18 de out. de 2018. Disponível em: <https://jurisprudencia-backend.tst.jus.br/rest/documentos/f34b76c575f57cbd3ba2f8a132c57d50>. Acesso em: 27 abri. 2021.

BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho. *Agravo de Instrumento em Recurso de revista nº 1000123-89.2017.5.02.0038*. Agravante: Marcio Vieira Jacob e Agravado: Uber do Brasil Tecnologia LTDA. e outros. Relator: Breno Medeiros. 14 de dez. de 2020. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/arquivos/2020/3/3DF335F800E5C1_acordao_.pdf. Acesso em: 21 jan. 2021.

BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho. *Correição parcial nº 1000373-91.2020.5.00.0000*. Recorrente: Uber do Brasil Tecnologia LTDA e Recorrido: Desembargador Jose Antonio Parente Da Silva e outros. Relator: Aloysio Correa Da Veiga. Brasília, 24 de abril de 2020. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/arquivos/2020/4/BAC9C64D6C0178_Liminar.pdf. Acesso em: 24 abri. 2021.

BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho. *Recurso ordinário com pedido de tutela antecipada antecedente nº 1001466-89.2020.5.00.0000*. Recorrente: Uber Do Brasil Tecnologia LTDA e Recorridos: Sindicato Dos Motoristas De Transp. Priv. E Partic. Individ. De Passag. Por Aplic. e Plataformas Digitais De Fortaleza E Reg. Metrop. Pagina_Capa_Pr. Relator: Douglas Alencar Rodrigues. Brasília, 5 de outubro de 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/tst-concede-efeito-suspensivo-livra.pdf>. Acesso em: 24 mai. 2021.

BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho. *Recurso de revista nº 100353-02.2017.5.01.0066*. Recorrente: Elias do Nascimento Santos e Recorrido: Uber do Brasil Tecnologia LTDA. e outros. Relator: Mauricio Godinho Delgado. Brasília, 14 de dez de 2020. Disponível em:

<http://aplicacao4.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do?consulta=Consultar&conscsjt=&numeroTst=100353&digitoTst=02&anoTst=2017&orgaoTst=5&tribunalTst=01&varaTst=0066&submit=Consultar> Acesso em: 25 jan. 2020.

BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho. *Recurso de revista nº 10555-54.2019.5.03.0179*. Recorrente: Neder Henrique Gomes Correa e Recorrido: Uber do Brasil Tecnologia LTDA. Relator: Ives Gandra Martins Filho. Brasília, 2 de março de 2021. Disponível em: <http://celioneto.adv.br/wp-content/uploads/2021/03/Voto-UBER-RR-10555-54.2019.5.03.0179-6223090.pdf>. Acesso em: 1 mai. 2021.

BRASIL, Vara de Trabalho de São Paulo (8ª). *Ação Cível Pública nº 1001058-88.2018.5.02.0008*. Autor: Ministério Público do Trabalho e Réus: Loggi Tecnologia LTDA. e L4B Logística LTDA. Juíza: Lavia Lacerda Mendenez. São Paulo, 6 de dez. de 2019. Disponível em: <https://www.jota.info/wp-content/uploads/2019/12/f9267d679dbb3c29069a6a948d921954.pdf>. Acesso em: 3 mar. 2021.

BRASIL, Vara do Trabalho (33ª). *Sentença nº 2534b89*. Réu: Uber do Brasil Tecnologia LTDA. Relator: Márcio Toledo Gonçalves. MG, de 13 de fevereiro de 2017. 7 fev. 2020. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/arquivos/2017/2/art20170214-02.pdf>. Acesso em: 3 de março de 2021. Acesso em: 3 mar. 2021.

BRASIL, Vara do Trabalho de Gama. *Sentença nº 2772f1d*. Autor: William Miranda da Costa. Réu: Uber do Brasil Tecnologia LTDA. Relator: Tamara Gil Kemp. Brasília, DF, de 18 de abril de 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/uber-decisao.pdf>. Acesso em: 3 mar. 2021.

BRASIL, Vara do Trabalho de Porto Alegre (28ª). *Sentença*. Reclamante: Alexandre Roberto de Oliveira e Reclamada: Uber do Brasil LTDA. Julgador: Átila da Rold Roesler. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/uber-decisao1.pdf>. Acesso em: 27 abri. 2021.

BRASIL, Vara do Trabalho de São Paulo (37ª). *Sentença*. Autor: Ministério Público do Trabalho. Réu: Rapiddo Agencia De Servicos De Entrega Rapida S.A.; Ifood.Com Agencia De Restaurantes Online S.A. Julgador: Shirley Aparecida De Souza Lobo Escobar. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/decisao-ifood-vinculo-empregaticio.pdf>. Acesso em: 27 abri. 2021.

CALIFÓRNIA. Bill nº 5. *Worker status: employees and independent contractors*. Disponível em: https://leginfo.ca.gov/faces/billTextClient.xhtml?bill_id=201920200AB5. Acesso em: 6 mai. 2021.

California Proposition 22, App-Based Drivers as Contractors and Labor Policies Initiative (2020). *BallotPedia*, 2020. Disponível em: [https://ballotpedia.org/California_Proposition_22,_App-Based_Drivers_as_Contractors_and_Labor_Policies_Initiative_\(2020\)](https://ballotpedia.org/California_Proposition_22,_App-Based_Drivers_as_Contractors_and_Labor_Policies_Initiative_(2020)). Acesso em: 24 mai. 2021.

CARVALHO, Murilo Sampaio Oliveira.; SANTOS, Tacio da Cruz Souza; ROCHA, Wendy Santos. Os entregadores das plataformas digitais: controvérsias judiciais, autonomia, dependência e controle. *Direito.UnB - Revista de Direito da Universidade de Brasília*, v. 4, n. 2, 31 ago. 2020, p. 63-89. Disponível em: <https://periodicos.unb.br/index.php/revistadedireitounb/article/view/32391>. Acesso em: 25 jan. 2021.

DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 14 ed. São Paulo: LTr, 2015.

Entregadores de aplicativos terão direitos trabalhistas na Espanha. G1, 2021. Disponível em: <https://g1.globo.com/google/amp/economia/tecnologia/noticia/2021/03/12/entregadores-de-delivery-terao-direitos-trabalhistas-na-espanha.ghtml>. Acesso em: 6 mai. 2021.

ESPAÑA, Tribunal Supremo. *Sentencia*. Requerente: Juan Molins García-Atance. Requerido: T.S.J. MADRID SOCIAL SEC.4. Pleno. 23 de setembro de 2020. Disponível em <https://cdtufpr.com.br/wp-content/uploads/2020/10/Riders-Glovo-RCUD-4746.19-PLENO-23.09.20-SR-MOLINS-GLOVO.pdf>. Acesso em: 3 mar. 2021.

ESTADOS UNIDOS, Supreme Court of Califórnia. *Dynamex Operations West Inc v. Tribunal Superior do Condado de Los Angeles*. Relatora: Tani Cantil-Sakauye, 30 de abril de 2018. Disponível em: <https://law.justia.com/cases/california/supreme-court/2018/s222732.html>. Acesso em: 6 mai. 2021.

FRANÇA, Cour of Cassation. *Pourvoi n° S1913316*. Sala Social. 4 de março de 2020. Disponível em: https://www.courdecassation.fr/IMG/20200304_rapport_ano_19-13.316.pdf. Acesso em: 27 abr. 2021.

FRANÇA, Cour of Cassation. *Note explicative relative à arrêt n° 374 du 4 mars 2020*. Sala Social. 4 de março de 2020. Disponível em: https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/notes_explicatives_7002/relative_arr_et_44525.html. Acesso em: 27 abr. 2021.

GHERSON, Ilana; CEFKIN, Melissa. Click for work: Rethinking work through online work distribution platforms. *Ephemera: theory and e politics in organisation*, v.20, n.4, p. 103-129, nov. de 2020, p. 103-129. Disponível em: <http://www.ephemerajournal.org/sites/default/files/pdfs/contribution/20-4GershonCefkin.pdf>. Acesso em: 5 mar. 2021.

HUGHES, Carl; SOUTHERN, Alan. The world of work and the crisis of capitalism: Marx and the Fourth Industrial Revolution. *Journal of Classical Sociology*, v. 19, n. 1, p. 59-71. Disponível em: <https://livrepository.liverpool.ac.uk/3032894/>. Acesso em: 4 mar. 2021.

KALIL, Renan Bernardi. *A regulação do trabalho via plataformas digitais*. São Paulo: Blucher, 2020.

MARX, Karl. *O capital: crítica da economia política. Livro III: O processo global da produção capitalista*. Trad. Rubens Enderle. São Paulo, Boitempo, 2017.

MERINO, Lucyla Tellez. A eficácia do conceito de trabalho decente nas relações trabalhistas. 2011. *Tese de Doutorado*. Universidade de São Paulo.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). *Agenda 2030: Objetivos de Desenvolvimento Sustentável*. 2018. Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/sdgs>. Acesso em: 1 mai. 2021.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT). *Constituição da Organização Internacional do Trabalho*. Genebra: Organização Internacional do Trabalho, 1944. Disponível em: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---ilo-brasilia/documents/genericdocument/wcms_336957.pdf. Acesso em: 30 jun. 2021.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT). *Recomendação nº 198*. Genebra: Organização Internacional do Trabalho, 2006. Disponível em: <https://www.registrab.com.br/recomendacao-oit-198-relativa-a-relacao-de-trabalho/>. Acesso em: 10 mai. 2021.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT). *World Employment and Social Outlook: The role of digital labour platforms in transforming the world of work*. Genebra: International Labour Organization, 2021. Disponível em: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/---publ/documents/publication/wcms_771749.pdf. Acesso em: 10 mai. 2021.

ORSINI, Adriana Goulart de Sena; LEME, Ana Carolina Reis Paes. Litigância manipulativa da jurisprudência e plataformas digitais de transporte: levantando o véu do procedimento conciliatório estratégico. *Revista eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região*, Curitiba, PR, v. 10, n. 95, jan. 2021, p. 24-44. Disponível em: https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/182394/2021_orsini_adriana_litigancia_manipulativa.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 13 mai. 2021.

PAÍSES BAIXOS, Gerechtshof Amsterdam. *Hoger beroep*. Recorrente: Deliveroo Netherlands BV, Recorrido: Federação Do Movimento de Comércio Holandês. 16 de fevereiro de 2021. Disponível em: <https://uitspraken.rechtspraak.nl/inziendocument?id=ECLI:NL:GHAMS:2021:392>. Acesso em: 6 mai. 2021.

REINO UNIDO, Supreme Courte. *Appeal from [2018] EWCA Civ 2748*. Requerente: Uber BV e outros. Requerido: Aslam e outros. Relator: George Leggatt. 19 de fevereiro de 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/suprema-corte-britanica-reconhece.pdf>. Acesso em: 3 mar. 2021.

SCHWARZ, Christine. Designers of competition at work: A neoliberal consensus-machine caught in the act. *Ephemera: theory and e politics in organisation*, v. 20, n. 4, p. 19-41, nov. de 2020. Disponível em: <http://www.ephemerajournal.org/sites/default/files/pdfs/contribution/20-4Schwarz.pdf>. Acesso em: 5 mar. 2021.

Suprema Corte britânica reconhece vínculo de emprego entre motorista e Uber. *CONJUR*, 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-fev-19/suprema-corte-britanica-reconhece-vinculo-emprego-uber>. Acesso em: 6 mai. 2021.

Uber drivers to get workers' rights in the UK. *DW*, 2021. Disponível em: <https://www.dw.com/en/uber-drivers-to-get-workers-rights-in-the-uk/a-56893371>. Acesso em: 6 mai. 2021.

UNIÃO EUROPEIA, Tribunal de Justiça. *Jugdment in Case C-434/15*. Recorrente: Asociación Profesional Elite Tax e Recorrido: Uber Systems Spain SL. Pleno. Luxemburgo, 20 de dezembro de 2017. Disponível em: <https://www.politico.eu/wp-content/uploads/2017/12/uber-ecj-press-release.pdf>. Acesso em: 24 mai. 2021.

VOCÊ não estava aqui. Direção de Ken Loach. *Londres: Sixteen Films & Why not Productions*, 2020.

WOODCOCK, Jamie; GRAHAM, Mark. *The GIG Economy: a critical introduction*. Cambridge: Polity Press, 2020.

Data de Recebimento: 17.12.2022.

Data de Aprovação: 16.06.2022.

O PAPEL DA TECNOLOGIA NO PROCESSO DE INOVAÇÃO: A INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL COMO INSTRUMENTO E OBJETO DE POLÍTICAS PÚBLICAS

TECHNOLOGY'S ROLE IN THE INNOVATION PROCESS: ARTIFICIAL INTELLIGENCE AS A TOOL AND AN OBJECT OF PUBLIC POLICIES

Fernando Sérgio Tenório de Amorim*
Milton Pereira de França Netto**

RESUMO

O presente artigo objetiva investigar os impactos ocasionados pelo emprego da inteligência artificial (IA) ao domínio das políticas públicas. Valendo-se da metodologia dedutiva, junto à revisão bibliográfica e à pesquisa documental, analisa o cenário de inovação no Brasil, a partir dos diplomas da Constituição Federal e das Leis da Inovação e do Governo Digital, aliados a dados de Pesquisa e Desenvolvimento (P&D). Em seguida, investiga a expansão da inteligência artificial e delinea as características singulares de tal tecnologia disruptiva. Mais à frente, examina a atuação desta como instrumento otimizador das etapas do ciclo de políticas públicas e objeto central àquelas de caráter regulatório, como a Estratégia Brasileira de Inteligência Artificial (EBIA) e o Projeto de Lei nº 21/2020. Ao final, perante o incipiente tratamento normativo ofertado à temática, defende a cautela frente ao emprego da inteligência artificial nos setores público e privado, baseada na conjugação de preceitos econômicos e protetivos.

Palavras-chave: Inteligência Artificial; Políticas Públicas; Ciclo de Políticas; Estratégia Brasileira de Inteligência Artificial; Projeto de nº Lei 21/2020.

ABSTRACT

This article aims to investigate the impacts caused by the use of artificial intelligence (AI) at the public policies domain. Based on a deductive methodology, bibliographic review and documental research, it analyzes the innovation scenario in Brazil, through the lens of the Federal Constitution and Innovation and Digital Government Laws, linked to Research and Development (R&D) data. It then investigates the expansion of artificial intelligence and outlines the unique characteristics of such disruptive technology. Further on, it examines its role as an instrument, that optimizes the tasks performed on policy cycles, and as an object, central to regulatory policies, such as the Brazilian Strategy for Artificial Intelligence (EBIA) and the Bill No. 21/2020. By its end, considering the incipient normative treatment of the matter, it advises caution during the use of artificial intelligence in public and private sectors, based on the combination of economic and protective precepts.

Keywords: Artificial Intelligence; Public Policies; Policy Cycle; Brazilian Strategy for Artificial Intelligence; Bill No. 21/2020.

* Doutor em Direito pela UFPE. Pós-doutor em Direito pela Université de Montréal, CA. Coordenador do Mestrado em Direito do Centro Universitário CESMAC. Professor do PPGD da UFPE. E-mail: fernando.amorim@cesmac.edu.br

** Advogado. Mestrando em Direito Privado pelo Centro Universitário Cesmac. Pós-Graduado em Direito Processual Civil pela Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC). Graduado em Direito pela Universidade Federal de Alagoas (UFAL). E-mail: mpfn1989@gmail.com. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-3671-1897>

INTRODUÇÃO

A inteligência artificial (IA) constitui um dos principais catalisadores da inovação nos setores público e privado. Posicionado no 39º lugar do “Índice Global de IA 2021”¹, da agência de notícias britânica Tortoise Media, e na liderança do “Índice de Contratação em IA 2021”², da Universidade de Stanford, o Brasil constitui um fértil terreno à expansão de tal tecnologia.

Dotada de vocação analítica, a criação disruptiva otimiza a execução de tarefas em áreas como: a medicina, ao facilitar o diagnóstico de doenças e o teleatendimento; a mobilidade urbana, ao permitir o gerenciamento de tráfego e a edificação de *smart cities*; e a gestão judiciária, ao desempenhar atividades de teor administrativo, entre inúmeras outras aplicações.

Apesar de responsáveis por tais aprimoramentos, as soluções de IA paralelamente comportam diversos riscos, ligados ao seu complexo funcionamento. Como resultado, restam intensificados os debates acerca da regulação da área, em meio aos concorrentes anseios pelo fomento à inovação e por salvaguardas protetivas.

Diante desse cenário, o presente trabalho objetiva, por intermédio da metodologia dedutiva, aliada à revisão bibliográfica e à pesquisa documental, analisar o impacto da inteligência artificial ao segmento das políticas públicas e examinar os diplomas nacionais que atualmente a disciplinam.

A princípio, o estudo aborda a leitura normativa da inovação nacional, com especial atenção à Constituição Federal (observadas as alterações trazidas pela Emenda nº 85/2015), à Lei da Inovação Tecnológica (Lei 10.973/2004) e à Lei do Governo Digital (Lei 14.129/2021); e recorre a índices de Pesquisa e Desenvolvimento (P&D), com vista a delinear o papel do Estado brasileiro nesse processo.

Em seguida, envereda à apreciação da inteligência artificial, a partir da delimitação de seu conceito, técnicas e características; para, então, verificar a possível configuração desse invento como um instrumento facilitador das atividades desempenhadas nas etapas dos ciclos de políticas públicas (formulação, implementação e controle).

A porção final do artigo explora a caracterização da IA como objeto central de políticas regulatórias imersas ao binômio inovação-proteção, com destaque especial aos diplomas da Estratégia Brasileira de Inteligência Artificial (EBIA), aprovada pela Portaria 4.617/2020 do Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovações (MCTI), e do Projeto de Lei nº 21/2020, em discussão no Senado Federal; culminando na apreciação do atual estágio de aplicação de tal tecnologia ao campo das políticas públicas.

¹ TORTOISE MEDIA. *Global AI Index*. Londres: Tortoise, 2022. Disponível em: <https://bit.ly/3brRfNC>. Acesso em: 22 mai. 2022.

² ZHANG, Daniel. *AI Hiring Index. The AI Index 2021 Annual Report*. Stanford: Stanford University, 2021. Disponível em: <https://stanford.io/3Kb4cc3>. Acesso em: 22 mai. 2022.

O cenário de inovação brasileiro

A busca pelo desenvolvimento constitui o fio condutor das políticas públicas, traduzido em transformações estruturais socioeconômicas, verificadas em dada região, num certo período. Garantidoras de sua longa manifestação, as práticas inovadoras viabilizam o aumento de produtividade, germinando os recursos que custeiam os saltos qualitativos desfrutados por seus cidadãos.

Vê-se, no estofo normativo da inovação brasileira, um Estado dual, que atua como fomentador da modernização no ambiente das empresas privadas e na própria estrutura interna da Administração Pública, a partir das diretrizes: a) da Constituição Federal, consideradas as alterações da Emenda Constitucional 85/2015³; b) da Lei da Inovação Tecnológica (10.973/2004)⁴; c) e da Lei do Governo Digital (14.129/2021)⁵.

De início, a Carta Magna estabelece competência comum para instrumentalizar as áreas da inovação, tecnologia, ciência e pesquisa; e concorrente, para legislar sobre tais matérias (arts. 23, V, e 24, IX). A inserção de um novo capítulo (Da Ciência, Tecnologia e Inovação) ao título da Ordem Social condensa os norteamentos à atuação do Estado nesses segmentos e lhe atribui a função de impulsionar o “desenvolvimento científico, a pesquisa, a capacitação científica e tecnológica e a inovação” (art. 218).

Preza-se, assim, pela atuação colaborativa de instituições públicas e privadas, mediante a celebração de termos de cooperação e a estruturação do Sistema Nacional de Ciência, Tecnologia e Inovação (SNCTI) (arts. 219-A e 219-B). Como consequência, resta firmado o compromisso estatal em elevar a pesquisa científica básica e tecnológica a patamar de proeminência, acompanhado pelo zelo com a formação de profissionais e a oferta de melhores condições de trabalho (art. 218, §§ 1º e 3º).

A instrumentalização das diretivas constitucionais ocorre por meio da Lei 10.973/2004, regulamentada pelo Decreto 9.283/2018, que se aproxima da visão de Joseph Schumpeter de inovação, ao conceituá-la como a

introdução de novidade ou aperfeiçoamento no ambiente produtivo e social que resulte em novos produtos, serviços ou processos ou que compreenda a agregação de novas funcionalidades ou características a produto, serviço ou processo já existente que possa resultar em melhorias e em efetivo ganho de qualidade ou desempenho⁶.

O substrato axiológico do documento vislumbra atingir o desenvolvimento pelo estímulo a atividades científicas e tecnológicas, desempenhadas em ambientes de sinergia estatal-particular. Nestes espaços, encoraja-se a descoberta de inovações por empresas e

³ BRASIL. [(Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: <https://bit.ly/2SOYk1L>. Acesso em: 01 dez. 2021.

⁴ BRASIL. *Lei 10.973, de 2 de dezembro de 2004*. Dispõe sobre incentivos à inovação e à pesquisa científica e tecnológica no ambiente produtivo e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2004]. Disponível em: <https://bit.ly/36ge7ty>. Acesso em: 15 dez. 2021.

⁵ BRASIL. *Lei 14.129, de 29 de março de 2021*. Dispõe sobre princípios, regras e instrumentos para o Governo Digital e para o aumento da eficiência pública. Brasília, DF: Presidência da República, [2021]. Disponível em: <https://bit.ly/3hCQIYZ>. Acesso em: 13 dez. 2021.

⁶ Cf. Art. 2º, §4º, da Lei 10.973/2004.

Instituições Científicas, Tecnológicas e de Inovação (ICTs), e consubstancia-se a formação de Centros de Pesquisa, Desenvolvimento e Inovação (CDPIs), incubadoras, parques e polos tecnológicos em solo brasileiro (art. 2º, p. único).

Ressoa-se um comportamento estatal mais incisivo, que incentive entes federados e agências fomentadoras a promover colaborações entre ICTs, empresas privadas e entidades não-lucrativas na área de Pesquisa e Desenvolvimento (P&D), das quais resultem criações disruptivas e a transmissão de tecnologias. Outrossim, o estímulo à inovação ocorre diretamente por ferramentas de amparo, como a subvenção econômica, a oferta de bolsas, os incentivos fiscais e os fundos de investimentos ou participação.

Os disciplinamentos da Constituição e da Lei de Inovação esmiuçam a atuação promocional governamental junto à iniciativa privada, contudo, a dualidade do estímulo do Estado à inovação também abrange a modernização de seu aparato administrativo, abordada pela Lei do Governo Digital (Lei 14.129/2021).

Sob o farol da eficiência, esta se aplica aos órgãos da vertente direta federal, aos demais poderes, ao Tribunal de Contas da União (TCU) e ao Ministério Público da União (MPU); e a entidades da ramificação indireta federal — com exceção das empresas estatais não prestadoras de serviços —, facultada a sua extensão à administração dos demais entes pela edição de atos normativos específicos (art. 2º, III).

A remodelação em comento almeja a melhora do contato junto ao administrados, ao concentrar o oferecimento de serviços públicos e a obtenção de informações em uma plataforma exclusiva, transparente e suscetível à ampla fiscalização (domínio *gov.br*), que se baliza pela ideia de autosserviço digital, tornando dispensável a mediação humana.

Observa-se a confirmação da afluência público-privada em recentes indicadores de Pesquisa e Desenvolvimento (P&D), que apontam o equilíbrio na repartição das despesas nacionais no segmento: R\$ 41,6 bilhões dos investimentos são custeados pela esfera privada e R\$ 41,2, bilhões pelo poder público⁷.

O somatório (R\$ 82,8 bilhões), equivalente à 1,27% do PIB, supera os dispêndios proporcionais de países emergentes do BRICS, como Índia (0,65%), África do Sul (0,83%) e Rússia (0,99%), mas persegue as potências asiáticas chinesa (2,19%), japonesa (3,26%) e sul coreana (4,81%)⁸.

Percebe-se, na balanceada repartição de gastos, o maior protagonismo do Estado brasileiro no itinerário inovador, atualmente capitaneado por uma tecnologia disruptiva em franca ascensão.

A expansão da inteligência artificial

⁷ BRASIL. Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações. *Indicadores Nacionais de Ciência, Tecnologia e Inovação 2019*. Brasília, DF: MCTI, [2021]. Disponível em: <https://bit.ly/3hBJ00L>. Acesso em: 22 mai. 2022.

⁸ THE WORLD BANK. World Development Indicators. *Data Catalog*. Washington: World Bank Group, 2021. Disponível em: <https://bit.ly/2SPxS8l>. Acesso em: 22 mai. 2022.

Onipresente nas plataformas sociais e de *streaming*, na arquitetura de cidades inteligentes, nos aparatos da telemedicina, nas atividades de gestão judiciária e em tantas outras aplicações, a inteligência artificial (IA) reveste a estrutura dos setores público e privado, aprimorando a performance de suas organizações.

Imerso à corrida inovadora global, o Brasil externaliza um crescente interesse pela área, diante seu potencial lucrativo. Levantamentos do Instituto de Pesquisa Capgemini, laboratório de ideias internacionalmente reverenciado, posicionam-no como o segundo país com mais interações diárias entre clientes e soluções de IA⁹.

A versatilidade dos algoritmos, ilustrada na revelação de preferências de usuários, na personalização de conteúdo e no direcionamento de hábitos de compra, alimenta essa mina de ouro digital. Hoje, 25% das empresas nacionais já exploram ferramentas de IA, com US\$ 454 milhões tendo sido destinados ao segmento no ano de 2021¹⁰.

O prognóstico dos impactos econômicos de tal tecnologia, traçado em relatório específico do Parlamento Europeu, corrobora a percepção de sua importância, ao projetar os ganhos atrelados ao nicho, em distintas regiões globais, no ano de 2030¹¹.

Sem maiores surpresas, o documento antecipa a liderança da China, cujas receitas estimadas atingiriam US\$ 7 trilhões (26% do PIB), seguidas pela previsão de US\$ 3,7 trilhões (14,5% do PIB) a serem auferidos pela América do Norte. Vislumbra-se, ao final, a importância de US\$ 0,5 trilhão (5,4%) a ser colhida no espaço latino-americano.

A curva ascendente da inteligência artificial evidencia como a tecnologia pode sacramentar o desenvolvimento das nações, impulsionando a produtividade de forma duradoura. Diante da inevitabilidade de seu alastramento, faz-se necessário esclarecer como tal invento funciona.

Conceito e principais técnicas de inteligência artificial

Um aspecto comum permeia as aplicações mencionadas: o anseio de simular o intelecto humano. Sob a ótica moderna, compete à inteligência artificial o estudo do *design* de agentes e sistemas inteligentes¹², capazes de reproduzir, digitalmente, uma estrutura de decisão semelhante à humana¹³.

A conceituação espelha o caminhar ao longo de sete décadas, desde o surgimento dos primeiros computadores, atravessando o advento do Teste de Turing, a incorporação

⁹ CAPGEMINI RESEARCH INSTITUTE. *The art of customer-centric artificial intelligence*: How organizations can unleash the full potential of AI in the customer experience. Paris: Capgemini, 2020, p. 6. Disponível em: <https://bit.ly/3ocd51a>. Acesso em: 22 mai. 2022.

¹⁰ METAVERSO, veículos autônomos, segurança cibernética e mais: 6 tendências de Inteligência Artificial para 2022. *Yahoo! Finanças*, 19 dez. 2021. Disponível em: <https://bit.ly/3yWpmFk>. Acesso em: 22 mai. 2022.

¹¹ UNIÃO EUROPÉIA. Parlamento Europeu. *Impactos Econômicos da Inteligência Artificial*. União Europeia: Parlamento Europeu, 2019. Disponível em: <https://bit.ly/3AyrgfF>. Acesso em: 22 mai. 2022.

¹² BORGESIUS, F. Zuirderveen. *Discrimination, artificial intelligence, and algorithmic decision-making*. Estrasburgo: Conselho da Europa, 2018. Disponível em: <https://bit.ly/3wfw80G>. Acesso em: 22 mai. 2022.

¹³ HOFFMAN-RIEM, Wolfgang. *Teoria geral do direito digital: transformação digital: desafios para o direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 35-37.

de extensões físicas aos sistemas e a utilização em jogos, como damas e xadrez. Com o intento de replicar o primor técnico humano, surgiram os sistemas especialistas, e, nas últimas décadas, consolidaram-se as técnicas de aprendizado de máquina - AM (*machine learning* - ML) e aprendizado profundo - AP (*deep learning* - DP)¹⁴.

A capacidade de assimilar exemplos fornecidos caracteriza os algoritmos de AM. Lastreados por dados lecionadores, traçam o melhor caminho para se chegar ao resultado desejado, sem programações específicas para tanto. Após as etapas de treinamento e aperfeiçoamento, originam um modelo replicável a situações futuras¹⁵.

Por sua vez, o AP representa a sua vertente evolutiva, que artificialmente simula o funcionamento das redes neurais humanas. Nela, é possível processar grandes volumes de dados em camadas de avaliação sucessivas¹⁶, amparando atividades como a análise comportamental e o processamento de imagens¹⁷.

Hoje, ainda predomina uma inteligência artificial “fraca”, incapaz de reproduzir as nuances de consciência e percepção humanas com fidelidade¹⁸, e destinada à execução de tarefas específicas (*narrow AI*). Ainda que provida de ótima capacidade de depuração, ela representa uma “força bruta”, que destoa do genuíno poderio intelectual.

Projeta-se o atingimento deste por meio da computação quântica, viabilizadora de sua versão “forte” e dotada de raciocínio generalista (*general AI*), e a sua superação pelas máquinas superinteligentes¹⁹.

Tendo-se em mente a autossuficiência dos sistemas de inteligência artificial, aptos a tomar decisões de maneira autônoma ou com posterior ratificação humana, a graduação acima se mostra importante ao entendimento do atributo da previsibilidade. A percepção daqueles como criativos emana do ineditismo dos resultados que oferecem, inimagináveis por seus idealizadores e usuários²⁰.

No entanto, à luz do vigente estágio da tecnologia, uma complementação faz-se necessária: o fornecimento de resultados inesperados por *softwares* inteligentes decorre de sua superior capacidade de processamento de dados, aliada à eliminação de certos vieses cognitivos limitadores do raciocínio humano²¹.

Logo, ao se sopesar que tais programas ainda não produzem decisões originais por estarem condicionados aos dados que lhes são fornecidos, o rótulo de criatividade não

¹⁴ NETTO, Milton Pereira de França; EHRHARDT JUNIOR, M. A. A. A Inteligência Artificial e os Riscos da Discriminação Algorítmica. In: Marcos Ehrhardt Júnior; Marcos Catalan; Pablo Malheiros.. (Org.). *Direito Civil e Tecnologia - Tomo II*. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2021, p. 719-737.

¹⁵ HOFFMAN-RIEM, Wolfgang. *Teoria geral do direito digital: transformação digital: desafios para o direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 35-37.

¹⁶ CALABRICH, Bruno Freire de Carvalho. Discriminação algorítmica e transparência na Lei geral de proteção de dados pessoais. *RD Tec – revista de direito e as novas tecnologias*, [S.l.], v. 8, Jul./Set. 2020. Disponível em: <https://bit.ly/3qKCLvR>. Acesso em: 22 mai. 2022.

¹⁷ SILVA, Fabrício Machado da; et al. *Inteligência artificial*. Porto Alegre: SAGAH, 2019, p. 13-20.

¹⁸ SILVA, Fabrício Machado da; et al. *Inteligência artificial*. Porto Alegre: SAGAH, 2019, p. 17.

¹⁹ SILVA, Fabrício Machado da; et al. *Inteligência artificial*. Porto Alegre: SAGAH, 2019, p. 17.

²⁰ SCHERER, Matthew U., Regulating Artificial Intelligence Systems: Risks, Challenges, Competencies, and Strategies. *Harvard Journal of Law & Technology*, Cambridge, v. 29, n. 2, 2016. Disponível em: <https://bit.ly/3x7Pca5>. Acesso em: 22 mai. 2022.

²¹ SCHERER, Matthew U., Regulating Artificial Intelligence Systems: Risks, Challenges, Competencies, and Strategies. *Harvard Journal of Law & Technology*, Cambridge, v. 29, n. 2, 2016. Disponível em: <https://bit.ly/3x7Pca5>. Acesso em: 22 mai. 2022.

parece adequado, à medida que os *outputs* gerados são (em tese) previsíveis. Todavia, a realidade expressa a incapacidade de desenvolvedores e operadores em lidar com os comportamentos atípicos dos sistemas.

Riscos ponderáveis tornam-se surpreendentes, em face da dificuldade do homem em identificá-los. As engrenagens de suas espécies mais avançadas denotam o trejeito de opacidade, tornando os meandros da inteligência artificial uma caixa preta (*black box*) indecifrável. A falta de transparência reverbera sobre a auditabilidade, em um obscuro ciclo inibidor do monitoramento e da fiscalização dos sistemas por agentes externos.

Dificuldades de compreensão, partilhadas por profissionais e estudiosos da área, tornam-se obstáculos insuperáveis ao cidadão comum. Em resposta, emerge a noção de explicabilidade, materializada na tradução das linhas de código em linguagem inteligível ao público leigo, que o habilite a participar das tomadas de decisão sobre o assunto.

Por um lado, as soluções de inteligência artificial aperfeiçoam o agir cotidiano, sobretudo pela otimização de trabalhos repetitivos. Por outro, comportam perigos (des)conhecidos, que reclamam maior disciplinamento protetivo.

Assim, de maneira ambivalente, constituem o instrumento e o objeto de políticas públicas de inovação. Numa relação dialética, desanuviam o transcorrer das etapas de seus ciclos, enquanto também representam a matéria esmiuçada por suas espécies regulatórias.

A inteligência artificial como instrumento no ciclo de políticas públicas

A construção de políticas públicas perpassa os dilemas associados às escolhas públicas (*public choices*), que, numa miscelânea público-privada, espraiam-se sobre quatro categorias: eleitores, eleitos, burocratas e grupos de interesse²².

Essas coletividades apresentam interesses comuns e/ou antagônicos, a partir dos quais desenvolvem relações de cooperação/oposição, baseadas no egoístico atendimento de suas prioridades. Inseridas a redes de políticas (*policy networks*), a partir das quais exercem um controle horizontal recíproco, influenciam o avanço ou a retração de determinada agenda, cujas discussões permeiam as arenas de políticas (*policy arenas*) — onde são mensurados os potenciais ganhos ou prejuízos de setores específicos²³.

Além de representar o objeto de diplomas de caráter mais regulatório, como a EBIA e o PL nº 21/2020, a inteligência artificial atua como instrumento para a consolidação de políticas públicas diversas. Tal feição decorre de seu faro em encontrar padrões implícitos em grandes volumes de dados, bastante útil aos mencionados ciclos (*policy cycles*).

Tem-se, na costumeira abordagem destes, a divisão em três etapas (formulação, implementação e controle), muitas vezes sobrepostas. Klaus Frey propõe a mitigação da primeira em quatro fases distintas: a) a identificação e a delimitação do problema, que

²² GIANNAKOS, Demetrius Beck. O princípio da eficiência e a *public choice*. *Revista Jurídica Luso Brasileira*, Lisboa, ano 3, n. 5, 2017. Disponível em: <https://bit.ly/3CoU3qk>. Acesso em: 22 mai. 2022.

²³ GIANNAKOS, Demetrius Beck. O princípio da eficiência e a *public choice*. *Revista Jurídica Luso Brasileira*, Lisboa, ano 3, n. 5, 2017. Disponível em: <https://bit.ly/3CoU3qk>. Acesso em: 22 mai. 2022.

rompem a inércia político-administrativa; b) a estruturação de uma agenda, firmando o instante em que o tema será debatido; c) a criação de programas, a partir da interação entre as diversas vertentes políticas; e d) a tomada de decisão, em que medidas futuras são traçadas²⁴.

Durante a formulação, além de permitir a comunicação à distância entre os agentes envolvidos, a IA artificial propicia a interpretação de estatísticas e a revelação de questões problemáticas escondidas. A elaboração de políticas antidiscriminatórias em relação à mulher exemplifica tal vocação, ao iluminar cenários de enviesamentos misóginos até então despercebidos.

Imerso ao contexto emergente da África do Sul, Petrus Brynard²⁵ propõe o exame da implementação através de um grupo de tópicos interconectados, num processo político complexo e mutável, com a presença de múltiplos atores em vários níveis.

Após conceber a citada etapa como a “realização dos objetivos da política por meio do planejamento e programação de operações e projetos para que os resultados acordados e os impactos desejados sejam alcançados”²⁶, o autor sugere ao gestor público a ponderação de cinco elementos: conteúdo, contexto, comprometimento, capacidade, e clientes/coalizões.

Sob a égide do “Protocolo 5C” de Brynard, o conteúdo exige o esmero na definição dos fins e meios da política, em um itinerário guiado pelo contexto institucional, onde as relações humanas — como a barganha e a chantagem — interferem em seu andamento. Este, por sua vez, pode ser acelerado pelo agir comprometido do administrador público.

Tida como requisito basilar, a capacidade alude à aptidão administrativa para executar os seus objetivos, através do emprego de recursos tangíveis, como aqueles de caráter financeiro, tecnológico e humano; e intangíveis, como as feições de liderança e motivação. A formação de laços governamentais com clientes, facilitadores da tramitação, figura como o item derradeiro da lista.

Quando se reconhece a maior afinidade do “conteúdo” à fase de formulação, verifica-se, na “capacidade tecnológica”, o principal contributo da inteligência artificial ao estágio de implementação, aparelhando políticas públicas diversas.

Nesse sentido, a plataforma PrevisIA, desenvolvida pela Microsoft junto ao Instituto do Homem e Meio Ambiente da Amazônia (Imazon) e à Fundação Vale, mapeia focos de incêndio e de estradas legais/ilegais através da interpretação de imagens de satélites, auxiliando o combate e a prevenção ao desmatamento²⁷.

²⁴ FREY, K. Políticas Públicas: Um Debate Conceitual e Reflexões Referentes à Prática da Análise de Políticas Públicas no Brasil. *Planejamento e Políticas Públicas*, [S. l.], n. 21, 2009. Disponível em: <https://bit.ly/3dN3J3w>. Acesso em: 22 mai. 2022.

²⁵ BRYNARD, Petrus. Police Implementation: Lessons for Service Delivery. *Journal of Public Administration*, Pretoria, v. 40, n. 41, p. 649-664, dez. 2005. Disponível em: <https://bit.ly/3KcueeN>. Acesso em: 22 mai. 2022.

²⁶ BRYNARD, Petrus. Police Implementation: Lessons for Service Delivery. *Journal of Public Administration*, Pretoria, v. 40, n. 41, p. 654, dez. 2005. Disponível em: <https://bit.ly/3KcueeN>. Acesso em: 22 mai. 2022 (tradução nossa).

²⁷ PREVISIA: Imazon, Microsoft e Fundo Vale lançam ferramenta de inteligência artificial que ajudará na prevenção do desmatamento da Amazônia. Imprensa. *Imazon*, 4 ago. 2021. Disponível em: <https://bit.ly/3PHc2LA>. Acesso em: 22 mai. 2022.

Aplicações análogas são verificadas em programas de segurança pública²⁸, em meio às controversas ferramentas de vigilância, e de educação, viabilizadoras do ensino à distância²⁹.

Outrossim, as facilitações trazidas pela inteligência artificial atingem o estágio de controle. Nele, a sua habilidade analítica facilita a avaliação do atendimento aos objetivos inicialmente desenhados pelas categorias coletivas e das necessidades de reformulação de defeitos incidentais ou de reinício do ciclo em questão.

O itinerário acima também permeia os dispositivos da Estratégia Brasileira de Inteligência Artificial (EBIA)³⁰, instituída pela Portaria nº 4.617 do Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovações (MCTI), e do Projeto de Lei nº 21/2020³¹, recentemente aprovado pela Câmara dos Deputados, destinados à regulação da inteligência artificial e ilustrativos da secular tensão entre inovação e proteção.

A inteligência artificial como objeto de políticas de inovação

Como visto, o moderno alastramento de *softwares* de inteligência artificial facilita a execução de atividades públicas e privadas, impactando o dia a dia de multidões. Não obstante, a sua enigmática configuração comporta riscos e oportuniza o surgimento de danos complexos e massificados, premendo os sistemas jurídicos a balizarem tal aplicação tecnológica.

Matthew U. Scherer defende uma abordagem holística nessa empreitada, que englobaria: a) a formulação de legislações sobre o assunto; b) a atuação de agências reguladoras; c) e a aplicação jurisprudencial da responsabilidade civil³².

O ceticismo em relação ao trio de recomendações, usualmente suscitado por empresas do setor, baseia-se na noção de que normas rígidas obstariam investimentos em P&D, estagnando o crescimento econômico. Clamando pela atuação subsidiária do Estado, aquelas apenas defendem a regulação dos campos da propriedade e dos contratos, que resguardariam a exploração econômica de produtos ou serviços inéditos³³.

²⁸ AGRELA, Lucas. Inteligência artificial começa a chegar à segurança pública. *Exame*, 10 jul. 2019. Disponível em: <https://bit.ly/3UfzdQC>. Acesso em: 22 mai. 2022.

²⁹ ARAÚJO, Aurélio. Prestou atenção na aula? Nova tecnologia consegue detectar e gera polêmica. *TiltUol*, 20 abr. 2022. Disponível em: <https://bit.ly/3ScoCnL>. Acesso em: 22 mai. 2022.

³⁰ BRASIL. Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovações. *Estratégia Brasileira De Inteligência Artificial (EBIA)*. Instituída pela Portaria MCTI nº 4.617/2021. Brasília, DF: MCTI, [2021]. Disponível em: <https://bit.ly/3ykhKO4>. Acesso em: 22 mai. 2022.

³¹ BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto De Lei nº 21/2020 (Redação do Substitutivo)*, de 29 de setembro de 2021. Estabelece fundamentos, princípios e diretrizes para o desenvolvimento e a aplicação da inteligência artificial no Brasil; e dá outras providências. Brasília, DF: Câmara dos Deputados [2021]. Disponível em: <https://bit.ly/3HRUMB2>. Acesso em: 22 mai. 2022.

³² SCHERER, Matthew U., *Regulating Artificial Intelligence Systems: Risks, Challenges, Competencies, and Strategies*. *Harvard Journal of Law & Technology*, Cambridge, v. 29, n. 2, 2016. Disponível em: <https://bit.ly/3x7Pca5>. Acesso em: 15 set. 2021.

³³ COOTER, Robert. Direito e desenvolvimento: inovação, informação e a pobreza das nações. Versão adaptada em língua portuguesa: Luciano Benetti Timm. *Revista de Direito Público da Economia – REDE*, Belo Horizonte, ano 5, n. 17, p. 165-190, jan./mar. 2007. Disponível em: <https://bit.ly/3x7M0bT>. Acesso em: 17 mai. 2021.

Nessa senda, a descoberta de um empresário restaria amparada por certo período, em que concentraria a obtenção de lucro. Após a assimilação do invento e a nivelção pelos seus concorrentes, retornar-se-ia ao patamar de estabilidade inicial, até que outras criações originassem ondas de inovação subsequentes³⁴.

A despeito da inegável contribuição da tutela da propriedade intelectual ao ímpeto modernizador, parece bastante claro que as medidas protetivas também devem acobertar os consumidores (usuários) e terceiros afetados pelos inventos.

Marcos Catalán³⁵ desconstrói a falácia de que a regulação do instituto geraria a burocratização da inovação. Ao defender a atuação preventiva frente aos riscos de desenvolvimento, esclarece que o adequado disciplinamento legal germina um ambiente de confiança entre as partes, onde se estimula o consumo e reduz as incertezas — gerando o aumento da concorrência e a estabilização do mercado, que, em última análise, encorajam o surgimento de mais inovações.

Sopesando o embate entre as abordagens protetivas e consequencialistas, o autor ressalta a inexistência de solução única à controvérsia, de forma que a sua apreciação deve ocorrer sob a égide do Estado Democrático de Direito, acolhedor da pessoa humana e dos valores sociais, e do Direito de Danos, destinado à proteção integral da vítima³⁶.

Políticas públicas destinadas à regulação ou disseminação das soluções de inteligência artificial, invariavelmente, refletem tal atrito, quando buscam harmonizar estímulos inovadores, ligados a motivações econômicas, a salvaguardas protetivas, justificadas pelos riscos despertados pela tecnologia.

Conjugadora de abordagens *top-down* e *bottom-up*, a Estratégia Brasileira de Inteligência Artificial (EBIA)³⁷ representa uma política de inovação consagrada de importantes balizamentos éticos. Atenta aos benefícios propiciados pelos sistemas inteligentes, delinea a incorporação deles aos segmentos governamentais e privados, aliada ao incentivo à formação e à capacitação profissional.

Concebida a partir de consultorias especializadas, da troca de experiências entre organismos internos e estrangeiros, e da consulta pública *online*, a Estratégia abrange três eixos interconectados: a) legislação, regulação e uso ético; b) governança de IA; e c) aspectos internacionais.

A princípio, aponta as dificuldades de regular o uso da inteligência artificial, ligadas à rápida obsolescência das normas perante sucessivos saltos tecnológicos, e de aliar o fomento estatal ao resguardo de direitos e à segurança jurídica. Ao analisar as conexões da temática à proteção de dados, defende modelos de revisão e reparação de decisões automatizadas, pautados pela tipologia da IA utilizada, similarmente à abordagem europeia.

³⁴ TIROLE, Jean. *Economics for the Common Good*. Nova Jersey: Princeton University Press, 2017, p. 430-431.

³⁵ CATALAN, Marcos. O desenvolvimento nanotecnológico e o dever de reparar os danos ignorados pelo processo produtivo. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, p. 113-153, v. 19, abr./jun. 2010.

³⁶ CATALAN, Marcos. O desenvolvimento nanotecnológico e o dever de reparar os danos ignorados pelo processo produtivo. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, p. 113-153, v. 19, abr./jun. 2010.

³⁷ BRASIL. Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovações. *Estratégia Brasileira De Inteligência Artificial (EBIA)*. Instituída pela Portaria MCTI nº 4.617/2021. Brasília, DF: MCTI, 2021. Disponível em: <https://bit.ly/3ykhK04>. Acesso em: 22 mai. 2022.

Deste modo, o documento preconiza uma estrutura de governança que tangencie questões alusivas à discriminação algorítmica, *accountability* e transparência. O combate à primeira reclama o cuidado na seleção de dados para o treinamento da máquina e envolve os encargos de auditoria e rastreabilidade.

Preza-se por um modelo de prestação de contas e responsabilidade concretamente apurável, a partir das aplicações e riscos inerentes aos sistemas de IA, e munido de um intento precaucional. Como alicerce final, discorre-se sobre a necessária transparência dessas soluções, que assegure os direitos à informação e à explicabilidade.

A transversalidade dos eixos mencionados repercute sobre seis áreas verticais: a) a educação; b) a força de trabalho e a capacitação; c) a pesquisa, desenvolvimento e inovação (PD&I) e o empreendedorismo; d) a aplicação aos setores produtivos; e) a utilização no poder público; e f) a segurança pública.

Ciente do inevitável avanço da inteligência artificial aos mais variados domínios, a EBIA recomenda a sua assimilação desde a formação educacional do indivíduo, norteadas pelo letramento digital, até a sua capacitação profissional, baseada na qualificação ou requalificação para atividades com distintos graus de complexidade.

Dentre as medidas para se atingir tal desígnio, prevê a colaboração governamental ao lado de empresas privadas e universidades. Junto às instituições científicas, estas constituem os principais celeiros à Pesquisa, Desenvolvimento e Inovação (PD&I) no Brasil — que destoa do massivo estímulo privado ao setor das potências estrangeiras.

O protagonismo estatal nacional toca, por exemplo, o abastecimento de sistemas inteligentes com vastos bancos de dados públicos, a previsão de *sandboxes* experimentais nas regulações e o financiamento a projetos direcionados ao setor privado e público.

Ao lidar com a profusão tecnológica no âmbito particular, o documento elenca múltiplas funcionalidades nas áreas da agricultura, medicina, transportes, marketing e publicidade, e narra a sua iminente conexão ao ramo da Internet das Coisas - IdC (*Internet of Things - IoT*) e à rede 5G.

Por fim, explicita os ganhos associados ao modelo de *e-government*, prestador de serviços com celeridade e eficiência, e lista, dentre as ações estratégicas, a implementação de soluções de inteligência artificial e de análise de dados à criação de políticas públicas, denotadora da configuração daquela como instrumento (meio) já examinada.

A Estratégia acerta ao enquadrar o atual estágio de desenvolvimento pátrio sob a perspectiva global, levantando dados comparativos acerca dos incentivos à P&D. Mostra-se bem-vinda a exposição dos usos da tecnologia e dos prognósticos de obsolescência de certas profissões, assim como a substituição da conceituação aberta da IA por definições detalhadas de suas técnicas.

A despeito de tais pontos positivos, vê-se, no teor de *softlaw*, o seu principal trejeito problemático. Desprovida de impositividade, a EBIA depende da anuência de poderosos *players* do setor tecnológico, ocupantes do pólo pujante do binômio inovação-proteção.

Quase como em prenúncio de sua desvalorização, o Projeto de Lei nº 21/2020 ignora os acenos do documento para a necessidade de discussões mais aprofundadas para a regulação definitiva da área. Cercada por controvérsias, a proposta é analisada a seguir.

As incongruências do Projeto de Lei nº 21/2020

Visualizado como futuro marco legal da inteligência artificial, o PL 21/2020 teve a sua versão original apresentada na data de 4/2/2020 pelo deputado Eduardo Bismarck³⁸. Modificações foram implementadas desde então, com a redação substitutiva, assinada pela deputada relatora Luisa Canziani, sendo aprovada pelo Plenário da Câmara dos Deputados, após tramitação em regime de urgência, em 29/9/2021³⁹.

As vozes críticas ao instrumento repudiam a celeridade imposta à sua apreciação. Considerado o lapso temporal de 19 meses até o aceno positivo da casa legislativa, parece razoável esperar que desfrute de tramitação bem mais abreviada do que a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (8 anos) e o Marco Civil da Internet (7 anos)⁴⁰.

O aviso de prudência explicitado na EBIA não surtiu efeito. De forma semelhante, a noção de que, mesmo sob o vanguardismo europeu, ainda não se detecta entendimento conclusivo sobre o assunto⁴¹, reforça a perplexidade em relação à ligeireza brasileira.

As repercussões sobre os variados recortes da sociedade demandam, de qualquer tentativa de normatização da inteligência artificial, a combinação da avaliação técnica à oitiva dos setores impactados, inexistente nos debates até aqui⁴². Tal escassez dialógica pode ser justificada, em parte, pelo desequilíbrio no binômio inovação-proteção citado. Pressões oriundas do segmento econômico-tecnológico, sob a forma de *lobbies* de *startups* desenvolvedoras e operadoras, ditam o intenso ritmo legislativo.

Como visto, quando se considera a noção de arena política, onde diferentes grupos convergem e confrontam de acordo com os seus interesses, a quantificação das possíveis benesses e prejuízos resultantes de qualquer política regulatória da inteligência artificial, sobretudo quanto ao tratamento conferido à responsabilidade civil, desnuda os motivos da acelerada votação.

De forma geral, as avaliações civilistas sobre o projeto mostram-se pessimistas. Ao explorar o seu viés fragmentador, Anderson Schreiber percebe uma indesejada dualidade

³⁸ BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto De Lei nº 21/2020* (Texto Original), de 04 de fevereiro de 2020. Estabelece princípios, direitos e deveres para o uso da inteligência artificial no Brasil e dá outras providências. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, [2020]. Disponível em: <https://bit.ly/3u4zZ7L>. Acesso em: 22 mai. 2022.

³⁹ BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto De Lei nº 21/2020* (Redação do Substitutivo), de 29 de setembro de 2021. Estabelece fundamentos, princípios e diretrizes para o desenvolvimento e a aplicação da inteligência artificial no Brasil; e dá outras providências. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, [2021]. Disponível em: <https://bit.ly/3HRUMB2>. Acesso em: 22 mai. 2022.

⁴⁰ SCHERTEL MENDES, Laura. Projeto de Lei da Inteligência Artificial: armadilhas à vista. *Fumus Boni Iuris*. Blogs. *O Globo*, 26 nov. 2021. Disponível em: <http://glo.bo/3xYSMSO>. Acesso em: 22 mai. 2022.

⁴¹ MEDON, Felipe. Danos causados por inteligência artificial e a reparação integral posta à prova: por que o Substitutivo ao PL 21/2020 deve ser alterado urgentemente?. *Migalhas de Responsabilidade Civil*. Colunas. *Migalhas*, 6 set. 2021. Disponível em: <https://bit.ly/3ykjR4s>. Acesso em: 22 mai. 2022.

⁴² SCHREIBER, Anderson. PL da Inteligência Artificial cria fratura no ordenamento jurídico brasileiro. *Opinião e Análise*. Colunas. *JOTA*, 2 nov. 2021. Disponível em: <https://bit.ly/3yoRnXn>. Acesso em: 22 mai. 2022.

de conteúdo, onde normas descontextualizadas convivem com novidades importadas, desvirtuando a coesão jurídica⁴³.

Perspectiva análoga é firmada por Laura Schertel Mendes ao explicitar a “crise de identidade” que assola o projeto⁴⁴. A indecisão acerca de sua configuração como carta de valores — desprovida de imperatividade e especificidade — ou como instrumento guia ao uso da IA, acaba por macular a sua recepção e as prospecções de sua efetividade.

A desconstrução dos argumentos liberais, partidários da eliminação ou mitigação da regulação, constitui o cerne da análise de Ana Frazão. Fundados na já refutada noção de que um (suposto) disciplinamento excessivo obstruiria a inovação, eles encontram a sua verdadeira razão de ser no agir estratégico de grandes empresas, beneficiadas pelo obscurantismo em suas práticas⁴⁵.

Apesar da assertividade dos comentários listados, a comparação das redações originária e atual do PL 21/2020 revela algumas melhorias, particularmente quanto ao aprimoramento do linguajar técnico de seus dispositivos iniciais⁴⁶.

A versão recente oferece simplificações a descrições e complementos a lacunas, que modificam o seu esboço primitivo. A conceituação do que representa um sistema de inteligência artificial é expandida, exigindo-se dele a capacidade de aprender a perceber, interpretar e interagir com o ambiente externo. Itens enumeradores de suas técnicas e de sua aptidão classificatória são acrescentados (art. 2º, *caput*, e p. único).

Ao expor os objetivos vinculados ao emprego da IA, o projeto reproduz a lógica que subsidia a tônica global. Dessarte, o intento de promoção da P&D conecta-se aos desígnios de elevação da produtividade e de otimização na implementação de políticas públicas, que asseguram o propósito de atingir um desenvolvimento sustentável e inclusivo (art. 3º).

Também restam multiplicados os fundamentos incidentes sobre os seus estágios de desenvolvimento e aplicação (art. 4º). Neles, convém o balanceio entre: a) incentivos econômicos, como a livre iniciativa, a livre concorrência e a eliminação de amarras aos modelos de negócio; e b) medidas protetivas, associadas à segurança, à privacidade, ao resguardo de dados pessoais, ao combate à discriminação algorítmica, e à atenção a preceitos éticos e aos direitos humanos.

A dualidade se irradia aos princípios que regem essas etapas, como a finalidade benéfica, a neutralidade e a centralidade do ser humano (art. 5º), e às diretrizes orientadoras da atuação dos entes políticos quanto ao uso e ao fomento dos sistemas inteligentes, como a promoção da confiança na tecnologia e de sua incorporação aos segmentos públicos e privados (art. 7º).

⁴³ SCHREIBER, Anderson. PL da Inteligência Artificial cria fratura no ordenamento jurídico brasileiro. Opinião e Análise. Colunas. *JOTA*, 2 nov. 2021. Disponível em: <https://bit.ly/3yoRnXn>. Acesso em: 22 mai. 2022.

⁴⁴ SCHERTEL MENDES, Laura. Projeto de Lei da Inteligência Artificial: armadilhas à vista. *Fumus Boni Iuris*. Blogs. *O Globo*, 26 nov. 2021. Disponível em: <http://glo.bo/3xYSMSO>. Acesso em: 22 mai. 2022.

⁴⁵ FRAZÃO, Ana. Marco da Inteligência Artificial em análise: Já não foram mapeados riscos suficientes para justificar uma regulação adequada e com efeitos práticos. Colunas. Opinião e Análise. *JOTA*, 15 dez. 2021. Disponível em: <https://bit.ly/39PLNE1>. Acesso em: 22 mai. 2022.

⁴⁶ MEDON, Felipe. Danos causados por inteligência artificial e a reparação integral posta à prova: por que o Substitutivo ao PL 21/2020 deve ser alterado urgentemente?. *Migalhas de Responsabilidade Civil*. Colunas. *Migalhas*, 6 set. 2021. Disponível em: <https://bit.ly/3ykjR4s>. Acesso em: 22 mai. 2022.

No entanto, o poderio econômico macula o seu art. 6º, que norteia a regulação da aplicação da inteligência artificial, notadamente quanto à responsabilidade civil. Nota-se, *prima facie*, a adoção de um posicionamento aparentemente compatível à tônica nacional da matéria, quando se condiciona a formulação e a utilização de sistemas de IA à avaliação dos riscos concretos (art. 6º, III).

O projeto determina a consideração destes nas ponderações sobre a premência de sua regulação e do nível de intervenção empregado, onde seriam traçados comparativos a possíveis ganhos socioeconômicos e aos riscos proporcionados por sistemas análogos baseados em tecnologias distintas (art. 6º, III, a, b).

Desse modo, o projeto preleciona que, em hipóteses de riscos diminutos, competiria à Administração Pública fomentar a inovação, aplicando regulações mais flexíveis. Já em casos de riscos elevados, ela poderia solicitar maiores informações acerca de medidas de segurança e prevenção (art. 6º, §§2º e 3º).

A conjugação dos princípios e diretrizes da proposta legislativa, ainda que suscetível a melhorias, parecia trilhar o caminho à adoção do modelo de responsabilidade objetiva ao sustentar uma gestão baseada no risco concreto, em conformidade às previsões do p. único do art. 927 do CC/02.

Mesmo que a sua consagração não igualasse a minúcia europeia, pautada pela configuração tripartite do instituto⁴⁷, reservar-se-ia um mínimo amparo à vítima, eliminando a necessidade de comprovação do elemento da culpa na reparação de prejuízos originados por sistemas de inteligência artificial. Entretanto, o legislador pátrio rumou em direção oposta, ao prever a diretriz específica da responsabilidade.

Art. 6º: [...] VI – responsabilidade: as normas sobre responsabilidade dos agentes que atuam na cadeia de desenvolvimento e operação de sistemas de inteligência artificial deverão, salvo disposição legal em contrário, pautar-se na **responsabilidade subjetiva** e levar em consideração a efetiva participação desses agentes, os danos específicos que se deseja evitar ou remediar e a forma como esses agentes podem demonstrar adequação às normas aplicáveis, por meio de esforços razoáveis compatíveis com os padrões internacionais e as melhores práticas de mercado (grifo nosso).

A expressa discordância de proeminentes civilistas e juristas brasileiros ao item motivou a assinatura de carta aberta ao Senado Federal, com correções sendo sugeridas à redação⁴⁸.

Constata-se que a versão original do PL 21/2020 apenas determinava que os agentes de desenvolvimento e operação responderiam, na forma legal e de acordo com as

⁴⁷ A Resolução do Parlamento Europeu 2014/2020 (INL) propõe a repartição da responsabilidade civil a partir de 3 sujeitos: a) o operador, que a atrela à tipologia dos sistemas de IA; b) o terceiro usuário, que se vale dessa tecnologia para prejudicar outras pessoas, sujeitando-se à modalidade subjetiva; e c) o produtor, que atrai a Diretiva Europeia 85/374/CEE às hipóteses em que o produto de IA é defeituoso. Direccionando o enfoque ao primeiro, sugere a aplicação de um regime objetivo para as taxativas hipóteses de danos gerados por sistemas de alto risco e a residual incidência do regime subjetivo às demais soluções de menor risco. A íntegra da proposta regulamentadora pode ser encontrada em: <https://bit.ly/3QP6WyD>. Acesso em: 22 mai. 2022.

⁴⁸ IRRESPONSABILIZAÇÃO generalizada: Especialistas criticam responsabilidade subjetiva prevista no PL do marco da IA. *Revista Consultor Jurídico*, 27 out. 2021. Disponível em: <https://bit.ly/3HVyqPd>. Acesso em: 22 mai. 2022.

funções desempenhadas, pelas decisões tomadas pelos sistemas inteligentes⁴⁹. Não se delimitava um regime reparatório, assim como não se referenciava as funções preventiva ou precaucional.

O tratamento normativo passava longe do ideal, mas não se mostrava tão nocivo quanto o do presente texto. A começar pela imprecisão de termos deste: os vindouros legisladores são regidos pela exigência de comprovação da culpa, a qual, todavia, pode ser facilmente elidida por qualquer norma em sentido adverso⁵⁰.

Outrossim, denota-se inexatidão quando o inciso define os agentes que podem ser responsabilizados. Como bem elucida Filipe Medon, a cadeia dos sistemas de inteligência artificial engloba uma multiplicidade de atores aptos a interferir em seu funcionamento, desde designers e operadores até programadores e usuários⁵¹. O dispositivo carece, portanto, de especificidade para a sua identificação, tal como na canalização europeia na figura do operador.

A “irresponsabilização generalizada”, suscitada na carta civilista ao Senado, alude à consolidação de um modelo abstrato subjetivo, onde a avaliação da atuação culposa dos agentes ocorre a partir de questionáveis parâmetros.

Como consequência, são construídos insuperáveis obstáculos à vítima, relegada à posição de vulnerabilidade informacional⁵², que a impossibilita de identificar os agentes envolvidos e comprovar os comportamentos desidiosos que contribuíram ao resultado lesivo, ferindo-se, assim, a garantia da reparação integral.

Ao tecer uma resposta ao descaso brasileiro, onde o lesado assume os encargos financeiros do fomento a práticas inovadoras, aquela mobilização acerta ao enfatizar o simultâneo enfraquecimento da função precaucional, antecipadora dos riscos potenciais ainda desconhecidos relacionados aos programas de IA⁵³.

Desta forma, tendo em vista que as discussões acerca da temática ainda não se encerraram, o grupo de juristas recomendou a incorporação de uma redação idêntica à rejeitada Emenda ao Substitutivo nº 7, apresentada pelo deputado Bohn Gass⁵⁴.

Artigo 6º: VI – responsabilidade: normas sobre responsabilidade dos agentes que atuam na cadeia de desenvolvimento e operação de sistemas de inteligência artificial devem, salvo disposição legal em contrário, levar em consideração a **tipologia da inteligência artificial**, o **risco gerado** e seu **grau de autonomia em relação ao ser humano**, além da **natureza dos agentes envolvidos**, a fim

⁴⁹ Art. 9º, V, e P. único, do texto original do PL 21/2020.

⁵⁰ SCHREIBER, Anderson. PL da Inteligência Artificial cria fratura no ordenamento jurídico brasileiro. Opinião e Análise. Colunas. *JOTA*, 2 nov. 2021. Disponível em: <https://bit.ly/3yoRnXn>. Acesso em: 22 mai. 2022.

⁵¹ MEDON, Felipe. Danos causados por inteligência artificial e a reparação integral posta à prova: por que o Substitutivo ao PL 21/2020 deve ser alterado urgentemente?. Migalhas de Responsabilidade Civil. Colunas. *Migalhas*, 6 set. 2021. Disponível em: <https://bit.ly/3ykjR4s>. Acesso em: 22 mai. 2022.

⁵² SCHREIBER, Anderson. PL da Inteligência Artificial cria fratura no ordenamento jurídico brasileiro. Opinião e Análise. Colunas. *JOTA*, 2 nov. 2021. Disponível em: <https://bit.ly/3yoRnXn>. Acesso em: 22 mai. 2022.

⁵³ IRRESPONSABILIZAÇÃO generalizada: Especialistas criticam responsabilidade subjetiva prevista no PL do marco da IA. *Revista Consultor Jurídico*, 27 out. 2021. Disponível em: <https://bit.ly/3HVyqPd>. Acesso em: 22 mai. 2022.

⁵⁴ BRASIL. *Emenda Modificativa nº 7*. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, [2021]. Disponível em: <https://bit.ly/3HRG8K9>. Disponível em: 22 mai. 2022.

de se determinar, **em concreto**, o regime de responsabilidade civil aplicável (grifos nossos).

Tal sugestão rompe com o deslize de um regime abstrato, assentando a definição da espécie de responsabilidade à luz das peculiaridades concretas. Num panorama de evolução tecnológica e automatização de decisões⁵⁵, a adaptação do tradicional instituto, concebido sob a ótica analógica, ao contexto digital, torna-se imprescindível.

Deste modo, caso venham a ser acatadas as modificações indicadas, a elaboração normativa passaria a considerar a tipologia da inteligência artificial, respeitando as singularidades inerentes às suas variadas categorias.

A pesarosa consagração de uma responsabilidade subjetiva pelo inciso VI do art. 6º do PL 21/2020 ambiciona o crescimento econômico a curto prazo, ao inegavelmente favorecer empresas que desenvolvem essa tecnologia, quase que as eximindo de deveres reparatórios, preventivos e precaucionais.

Tal míope leitura mercadológica macula a regulação em seu estágio embrionário, fadando-a ao papel de carta valorativa, sem aplicação prática. Diante do movimento das grandes potências de assimilação da IA, cuja replicação se encontra em curso no espaço brasileiro, o prognóstico de um esvaziamento normativo desperta preocupações.

O atual estágio de aplicação da inteligência artificial a políticas públicas

Campos e Figueiredo⁵⁶ traçaram os panoramas global e nacional de incorporação da inteligência artificial (IA) ao campo das políticas públicas (PP), a partir de apurações efetuadas no período entre maio e junho de 2019.

Numa pesquisa bibliométrica, avaliadora da produção indexada às plataformas *Web of Science (WOS)* e *Scopus*, e patentométrica, compiladora dos dados veiculados pelo portal *Questel Orbit* e pelo Instituto Nacional da Propriedade Intelectual (INPI), os autores reportaram que a aplicação da inteligência artificial ao *policy cycle* concentra-se na fase de implementação, “onde os projetos e as soluções tecnológicas podem ser implantados para gerar um resultado mais rápido dentro de uma ação de governo”⁵⁷.

Apesar de os estudos no domínio interseccional (IA-PP) terem se estendido às etapas internas à formulação, como a geração de alternativas e a tomada de decisão, o estágio final de controle não restou contemplado. Até o período em questão, a academia brasileira havia produzido 8 dos 201 artigos científicos totais filtrados sobre o tema (4%), abordado com maior frequência nos Estados Unidos (57 artigos) e na China (23 artigos).

⁵⁵ SCHERTEL MENDES, Laura. Projeto de Lei da Inteligência Artificial: armadilhas à vista. *Fumus Boni Iuris*. Blogs. *O Globo*, 26 nov. 2021. Disponível em: <http://glo.bo/3xYSMSO>. Acesso em: 22 mai. 2022.

⁵⁶ CAMPOS, S. L. B.; FIGUEIREDO, J. M. de. Aplicação de Inteligência Artificial no Ciclo de Políticas Públicas. *Cadernos De Prospecção*, [S.l.], 15 (1), 2022, p. 196–214. Disponível em: <https://bit.ly/3CXfrmP>. Acesso em: 22 mai. 2022.

⁵⁷ CAMPOS, S. L. B.; FIGUEIREDO, J. M. de. Aplicação de Inteligência Artificial no Ciclo de Políticas Públicas. *Cadernos De Prospecção*, [S.l.], 15 (1), 2022, p. 204. Disponível em: <https://bit.ly/3CXfrmP>. Acesso em: 22 mai. 2022.

O país asiático também liderou as solicitações de patentes no intervalo, totalizando 44 dos 46 registros efetuados (96%). Consultas ao INPI revelaram um histórico de 47 pedidos de patente e 32 registros de *software* de soluções de inteligência artificial no âmbito nacional, desprovidos, todavia, de aplicações específicas a políticas públicas.

Ao final, a dupla comparou as estratégias nacionais de IA de países com estudos avançados na área (Estados Unidos, China, Canadá, Austrália, Reino Unido, França, Japão, Coreia do Sul, Alemanha e Itália). Nesses documentos, anseios por maiores investimentos em P&D — e pelo consequencial desenvolvimento interno — ladearam-se a balizas éticas, refletindo as tensões já mencionadas⁵⁸.

O cenário global é sintetizado pelos autores, ao afirmarem que

Muitos países estão se posicionando ou se estruturando como líderes em um mercado com potencial ilimitado que é o de IA e preparando-se para transformar a atividade governamental com essa tecnologia. A IA é uma tecnologia transformadora que proporciona benefícios econômicos e sociais, pois tem o potencial de revolucionar a relação governo e sociedade. A pesquisa e desenvolvimento em IA podem promover retornos significativos com melhores oportunidades educacionais e qualidade de vida e segurança. Esses **potenciais benefícios** levam a uma corrida de investimentos declarados pelos governos, no entanto, é preciso atentar para uma série de considerações ao orientar essas estratégias de investimento, como **debates jurídicos e éticos, assim como de cunho social**, com a substituição de pessoas pelos serviços que a máquina poderá proporcionar⁵⁹ (grifos nossos).

Fértil terreno à expansão da inteligência artificial, o Brasil pode se beneficiar das feições analítica e preditiva da tecnologia na esfera das políticas públicas, empregando-a como instrumento otimizador das etapas de seu ciclo, tal como na iniciativa PrevisIA.

De igual modo, o invento constitui o objeto central de políticas regulatórias da inovação, como a EBIA e o PL 21/2020, que ainda carecem de um melhor equilíbrio entre os ditames econômicos e protetivos.

Dada a confluência dos papéis desempenhados pela IA (instrumento e objeto de políticas públicas), ilustrada pela noção de que normas adequadas potencializam o ímpeto inovador, resta aguardar os próximos passos do projeto no Senado Federal e torcer por futuras complementações à Estratégia, que enderecem os problemas até aqui apontados.

Conclusão

A inteligência artificial estampa a moderna conjuntura da inovação e ampara o desenvolvimento longo das nações que a assimilam, ao incrementar a produtividade de empreendimentos privados e fortalecer a prestação de serviços governamentais.

⁵⁸ CAMPOS, S. L. B.; FIGUEIREDO, J. M. de. Aplicação de Inteligência Artificial no Ciclo de Políticas Públicas. *Cadernos De Prospecção*, [S.l.], 15 (1), 2022, p. 196–214. Disponível em: <https://bit.ly/3CXfrmP>. Acesso em: 22 mai. 2022.

⁵⁹ CAMPOS, S. L. B.; FIGUEIREDO, J. M. de. Aplicação de Inteligência Artificial no Ciclo de Políticas Públicas. *Cadernos De Prospecção*, [S.l.], 15 (1), 2022, p. 210–211. Disponível em: <https://bit.ly/3CXfrmP>. Acesso em: 22 mai. 2022.

Percebe-se, pela conjugação dos diplomas normativos pátrios (Constituição Federal e Leis da Inovação e do Governo Digital) a índices de Pesquisa e Desenvolvimento (P&D), o maior protagonismo do Estado brasileiro nesse processo, lastreado pela dúplici missão de revitalizar a sua própria estrutura interna e de fomentar o espírito inventivo dos particulares — com os quais edifica uma relação colaborativa.

De maneira semelhante, a dualidade reveste a tecnologia em comento, projetada para espelhar o pensar humano. Por apresentar uma elevada aptidão analítico-preditiva, a IA é tida como elemento-chave ao aperfeiçoamento de diversas áreas. Contudo, apesar de ainda rotulada como “fraca”, ela acaba maculada por um funcionamento complexo, opaco e (im)previsível que comporta riscos subjacentes, especialmente gravosos aos usuários leigos.

O inicial contributo da inteligência artificial ao campo das políticas públicas advém de sua configuração como instrumento facilitador de atividades em sua tríade de etapas (formulação, implementação e controle).

Visualiza-se, nas ações da primeira (*i.e.* delimitar problemas, definir agendas, criar programas e tomar decisões) e nas nuances da segunda (conteúdo, contexto, capacidade, comprometimento e clientes/coalizões), cenários interessantes ao emprego de soluções inteligentes, também presentes nas avaliações estatísticas de seu terceiro estágio.

Tal serventia auxiliar ilustra, mas não esgota, a imersão da inteligência artificial ao citado domínio, pois o invento também constitui o objeto de políticas regulatórias da inovação, voltadas ao embrionário disciplinamento brasileiro da área — essencial diante dos perigos inerentes à aplicação de suas soluções, capazes de ocasionar danos complexos e massificados.

Nesse sentido, como reflexo do tensionamento entre o ímpeto inovador e o anseio protetivo, dois documentos se destacam: a Estratégia Brasileira de Inteligência Artificial (EBIA) e o Projeto de Lei nº 21/2020.

A despeito de pormenorizar o emprego dos sistemas de IA sob a dimensão ética, ao discorrer sobre tópicos como a discriminação algorítmica e a transparência e ao prever modelos de revisão e reparação de decisões automatizadas, a EBIA apresenta caráter de *softlaw*, que pouco contribui à sua incidência cotidiana.

O Projeto de Lei nº 21/2020, visualizado como futuro marco legal da inteligência artificial, traria uma resposta para isto. Alvo de acelerada tramitação, a redação de seu substitutivo abriga melhorias ao texto original quanto ao linguajar técnico, as quais, todavia, ficam em segundo plano diante do tratamento conferido à responsabilidade civil.

Constata-se, na opção pelo modelo abstrato-subjetivo (art. 6º, VI do PL 21/2020), o desvirtuamento do histórico pátrio acerca do instituto, voltado à consagração de um regime objetivo, baseado na concreta avaliação do elemento do risco; e das sugestões europeias, que direcionam a imputação do encargo reparatório à figura do operador e se fundam na tipologia dos sistemas de IA.

Sopesada a corrida mundial para a incorporação da inteligência artificial ao ciclo de políticas públicas, à luz das respectivas lideranças norte-americana e chinesa em estudos acadêmicos e registros de solicitações de patentes, cabe ao legislador brasileiro

aprimorar a regulação ofertada à temática, buscando o nivelamento entre preceitos éticos e econômicos.

Assim sendo, as iminentes movimentações do mencionado projeto de lei ditarão as discussões futuras sobre o assunto.

REFERÊNCIAS

AGRELA, Lucas. Inteligência artificial começa a chegar à segurança pública. *Exame*, 10 jul. 2019. Disponível em: <https://bit.ly/3UfzdQC>. Acesso em: 22 mai. 2022.

ARAÚJO, Aurélio. Prestou atenção na aula? Nova tecnologia consegue detectar e gera polêmica. *TiltUol*, 20 abr. 2022. Disponível em: <https://bit.ly/3ScoCnL>. Acesso em: 22 mai. 2022.

BORGESIUS, F. Zuiderveen. *Discrimination, artificial intelligence, and algorithmic decision-making*. Estrasburgo: Conselho da Europa, 2018. Disponível em: <https://bit.ly/3wfw8OG>. Acesso em: 22 mai. 2022.

BRASIL. [(Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: <https://bit.ly/2SOYk1L>. Acesso em: 01 dez. 2021.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto De Lei nº 21/2020 (Redação do Substitutivo)*, de 29 de setembro de 2021. Estabelece fundamentos, princípios e diretrizes para o desenvolvimento e a aplicação da inteligência artificial no Brasil; e dá outras providências. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, [2021]. Disponível em: <https://bit.ly/3HRUMB2>. Acesso em: 22 mai. 2022.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto De Lei nº 21/2020 (Texto Original)*, de 04 de fevereiro de 2020. Estabelece princípios, direitos e deveres para o uso da inteligência artificial no Brasil e dá outras providências. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, [2020]. Disponível em: <https://bit.ly/3u4zZ7L>. Acesso em: 22 mai. 2022.

BRASIL. *Emenda Modificativa nº 7*. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, [2021]. Disponível em: <https://bit.ly/3HRG8K9>. Disponível em: 22 mai. 2022.

BRASIL. *Lei 10.973*, de 2 de dezembro de 2004. Dispõe sobre incentivos à inovação e à pesquisa científica e tecnológica no ambiente produtivo e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2004]. Disponível em: <https://bit.ly/36ge7ty>. Acesso em: 15 dez. 2021.

BRASIL. *Lei 14.129, de 29 de março de 2021*. Dispõe sobre princípios, regras e instrumentos para o Governo Digital e para o aumento da eficiência pública. Brasília, DF: Presidência da República, [2021]. Disponível em: <https://bit.ly/3hCQIYz>. Acesso em: 13 dez. 2021.

BRASIL. Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovações. *Estratégia Brasileira De Inteligência Artificial (EBIA)*. Instituída pela Portaria MCTI nº 4.617/2021. Brasília, DF: MCTI, [2021] Disponível em: <https://bit.ly/3ykhKO4>. Acesso em: 22 mai. 2022.

BRASIL. Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações. *Indicadores Nacionais de Ciência, Tecnologia e Inovação 2019*. Brasília, DF: MCTI, [2021]. Disponível em: <https://bit.ly/3hBJ00L>. Acesso em: 22 mai. 2022.

BRYNARD, Petrus. Police Implementation: Lessons for Service Delivery. *Journal of Public Administration*, Pretoria, v. 40, n. 41, p. 649-664, dez. 2005. Disponível em: <https://bit.ly/3KcueeN>. Acesso em: 22 mai. 2022.

CALABRICH, Bruno Freire de Carvalho. Discriminação algorítmica e transparência na Lei geral de proteção de dados pessoais. *RD Tec – revista de direito e as novas tecnologias*, [S.l.], v. 8, Jul./Set. 2020. Disponível em: <https://bit.ly/3qKCLvR>. Acesso em: 22 mai. 2022.

CAMPOS, S. L. B.; FIGUEIREDO, J. M. de. Aplicação de Inteligência Artificial no Ciclo de Políticas Públicas. *Cadernos De Prospecção*, [S.l.], 15 (1), 2022, p. 196–214. Disponível em: <https://bit.ly/3CXfrmP>. Acesso em: 22 mai. 2022.

CAPGEMINI RESEARCH INSTITUTE. *The art of customer-centric artificial intelligence: How organizations can unleash the full potential of AI in the customer experience*. Paris: Capgemini, 2020. Disponível em: <https://bit.ly/3ocd5Ia>. Acesso em: 22 mai. 2022.

CATALAN, Marcos. O desenvolvimento nanotecnológico e o dever de reparar os danos ignorados pelo processo produtivo. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 19, p. 113-153, abr./jun.2010.

COOTER, Robert. Direito e desenvolvimento: inovação, informação e a pobreza das nações. Versão adaptada em língua portuguesa: Luciano Benetti Timm. *Revista de Direito Público da Economia - RDPE*, Belo Horizonte, ano 5, n. 17, p. 165-190, jan./mar. 2007. Disponível em: <https://bit.ly/3x7M0bT>. Acesso em: 17 mai. 2021.

FRAZÃO, Ana. Marco da Inteligência Artificial em análise: Já não foram mapeados riscos suficientes para justificar uma regulação adequada e com efeitos práticos. *Colunas. Opinião e Análise. JOTA*, 15 dez. 2021. Disponível em: <https://bit.ly/39PLNE1>. Acesso em: 22 mai. 2022.

FREY, K. Políticas Públicas: Um Debate Conceitual e Reflexões Referentes à Prática da Análise de Políticas Públicas no Brasil. *Planejamento e Políticas Públicas*, [S. l.], n. 21, 2009. Disponível em: <https://bit.ly/3dN3J3w>. Acesso em: 22 mai. 2022.

GIANNAKOS, Demetrius Beck. O princípio da eficiência e a public choice. *Revista Jurídica Luso Brasileira*, Lisboa, ano 3, n. 5, 2017. Disponível em: <https://bit.ly/3CoU3qk>. Acesso em: 22 mai. 2022.

HOFFMAN-RIEM, Wolfgang. *Teoria geral do direito digital: transformação digital: desafios para o direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

IRRESPONSABILIZAÇÃO generalizada: Especialistas criticam responsabilidade subjetiva prevista no PL do marco da IA. *Revista Consultor Jurídico*, 27 out. 2021. Disponível em: <https://bit.ly/3HVyqPd>. Acesso em: 22 mai. 2022.

MEDON, Felipe. Danos causados por inteligência artificial e a reparação integral posta à prova: por que o Substitutivo ao PL 21/2020 deve ser alterado urgentemente?. Migalhas de Responsabilidade Civil. Colunas. *Migalhas*, 6 set. 2021. Disponível em: <https://bit.ly/3ykJR4s>. Acesso em: 22 mai. 2022.

METAVERSO, veículos autônomos, segurança cibernética e mais: 6 tendências de Inteligência Artificial para 2022. *Yahoo! Finanças*, 19 dez. 2021. Disponível em: <https://bit.ly/3yWpmFk>. Acesso em: 22 mai. 2022.

NETTO, Milton Pereira de França; EHRHARDT JUNIOR, M. A. A. A Inteligência Artificial e os Riscos da Discriminação Algorítmica. In: Marcos Ehrhardt Júnior; Marcos Catalan; Pablo Malheiros.. (Org.). *Direito Civil e Tecnologia* - Tomo II. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2021, p. 719-737.

PREVISIA: Imazon, Microsoft e Fundo Vale lançam ferramenta de inteligência artificial que ajudará na prevenção do desmatamento da Amazônia. Imprensa. *Imazon*, 4 ago. 2021. Disponível em: <https://bit.ly/3PHc2LA>. Acesso em: 22 mai. 2022.

SCHERER, Matthew U., Regulating Artificial Intelligence Systems: Risks, Challenges, Competencies, and Strategies. *Harvard Journal of Law & Technology*, Cambridge, v. 29, n. 2, 2016. Disponível em: <https://bit.ly/3x7Pca5>. Acesso em: 22 mai. 2022.

SCHERTEL MENDES, Laura. Projeto de Lei da Inteligência Artificial: armadilhas à vista. Fumus Boni Iuris. Blogs. *O Globo*, 26 nov. 2021. Disponível em: <http://glo.bo/3xYSMSO>. Acesso em: 22 mai. 2022.

SCHREIBER, Anderson. PL da Inteligência Artificial cria fratura no ordenamento jurídico brasileiro. Opinião e Análise. Colunas. *JOTA*, 2 nov. 2021. Disponível em: <https://bit.ly/3yoRnXn>. Acesso em: 22 mai. 2022.

SILVA, Fabrício Machado da; et al. *Inteligência artificial*. Porto Alegre: SAGAH, 2019, p. 13-20.

THE WORLD BANK. World Development Indicators. *Data Catalog*. Washington: World Bank Group, 2021. Disponível em: <https://bit.ly/2SPxS8l>. Acesso em: 22 mai. 2022.

TIROLE, Jean. *Economics for the Common Good*. Nova Jersey: Princeton University Press, 2017, p. 430-431.

TORTOISE MEDIA. *Global AI Index*. Londres: Tortoise, 2022. Disponível em: <https://bit.ly/3brRfNC>. Acesso em: 22 mai. 2022.

UNIÃO EUROPÉIA. Parlamento Europeu. *Impactos Econômicos da Inteligência Artificial*. União Europeia: Parlamento Europeu, 2019. Disponível em: <https://bit.ly/3AyrqfF>. Acesso em: 22 mai. 2022.

ZHANG, Daniel. AI Hiring Index. *The AI Index 2021 Annual Report*. Stanford: Stanford University, 2021. Disponível em: <https://stanford.io/3Kb4cc3>. Acesso em: 22 mai. 2022.

Data de Recebimento: 22.09.2022.

Data de Aprovação: 23.10.2023.

O PAPEL DO STJ NA FORMAÇÃO DOS PRECEDENTES EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA

THE ROLE OF STJ IN THE FORMATION OF PRECEDENTS IN TAX MATTERS

Aline Bacelar Teixeira Santos*
Renato Lopes Becho**

RESUMO

O artigo aborda o papel do Superior Tribunal de Justiça (STJ) no sistema de precedentes previsto no Código de Processo Civil de 2015, com enfoque no julgamento de temas tributários. Demonstra a aproximação do direito brasileiro com o sistema jurídico do *common law*, em um ambiente em que o Poder Judiciário passa a ser fonte positiva do direito e há uma grande valorização do precedente judicial. O método adotado é o analítico-dedutivo, a partir de leitura doutrinária e jurisprudencial. O estudo parte de reflexão a respeito da evolução legislativa quanto aos mecanismos processuais para o enfrentamento da multiplicidade de processos submetidos às Cortes Superiores na via recursal. Analisa a diversidade de entendimento adotada pelo STF e o STJ no julgamento de temas tributários idênticos. Aponta algumas soluções para se alcançar segurança jurídica no julgamento de controvérsias tributárias, com vistas a concretizar o papel constitucional atribuído ao STJ. Encerra propondo medidas para o aprimoramento do sistema judicial, tais como: a efetiva uniformização da jurisprudência pelas Cortes de justiça brasileiras, a atribuição de efeitos prospectivos a decisões que revoguem anterior entendimento jurisprudencial, e a utilização da relevância da questão federal para fins de cabimento do recurso especial.

Palavras-chave: Direito Constitucional. Direito Tributário. Direito Processual Tributário. Julgamento por amostragem. Precedentes qualificados.

ABSTRACT

The article addresses the role of the Superior Court of Justice (STJ) in the system of precedents provided by the Civil Procedure Code of 2015, focusing on the judgment of tax issues. It demonstrates the approximation of Brazilian law to the common law legal system, in an environment in which the Judiciary becomes a positive source of law and judicial precedent is greatly valued. The method adopted is the analytical-deductive one, based on doctrinal and jurisprudential reading. The study starts from a reflection on the legislative evolution regarding the procedural mechanisms to face the multiplicity of cases submitted to the Superior Courts on appeal. It analyzes the diversity of understanding adopted by the STF and the STJ when judging identical tax issues. It points out some solutions to achieve legal security in the judgment of tax

* Possui graduação em Direito pela Universidade Federal do Maranhão (2005); pós graduação pela Unisul em Função Social do Direito: processo, constituição e novos direitos (2009); e especialização em direito tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários - IBET (2015/2016). <https://orcid.org/0000-0002-5512-8226>. E-mail: aline.bacelar@gmail.com.

** Possui graduação em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (1990), mestrado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC/SP (1997), doutorado em Direito pela PUC/SP (2000) e Livre-docência em Direito pela Universidade de São Paulo/SP - USP (2008). Atualmente é professor assistente doutor da PUC/SP e juiz federal - Justiça Federal. <https://orcid.org/0000-0002-1025-1204>. E-mail: renatobecho@uol.com.br.

controversies, in order to fulfill the constitutional role assigned to the STJ. It concludes by proposing measures to improve the judicial system, such as: the effective standardization of case law by the Brazilian Courts of Justice, the attribution of prospective effects to decisions that revoke a previous case law understanding, and the use of the relevance of the federal issue for the purposes of appropriateness of the special appeal.

Key-words: Constitutional Law. Tax Law. Tax Procedural Law. Judgement sampling. Qualified Precedents.

INTRODUÇÃO

O artigo se propõe a expor e discutir o papel do Superior Tribunal de Justiça (STJ) no processo de construção de precedentes, previsto no Código de Processo Civil de 2015, com enfoque no julgamento de temas tributários.

O estudo demanda a análise da Constituição Federal e do Código de Processo Civil, da jurisprudência das cortes superiores, assim como a verificação das dificuldades ainda existentes para se alcançar uma jurisprudência mais coerente e estável.

O método adotado é o analítico-dedutivo, a partir de leitura doutrinária e jurisprudencial. O estudo parte de reflexão a respeito da evolução legislativa quanto aos mecanismos processuais para o enfrentamento da multiplicidade de processos submetidos às Cortes Superiores na via recursal. Analisa a diversidade de entendimento adotada pelo STF e o STJ no julgamento de temas tributários idênticos. Aponta algumas soluções para se alcançar segurança jurídica no julgamento de controvérsias tributárias, com vistas a concretizar o papel constitucional atribuído ao STJ. Encerra propondo medidas para o aprimoramento do sistema judicial, tais como: a efetiva uniformização da jurisprudência pelas Cortes de justiça brasileiras, a atribuição de efeitos prospectivos a decisões que revoguem anterior entendimento jurisprudencial, e a utilização da relevância da questão federal para fins de cabimento do recurso especial.

Assim, serão indicadas algumas leis já implementadas, como o julgamento por amostragem no âmbito do Supremo Tribunal Federal (STF) e do STJ, com a finalidade de instituir o sistema de precedentes e racionalizar o trabalho nestes tribunais.

O estudo decorre também da constatação de que, mesmo com a estrita distribuição de competências pela Constituição Federal de 1988, estabelecendo a jurisdição constitucional ao STF e infraconstitucional ao STJ, ainda tem ocorrido com bastante frequência o julgamento da mesma questão controvertida por ambos tribunais superiores.

E, não bastasse o enfrentamento de idêntica matéria tributária pelos órgãos de cúpula do Poder Judiciário, a solução conferida a alguns desses casos tem sido distinta, gerando uma indesejável insegurança jurídica.

Nesse contexto, após serem apontadas as principais dificuldades nessa seara, procurar-se-á indicar algumas providências na tentativa de aprimorar o sistema de precedentes, inclusive com a identificação da função constitucional do STJ nesse modelo.

O rito dos recursos repetitivos no STF e no STJ

As pessoas buscam, com certa frequência, a resolução de conflitos pela via judicial, e isso pode ser justificado, em parte, pela complexidade das relações sociais e pelos novos conflitos daí advindos. Ademais, especialmente no Brasil, existe uma cultura de intensa litigância, reforçada pela facilidade de acesso à justiça, possibilidade de isenção de custas judiciais pelo particular e pelo Poder Público, bem como viabilidade de se usar o Poder Judiciário como instrumento de postergação para o cumprimento de obrigações¹.

A consequência disso é a existência de grande número de processos judiciais em tramitação, seja nas instâncias ordinárias, seja nas instâncias extraordinárias, o que resulta na demora da entrega da prestação jurisdicional.

Por essa razão, alguns esforços têm sido feitos nos últimos anos para tentar dirimir esse problema. Além de prever mecanismos alternativos de solução de conflitos, o legislador tem optado por privilegiar o valor tempestividade na resolução de demandas judiciais.

Com efeito, após a Emenda Constitucional 45, também denominada de Reforma do Judiciário, restou clara a escolha do Poder Legislativo pela eficiência do processo, o que se constata pela inserção no texto constitucional do princípio da razoável duração do processo (art. 5º, LXXVIII, da CF). No entanto, importante esclarecer que a adequada interpretação dos textos legais que visaram conferir maior celeridade ao julgamento dos processos somente pode ser feita à luz dos princípios contidos no texto constitucional.

Neste trabalho, abordar-se-ão algumas normas de efetividade criadas no âmbito dos tribunais superiores (STF e STJ). A escolha se justifica porque mencionadas cortes de justiça são órgãos de cúpula e, portanto, aquelas que darão a palavra final na solução de um litígio quando a controvérsia tiver natureza constitucional ou legal.

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, o recurso extraordinário previsto pelo sistema anterior (art. 114 da CF/67) foi desdobrado em duas espécies. Conforme o novo texto, destinou-se ao STF a atribuição específica de “guardião da Constituição”, cabendo-lhe julgar o recurso extraordinário *stricto sensu*, que tutela as normas constitucionais (art. 102 da CF). De outro lado, foi introduzido o recurso especial, voltado à tutela da lei federal, competindo ao STJ o seu julgamento (art. 105 da CF).

¹ “Starting with a positive aspect, the Brazilian Federal Constitution (Article 5th, incise XXXV-“the law shall not exclude any injury or threat to a right from the consideration of the Judicial Power”¹⁷) ensures that access to the Judiciary is free. In that sense, if someone does not have money to pay legal fees and can prove this with simple deeds, she or he can start a case for free. There are public lawyers or practitioners (law students with a teacher as a supervisor, for example) available if someone does not have money to pay for a lawyer. It is also accessible to appellate to a second instance court, granted for the principle of due process of law (which includes a judiciary revision from a prior judiciary decision). However, there are some hurdles to accessing higher levels of courts¹⁸. On the other hand, many people use the Judiciary to postpone their duties, starting with public administration at all levels (federal, states, and municipalities). Since they do not need to pay Judiciary duties if they lose cases, they just needed to pay low fees to the winning party. If the losing party is not a public administration body, they need to pay higher fees for the winning party. Despite this, many big companies (e.g. telephonic groups) seem to mimic governments and use the Judiciary to postpone their obligations. Because of that, it is not a surprise that there are so many lawsuits in Brazil, as was shown above.” BECHO, Renato Lopes. The Application of Judicial Precedents as a Way to Reduce Brazilians Tax Lawsuits. *Beijing Law Review*, 11, 729-739. <https://doi.org/10.4236/blr.2020.113044>, p. 732-733.

Em razão do número excessivo de recursos pendentes de pronunciamento judicial², os mecanismos de efetividade instituídos no âmbito dessas cortes superiores tiveram por principal objetivo racionalizar o julgamento dos feitos, pretendendo entregar uma prestação jurisdicional mais célere e igualitária.

Nesse contexto, em relação ao STF, a repercussão geral foi prevista pela Emenda Constitucional 45/04, que acrescentou o § 3º ao art. 102 da CF, como mais um requisito de admissibilidade do recurso extraordinário. Para regulamentar este instituto, foi editada a Lei 11.418/06, que incluiu, no Código de Processo Civil de 1973 (CPC/73), os arts. 543-A e 543-B. Além disso, as Emendas 21, 22 e 23 ao Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal (RISTF) trouxeram dispositivos que melhor explicitaram a matéria.

Essa legislação estabeleceu, em verdade, um filtro recursal para acesso à Suprema Corte, passando a exigir que as questões que lhe forem submetidas a julgamento ultrapassem os interesses subjetivos da causa.

Introduziu-se, também, no STF, o julgamento de recursos por amostragem. Havendo feitos em multiplicidade com fundamento em idêntica controvérsia, não serão todos julgados diretamente. O tribunal de origem selecionará um ou mais recursos representativos da controvérsia e os encaminhará à Corte Constitucional. Os demais ficarão aguardando a decisão final para posterior tomada de providências pelas cortes de apelação (tribunais regionais federais e tribunais de justiça).

No âmbito do STJ, foi adotado um mecanismo semelhante, na linha do procedimento acima exposto, também em ordem a agilizar seus julgamentos.

Nesse contexto, foi editada a Lei 11.672/08, a qual determinou que, em havendo multiplicidade de recursos especiais com fundamento em idêntica questão de direito, caberá ao presidente do tribunal ordinário admitir um ou mais recursos representativos da controvérsia e encaminhá-los ao STJ. Os demais ficarão com o julgamento suspenso até a conclusão do repetitivo. Internamente, para regulamentar os procedimentos para a aplicação de referida norma, foi publicada a Resolução STJ 8/08.

O objetivo dessas leis foi destinar às cortes de vértice apenas os recursos selecionados como representativos da controvérsia repetitiva (processos-piloto), ficando os demais sobrestados até seu julgamento definitivo, quando os tribunais de origem deverão adotar as diligências cabíveis.

Atualmente, ambas as leis foram revogadas pelo CPC, que passou a disciplinar, em seus artigos 1.036 a 1.041, o julgamento dos recursos extraordinário e especial repetitivos.

Pretendeu-se, com essas normas, proporcionar uma comunicação mais direta entre os órgãos do Poder Judiciário, principalmente no compartilhamento de informações sobre os temas em julgamento e feitos sobrestados, e na sistematização das decisões e das ações necessárias à plena efetividade e à uniformização de procedimentos.

² O acervo do **STF** está em 23.777 processos – cf. <https://transparencia.stf.jus.br/single/?appid=e554950b-d244-487b-991d-abcc693bfa7c&sheet=9123f27b-bbe6-4896-82ea-8407a5ff7d3d&theme=simplicity&select=clearall> Acesso em 12/2/2022; e do **STJ** está em 289.759 – cf. <https://www.stj.jus.br/webstj/Processo/Boletim/verpagina.asp?vPag=0&vSeq=372> Acesso em 12 fev. 2022.

No entanto, essa técnica de julgamento por amostragem não surtiu a amplitude desejada, pois alguns recursos e ações continuaram a subir para ambos os tribunais superiores, ainda que a matéria neles discutida fosse idêntica àquela submetida aos representativos de controvérsia.

Para corrigir essa distorção, desde o julgamento pelo Supremo Tribunal Federal da Questão de Ordem no RE 540.410/RS³, concluiu-se pela necessidade de devolução aos órgãos julgadores de origem, para os fins previstos no art. 543-B do revogado CPC/73, dos demais recursos extraordinários e agravos cujo tema apresente repercussão geral reconhecida pelo Plenário daquela Corte, ainda que interpostos contra acórdãos publicados em momento anterior à regulamentação do instituto, que se deu em 3 de maio de 2007.

Igualmente, na via especial, nos casos que versem sobre temas já afetados à sistemática dos recursos repetitivos, desde 2012, igualmente, pode o relator determinar o retorno dos autos à origem, onde ficarão sobrestados até a publicação do acórdão proferido nos autos do recurso representativo da controvérsia.⁴

Mesmo já tendo sido alçada determinada questão ao rito da repercussão geral, e havendo recurso especial veiculando matéria análoga, é facultado ao STJ determinar a devolução dos autos à Corte local para que lá se cumpra o rito dos arts. 1.040 e 1.041 do vigente CPC (juízo de adequação), considerando que esse tema passou a ter natureza constitucional. Outrossim, remanescendo questões impugnadas no especial distintas daquela versada na repercussão geral, deve ser julgada, em primeiro lugar, pelo tribunal de origem, a matéria por ela abrangida, para apenas depois se prosseguir na resolução do resíduo não alcançado pela afetação.⁵

Em reforço, a Corte Especial do STJ julgou a Rcl 36.476/SP⁶, sedimentando posicionamento no sentido de que, mesmo após a entrada em vigor do vigente CPC, a reclamação constitucional não seria o instrumento adequado para o controle da aplicação dos entendimentos firmados em recursos especiais repetitivos.

Considerou-se que, nesse regime, a Corte Superior cumpre sua tarefa constitucional “definindo, por uma vez, mediante julgamento por amostragem, a interpretação da Lei federal que deve ser obrigatoriamente observada pelas instâncias ordinárias”, e que seria “dos juízes e Tribunais locais a incumbência de aplicação individualizada da tese jurídica em cada caso concreto”.

A ideia é consolidar a compreensão de que o STF e o STJ são cortes de precedentes que têm como principal missão julgar apenas o representativo de controvérsia (*leading*

³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. QO no RE 540.410/RS. Relator Min. Cezar Peluso. Data de Julgamento: 20 de Agosto de 2008. Disponível em: <jurisprudencia.stf.jus.br>. Acesso em 7 Dez. 2021.

⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no AREsp 153.829/PI. Relator Min. Mauro Campbell Marques. Data de Julgamento: 17 de Maio de 2012. Disponível em: <scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia>. Acesso em 7 Dez. 2021.

⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgInt no REsp 1.728.078/RJ, Relator Ministro Sérgio Kukina, Data de Julgamento: 13 de Agosto de 2019. Disponível em: <scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia>. Acesso em 7 Dez. 2021.

⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Rcl 36.476/SP, Relatora Min. Nancy Andrichi, Data de Julgamento: 05 de Fevereiro de 2020. Disponível em: <scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia>. Acesso em 7 Dez. 2021.

case), fixando uma tese jurídica, e não atuar como terceira e quarta instâncias, resolvendo os casos concretos (atribuição dos tribunais de apelação).

O CPC/2015 e os precedentes

É oportuno destacar que existe uma diferença importante entre os denominados recursos comuns e recursos extraordinários. Com efeito, os apelos comuns respondem de imediato ao interesse do litigante vencido em ver alterada a decisão que o desfavoreceu, tendo como requisito de sua admissibilidade apenas a sucumbência, como regra geral.

Já os recursos extraordinários fundam-se imediatamente no interesse da ordem pública em ver prevalecer a autoridade e exata aplicação da Constituição e da lei federal, e apenas de maneira mediata visam à tutela do interesse dos litigantes. Nesse passo, a admissibilidade de um apelo extraordinário se liga à existência de uma questão constitucional ou infraconstitucional, ou seja, à defesa da ordem jurídica.

Nos tempos atuais, está havendo uma aproximação do direito brasileiro, que sempre se ligou às tradições do *civil law*, com o sistema jurídico do *common law*, num ambiente em que o Poder Judiciário passa a ser fonte positiva do direito e há uma grande valorização do precedente judicial⁷.

Nesse contexto é que foi editado o Código de Processo Civil de 2015 (Lei 13.105/15), o qual criou mecanismos visando reduzir decisões judiciais divergentes e fortalecer o papel dos tribunais superiores, ao atribuir eficácia obrigatória aos seus pronunciamentos sob o rito dos repetitivos.

A força vinculante do precedente judicial representa, de fato, o reconhecimento da necessidade de se consagrar o devido respeito à interpretação conferida pelos órgãos jurisdicionais de cúpula, em decorrência do maior peso que deve ser dado aos princípios constitucionais da igualdade e da segurança jurídica.

A propósito, colhe-se a doutrina de Daniel Mitidiero⁸:

Sendo parte integrante do ordenamento jurídico, o precedente deve ser levado em consideração como parâmetro necessário para aferição da igualdade de todos perante a ordem jurídica e para promoção da segurança. Isso implica, a uma, que casos iguais sejam tratados de forma igual pela Corte Suprema e por todos os órgãos jurisdicionais a ela ligados a partir do conteúdo do precedente, e, a duas, que a exigência de cognoscibilidade inerente à segurança jurídica leve em consideração o processo de interpretação judicial do Direito e seu resultado.

De fato, como reforça o Ministro do STJ Paulo de Tarso Sanseverino⁹, a introdução do julgamento dos recursos especiais repetitivos constituiu “um marco na história do Superior Tribunal de Justiça, permitindo o aprimoramento da gestão processual e ensejando a formação de precedentes qualificados”.

⁷ Cf. BECHO, Renato Lopes. *Ativismo jurídico em processo tributário: crise, teoria dos precedentes e efeitos do afastamento da estrita legalidade*. São Paulo: RT, 2021, p. 89.

⁸ MITIDIERO, Daniel. *Cortes superiores e cortes supremas: do controle à interpretação da jurisprudência ao precedente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 76.

⁹ SANSEVERINO, Paulo de Tarso. Dez anos de recursos repetitivos no STJ. In: *Doutrina: edição comemorativa, 30 anos*. Brasília: Superior Tribunal de Justiça, 2019, p. 761.

Outrossim, a partir dessa nova realidade, remanesceu mais evidente a função do STJ no plano da interpretação e aplicação uniformes da lei federal, sendo legítima a atribuição de eficácia vinculante às decisões proferidas no regime dos recursos repetitivos pelo CPC/15. É o que leciona Humberto Theodoro Junior¹⁰:

Não se trata, portanto, de uma força vinculante criada pela pura vontade do legislador processual, mas de algo cujas raízes se encontram nas matrizes constitucionais dos recursos extraordinário e especial. É da imperiosa necessidade de velar pela autoridade da Constituição e de garantir a uniformidade da inteligência e aplicação do direito positivo infraconstitucional, que o NCPC extraiu a inspiração para conferir, de forma expressa, a força vinculante da jurisprudência estabelecida no âmbito dos recursos extraordinário e especial repetitivos.

Em adendo, essa atribuição de força normativa à jurisprudência exige que os juízes e os tribunais observem suas próprias decisões e, mais ainda, apliquem as teses firmadas em repetitivo nos tribunais superiores. Não há mais espaço para, sob o pálio do princípio do livre convencimento motivado, um juiz deixar de aplicar um precedente porque “pensa diferente”: ele deve simplesmente aderir a esse julgado¹¹.

Pode-se concluir que as mencionadas alterações pretendem impedir a jurisprudência vacilante, permissiva de soluções diversas para idênticas controvérsias, mediante a instituição de mecanismos de natureza processual, inclusive no âmbito das instâncias ordinárias, tendentes a prestigiar a segurança jurídica¹².

O julgamento de idêntica questão tributária pelas cortes superiores

Em matéria tributária, a competência dos tribunais de vértice foi explicitamente delimitada pela Carta Constitucional, e, mesmo assim, ainda ocorre com bastante frequência o julgamento da mesma questão controvertida pelo STJ e pelo STF. Isso acontece porque a Constituição Federal de 1988 possui uma disciplina muito extensa no que toca aos temas tributários.

O problema é que, algumas vezes, a solução conferida aos casos tem sido distinta, gerando uma indesejável insegurança jurídica. Essa dispersão da jurisprudência deve ser

¹⁰ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Jurisprudência e precedentes vinculantes no Novo Código de Processo Civil: demandas repetitivas. In: *Revista de processo*, v. 41, n. 255, maio 2016, p. 367-368.

¹¹ Essa é a conclusão a que chegou Renato Lopes Becho: “We have no doubt that all these rulings that the Justices talked about were justified. The problem is how judges are applying the principle of liberty to motivate their decisions. They don’t respect the previous decisions, including their own Court’s, something that creates immense insecurity. It shows, in other words, that judges do not think that they need to adhere to binding precedents. Judges simply (or just) interpret the statutes in the way they prefer. With the new CPC, Congress shows to judges that Brazilians would like to see things done differently. By the Brazilian Civil Procedure Code from 2015, presented in the next item, judges and justice shall consider binding precedents in the adjudication processes.” BECHO, Renato Lopes. The Application of Judicial Precedents as a Way to Reduce Brazilians Tax Lawsuits. *Beijing Law Review*, 11, 729-739. <https://doi.org/10.4236/blr.2020.113044>, p. 735.

¹² SANTOS, Guilherme Ribas da Silva; VALADÃO, Marcos Aurélio Pereira. Aspectos constitucionais e processuais da segurança jurídico-tributária. In: *Revista de Estudos Jurídicos do Superior Tribunal de Justiça*. Gabinete da Revista. Ano 1, n. 1 (ago. 2020). Brasília: STJ, 1989, p. 231.

evitada, como salienta Guilherme Puchalski Teixeira¹³, considerando que a “ausência de previsibilidade razoável do processo vai de encontro aos princípios constitucionais da isonomia e da segurança jurídica, produzindo decisões diametralmente opostas sobre idêntica controvérsia”.

Passa-se a abordar alguns desses casos.

Veja-se, primeiro, a discussão a respeito do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, em que o STJ havia sinalizado há muito tempo pela possibilidade de sua inclusão, tendo inclusive editado dois enunciados sumulares a respeito (Súmulas 68/STJ e 94/STJ¹⁴) e julgado um representativo de controvérsia repetitiva (REsp 1.144.469/PR¹⁵ – Tema 313/STJ). A Suprema Corte, no entanto, ao julgar o RE 574.706/PR¹⁶ em repercussão geral, concluiu que “O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS” (Tema 69/STF).

Essa parece a linha de entendimento que vai ser adotada pela Corte Constitucional no julgamento do Tema 118/STF - RE 592.616/MG-RG¹⁷, no qual se discute a constitucionalidade da inclusão do ISS na base de cálculo do PIS e da COFINS. O relator do caso, Ministro Celso de Mello¹⁸, proferiu seu voto pela impossibilidade de o tributo municipal compor a base de cálculo dessas contribuições, tendo o julgamento sido suspenso por um pedido de vista do Ministro Dias Toffoli.

De outro lado, essa *quaestio* já foi enfrentada pelo STJ em recurso julgado pelo rito dos repetitivos: REsp 1.330.737/SP¹⁹ (Tema 634/STJ), tendo prevalecido orientação diversa, a saber: “O valor suportado pelo beneficiário do serviço, nele incluindo a quantia referente ao ISSQN, compõe o conceito de receita ou faturamento para fins de adequação à hipótese de incidência do PIS e da COFINS”.

O STJ, agora em atenção ao que deliberado pelo STF no Tema 69/STF, julgou sob o rito dos repetitivos o REsp 1.638.772/SC, o REsp 1.624.297/RS e o REsp 1.629.001/SC²⁰,

¹³ TEIXEIRA, Guilherme Puchalski. Recurso especial e recurso extraordinário repetitivos: finalidade e procedimento. In: *Recursos e processos nos tribunais: à luz do Novo Código de Processo Civil*. Org: Vanderlei Garcia Junior. Curitiba: Juruá, 2017, p. 184.

¹⁴ Essas súmulas foram canceladas pela Primeira Seção, na sessão de 27/03/2019, por iniciativa do Ministro Sérgio Kukina, na Questão de Ordem nos REsp 1.624.297/RS, 1.629.001/SC e 1.638.772/SC (DJe 03/04/2019).

¹⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.144.469/PR. Relator Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Rel. p/ Acórdão Ministro Mauro Campbell Marques. Data de Julgamento: 10 de Agosto de 2016. Disponível em: <scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia>. Acesso em 7 Dez. 2021.

¹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 574.706/PR. Relatora Min. Cármen Lúcia. Data de Julgamento: 15 de Março de 2017. Disponível em: <jurisprudencia.stf.jus.br>. Acesso em 7 Dez. 2021.

¹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 592.616/MG. Relator Min. Menezes Direito. Data de Julgamento: 10 de Outubro de 2008. Disponível em: <jurisprudencia.stf.jus.br>. Acesso em 7 Dez. 2021.

¹⁸ Tese proposta: “O valor correspondente ao ISS não integra a base de cálculo das contribuições sociais referentes ao PIS e à COFINS, pelo fato de o ISS qualificar-se como simples ingresso financeiro que meramente transita, sem qualquer caráter de definitividade, pelo patrimônio e pela contabilidade do contribuinte, sob pena de transgressão ao art. 195, I, ‘b’, da Constituição da República (na redação dada pela EC nº 20/98)”.

¹⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.330.737/SP. Relator Min. Og Fernandes. Data de Julgamento: 10 de Junho de 2015. Disponível em: <scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia>. Acesso em 7 Dez. 2021.

²⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.638.772/SC, REsp 1.624.297/RS e REsp 1.629.001/SC. Relatora Min. Regina Helena Costa. Data de Julgamento: 10 de Abril de 2019. Disponível em: <scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia>. Acesso em 7 Dez. 2021.

assentando a impossibilidade de inclusão do ICMS na base de cálculo da Contribuição Previdenciária sobre a Receita Bruta (CPRB)²¹. Ocorre que a Suprema Corte, julgando essa matéria sob o pálio da repercussão geral, compreendeu pela constitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo de referida contribuição (Tema 1.048/STF - RE 1.187.264/SP-RG²²).

A perplexidade advém do fato de que a Corte Constitucional adotou conclusões diferentes para tributos que possuem a mesma base imponible, a saber, a receita, sem apontar em que medida a facultatividade da adesão do contribuinte ao regime de recolhimento pela CPRB (fundamento adotado pelo STF) seria uma distinção válida a embasar a diferenciação realizada.

Nesse ponto, merece relevo o voto-vista que o Ministro Gurgel de Faria proferiu no Tema Repetitivo 994/STJ, sustentando que a conclusão adotada no Tema 69/STF deveria ser a mesma na hipótese da CPRB, diante do fato de que “a controvérsia em ambos os casos passa pelo conceito de receita”²³.

Por fim, recentemente, o STF, ao julgar o Tema 962 da Repercussão Geral, consolidou a compreensão de que: “É inconstitucional a incidência do IRPJ e da CSLL sobre os valores atinentes à taxa Selic recebidos em razão de repetição de indébito tributário” (RE 1.063.187/SC-RG²⁴). Ao assim decidir, o fez em linha de confronto com o que o STJ havia decidido no Tema 505²⁵ dos Recursos Repetitivos. Nesse repetitivo, a Corte infraconstitucional havia compreendido pela natureza de lucros cessantes da Taxa Selic, a justificar ser tal verba incluída na base de cálculo desses tributos, enquanto que o STF enquadrou esses valores na classe dos danos emergentes, ao fundamento de “que correspondem ao que efetivamente se perdeu”, e, por não incrementarem o patrimônio de quem os recebe, “não se amoldam ao conteúdo mínimo da materialidade do imposto de renda prevista no art. 153, III, da Constituição Federal”.

Apenas houve modulação temporal em dois dos casos acima mencionados: Tema 69/STF e Tema 962/STF.

Na primeira hipótese, com o julgamento dos embargos de declaração do RE 574.706/PR, a Suprema Corte brasileira determinou que a produção de efeitos desse julgado ocorrerá após 15 de março de 2017, oportunidade em que foi concluído o julgamento do representativo da controvérsia, ressaltando as ações judiciais e administrativas protocoladas até essa data.

²¹ Tema 994/STJ: “Os valores de ICMS não integram a base de cálculo da Contribuição Previdenciária sobre a Receita Bruta - CPRB, instituída pela Medida Provisória n. 540/2011, convertida na Lei n. 12.546/2011”.

²² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 1.187.264/SP**. Relator Min. Alexandre de Moraes. Data de Julgamento: 24 de Fevereiro de 2021. Disponível em: <jurisprudencia.stf.jus.br>. Acesso em 7 Dez. 2021.

²³ Eis excerto do voto do Ministro Gurgel de Faria: “Contudo, quero destacar que a controvérsia atinente à base de cálculo da Contribuição sobre a Receita Bruta, especificamente, autoriza a mesma conclusão do julgado do Supremo Tribunal Federal, pois, ao final, a controvérsia em ambos os casos passa pelo conceito de receita. Assim, em havendo precedente obrigatório do STF e tratando-se de questões jurídicas semelhantes, não há falar em eventual violação do art. 97 da CF/1988”.

²⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 1.063.187/SC**. Relator Min. Dias Toffoli. Data de Julgamento: 27 de Setembro de 2021. Disponível em: <jurisprudencia.stf.jus.br>. Acesso em 7 Dez. 2021.

²⁵ Tema 505/STJ: “Quanto aos juros incidentes na repetição do indébito tributário, inobstante a constatação de se tratarem de juros moratórios, se encontram dentro da base de cálculo do IRPJ e da CSLL, dada a sua natureza de lucros cessantes, compondo o lucro operacional da empresa” (REsp 1.138.695/SC).

Já com relação ao segundo tema, o Tribunal Pleno do STF concluiu o julgamento virtual dos aclaratórios em 30 de abril de 2022, os quais foram acolhidos em parte e, no tocante a modulação de efeitos, estabeleceu-se que referida decisão “produza efeitos *ex nunc* a partir de 30/9/21 (data da publicação da ata de julgamento do mérito), ficando ressalvados: a) as ações ajuizadas até 17/9/21 (data do início do julgamento do mérito); b) os fatos geradores anteriores a 30/9/21 em relação aos quais não tenha havido o pagamento do IRPJ ou da CSLL a que se refere a tese de repercussão geral, nos termos do voto do Relator.”²⁶

Oportuno registrar que não se está a discutir o acerto da decisão de modulação, mas apenas a sua necessidade nos casos em que há uma alteração de entendimento no âmbito das cortes superiores.

Com efeito, como fica a segurança jurídica e a proteção da confiança, considerando que os jurisdicionados se encontravam amparados por decisão judicial firmada em repetitivo no STJ? As decisões do tribunal da cidadania valem somente após sua “confirmação (ou não)” pelo STF? Qual o papel do STJ, então, no sistema de precedentes qualificados?

Soluções para os problemas detectados e o papel do STJ na formação dos precedentes em matéria tributária

O que fazer nesse ambiente em que as Cortes de vértice não dialogam no caso de adotarem posicionamento judicial distinto?

Uma primeira solução, que inclusive está expressamente prevista no vigente CPC, é que os tribunais, de fato, uniformizem sua jurisprudência, aplicando as próprias decisões tomadas anteriormente (art. 926) e aquelas julgadas pelo rito dos repetitivos (art. 927), especialmente o STF e o STJ.

Além de garantir a estabilidade nas relações jurídicas e a igualdade de tratamento em casos análogos (segurança jurídica), essa conduta pode ter o efeito de reduzir significativamente os casos em tramitação no Poder Judiciário, especialmente em matéria tributária²⁷.

Outra questão é estabelecer procedimentos que impeçam que um tema alçado a repetitivo no STJ seja depois desconstituído por decisão em repercussão geral. Para isso, considerando que o STF é o órgão competente para aferir de fato a existência ou não desse filtro recursal, o recurso deve preferencialmente ascender a esta Corte, para que, apenas depois, caso afastada a natureza constitucional da controvérsia, retornem os autos ao STJ. Não nos parece correto admitir que ambas as Cortes Superiores continuem enfrentando

²⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **EDcl no RE 1.063.187/SC**. Relator Min. Dias Toffoli. Data de Julgamento: 30 de Abril de 2022. Disponível em: <jurisprudencia.stf.jus.br>. Acesso em 10 Maio 2022.

²⁷ “The data mentioned in this paper indicate that tax law is the subject of most of the lawsuits in Brazil. If judges and justices apply the Civil Procedure Code and the theory of precedents in tax law, there will be a significant reduction in judicial cases” BECHO, Renato Lopes. The Application of Judicial Precedents as a Way to Reduce Brazilian Tax Lawsuits. *Beijing Law Review*, 11, 729-739. <https://doi.org/10.4236/blr.2020.113044>, p. 738.

a mesma matéria, ainda mais levando-se em conta a diversidade de soluções adotadas, a ensejar insegurança jurídica, ferindo de morte a pretensão estabilizadora de jurisprudência preconizada no CPC²⁸.

De outro lado, sendo reconhecida a existência de repercussão geral pelo STF de questão já julgada pelo rito dos repetitivos, deve ser cancelado o respectivo tema no STJ. Com efeito, a inexistência de temas idênticos julgados pelo rito dos repetitivos em ambas as Cortes Superiores facilita o trabalho de adequação. Não se pode criar confusão na aplicação do precedente pelas instâncias ordinárias, as quais devem seguir, por óbvio, a orientação que for firmada pela Suprema Corte.

Em defesa da necessidade de cancelamento dos temas no STJ, quando sobre a questão já houver o reconhecimento da existência de repercussão geral, destaca-se a posição do Ministro do STJ, Sérgio Kukina. Recentemente, inclusive, essa temática foi objeto de julgamento pela Primeira Seção do STJ, por ocasião do exercício de juízo de adequação de um caso repetitivo ao que decidido pelo STF, no REsp 1.638.772/SC (Tema 994/STJ).

Em novo julgamento do repetitivo, mencionado Ministro reafirmou a desnecessidade de se alterar a tese do repetitivo, mas apenas de se realizar o juízo de adequação, propondo o cancelamento do tema repetitivo. Por oportuno, confira-se o seguinte excerto da questão de ordem por ele suscitada²⁹:

É certo que tanto o vigente Código de Processo Civil (art. 927, § 4º), quanto o Regimento Interno desta Corte (arts. 256-S e seguintes) autorizam a revisão de entendimento firmado em tema repetitivo, inclusive para adequação ao decidido pelo STF em Repercussão Geral (art. 256-V do RISTJ).

Entendo que nessas ocasiões a dita revisão de tese, a depender do tema, poderá conduzir ao próprio **CANCELAMENTO do enunciado repetitivo objeto da revisão**, por exemplo, quando se está diante de questão jurídica que, a um só tempo, tenha sido apreciada e meritoriamente decidida **tanto pelo rito dos repetitivos no STJ quanto pela sistemática da Repercussão Geral no STF**, mas com aprovação de teses frontalmente divergentes entre si. Em tais hipóteses, assim penso, antes de se limitar a **desnecessariamente replicar a tese prevalecente no STF**, inclusive com o risco de usurpação de atribuições e na contramão da organicidade do vigente sistema de precedentes, deveria o STJ se circunscrever a **rejulgar o caso concreto em harmonia com o entendimento diverso da Excelsa Corte**, cancelando, como sugerido, o enunciado anteriormente firmado em regime repetitivo.

Tal proceder teria o condão de prevenir eventual confusão das instâncias ordinárias quanto ao juízo de adequação a temas decididos por ambas as Cortes

²⁸ Entendendo de maneira diversa, ou seja, pela possibilidade de que assuntos sejam apreciados sob as perspectivas constitucional e infraconstitucional, conferir o entendimento da Ministra Regina Helena Costa: “Posto isso, convém assinalar que, em nosso entender, grande parte dos temas tributários pode ser analisada tanto sob o viés constitucional quanto sob o infraconstitucional, abrindo-se, assim, a possibilidade de ambas as Cortes superiores exercerem sua competência em relação a um mesmo tema tributário, porquanto atuam, ambas, respectivamente, como última instância.” (COSTA, Regina Helena. A jurisdição tributária no Superior Tribunal de Justiça. In: *Interesse Público - IP*. Ano 9, n. 43, (maio/jun 2007), Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 21.)

²⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.638.772/SC. Relatora Min. Regina Helena Costa. Questão de ordem apresentada pelo Ministro Sérgio Kukina. Data de Julgamento: 27 de Abril de 2022. Disponível em: <scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia>. Acesso 10 Maio 2022.

de vértice, considerando, pois, a supremacia do enfoque constitucional sobre o infraconstitucional. [grifos no original]

No entanto, a proposição trazida pelo Ministro não foi acolhida, por questões de ordem prática (alegados problemas de gestão dos tribunais de 2º grau e para se evitar a subida de recursos especiais ao STJ), apesar dos Ministros Gurgel de Faria e Regina Helena Costa terem ressalvado seus posicionamentos pessoais também pela prescindibilidade de novo pronunciamento do STJ quando já decidido em sede de repercussão geral.

Aqui cabe uma crítica. O sistema de precedentes brasileiro vem sendo construído desde 2006, quando instituída a repercussão geral, ou seja, antes mesmo da entrada em vigor do CPC/2015. Nesse período de quase vinte anos, os tribunais superiores aprimoraram a gestão e divulgação das teses repetitivas, e as Cortes de segundo grau foram aparelhadas com órgãos específicos responsáveis pelo gerenciamento desses precedentes. Assim, nos parece que a justificativa de “problemas de gestão” não poderia ser mais invocada para evitar o aprimoramento do sistema e a desnecessária reafirmação de tese repetitiva no STJ nos moldes em que decidido em repercussão geral, como no caso³⁰.

Uma outra forma de se evitar dissidência entre as Cortes superiores seria determinar que, se o relator do caso no STJ entender que existe uma questão constitucional a ser decidida, deve reconhecer, de início, a prejudicialidade do tema, nos moldes do art. 1.032, do CPC³¹, e enviar os autos ao STF, para que lá se verifique a existência de repercussão geral. Caso a resposta seja negativa, o retorno dos autos ao STJ é um elemento a mais para se constatar a natureza infraconstitucional da controvérsia e cancelar a força do precedente a ser criado pela Corte infraconstitucional.

É oportuno lembrar, nesse contexto, que o próprio CPC, em seus arts. 1.032 e 1.033, passou a prever a aplicação da técnica da fungibilidade recursal, mediante a abertura de prazo para a parte que interpôs o recurso especial manifestar-se sobre eventual existência de repercussão geral, a fim de viabilizar a abertura da via extraordinária.

Na vigência do CPC/73, o Ministro Sérgio Kukina³² lembra que era comum as partes litigantes manejarem simultaneamente os recursos especial e extraordinário e, ainda assim, terminarem “privadas de jurisdição recursal, como consequência de o STJ não vislumbrar conotação infraconstitucional no tema e o STF concluir que a alegada ofensa constitucional, acaso existente, seria não mais que reflexa”. Esse “vácuo de

³⁰ No caso do REsp 1.638.772/SC, a nova tese firmada ficou assim redigida: “Em juízo de retratação, consoante o disposto no art. 1.040, II, do CPC/15, e 256-S, § 1º, do RISTJ, propõe-se a adequação da tese fixada no Tema 994/STJ, em obediência à tese fixada no Tema 1.040/STF, a qual passa a ostentar a seguinte redação: “**É constitucional a inclusão do Imposto Sobre Circulação de Mercadorias e Serviços – ICMS na base de cálculo da Contribuição Previdenciária sobre a Receita Bruta – CPRB.**”

³¹ Art. 1.032. Se o relator, no Superior Tribunal de Justiça, entender que o recurso especial versa sobre questão constitucional, deverá conceder prazo de 15 (quinze) dias para que o recorrente demonstre a existência de repercussão geral e se manifeste sobre a questão constitucional. Parágrafo único. Cumprida a diligência de que trata o caput, o relator remeterá o recurso ao Supremo Tribunal Federal, que, em juízo de admissibilidade, poderá devolvê-lo ao Superior Tribunal de Justiça.

³² KUKINA, Sérgio Luiz. Temas comuns e soluções diversas no STJ e no STF. LUCON, Paulo Henrique dos Santos et ali. (Orgs.). *In: Processo civil contemporâneo: homenagem aos 80 anos do professor Humberto Theodoro Júnior*. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 848.

jurisdição”, no entanto, teve fim “com a incorporação da técnica da fungibilidade entre os recursos especial e extraordinário, como prevista no CPC/15 (arts. 1.032 e 1.033)”.

Outro ponto importante é considerar que, se o STF já reconheceu estar presente o filtro constitucional em determinada controvérsia, como, por exemplo, inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, por simetria, igual conduta deveria pautar essa Corte em hipótese análoga, como, por exemplo, naquela em que se discute a inclusão do ICMS-ST na base de cálculo dessas contribuições.

Não foi o que efetivamente aconteceu. Ao enfrentar essa questão, a Suprema Corte reconheceu a inexistência de repercussão geral (Tema 1.098/STF: “É infraconstitucional, a ela se aplicando os efeitos da ausência de repercussão geral, a controvérsia relativa à inclusão do montante correspondente ao ICMS destacado nas notas fiscais ou recolhido antecipadamente pelo substituto em regime de substituição tributária progressiva na base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS”).³³

Nesse contexto, considerando a multiplicidade de ações judiciais a respeito de referida controvérsia, o STJ acabou afetando essa matéria ao rito dos repetitivos, no Tema 1.125/STJ, tendo-se delimitado como questão a ser decidida a “Possibilidade de exclusão do valor correspondente ao ICMS-ST da base de cálculo da Contribuição ao PIS e da COFINS devidas pelo contribuinte substituído.”³⁴

Dessa forma, considerando a tradicional posição do STJ por admitir a inclusão do ICMS na base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS, é presumível que conclua igualmente pela possibilidade de inclusão do ICMS-ST na base de cálculo dessas contribuições. E aí teremos a seguinte situação: o ICMS normal não compõe a base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS, mas o ICMS-ST, sim³⁵.

Além disso, outro mecanismo importante é a atribuição de efeitos prospectivos a decisões que revoguem anterior entendimento jurisprudencial, especialmente do STJ, em observância aos imperativos da segurança jurídica e da proteção da confiança.

Em matéria tributária, as decisões proferidas pelo STF, quando signifiquem alteração substancial de provimentos judiciais obtidos nas instâncias ordinárias, e até mesmo na instância especial, não podem ter eficácia imediata. Devem ser adotados procedimentos que confirmem um tempo razoável de adaptação às novas diretrizes jurisprudenciais, especialmente diante de sua instabilidade.

É a problemática da retroação das sentenças nos casos de alteração de entendimento jurisprudencial, muito bem definida por Misabel Abreu Machado Derzi³⁶:

³³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 1.258.842 RG**, Relator Min. Presidente. Data de Julgamento: 14 de Agosto de 2020. Disponível em: <jurisprudencia.stf.jus.br> Acesso em: 7 de Dezembro de 2021.

³⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.896.678/RS e REsp 1.958.265/SP. Relator Min. Gurgel de Faria. Data de Julgamento: 17/12/2021. Disponível em: <scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia>. Acesso em 12 Fev. 2022.

³⁵ A Primeira Seção já iniciou o julgamento do Tema 1.125/STJ, em 23/11/2022, tendo o Ministro Relator, Gurgel de Faria, proposto a exclusão do ICMS/ST da base de cálculo do PIS e da COFINS. Pediu vista dos autos a Ministra Assusete Magalhães. Fonte: consulta pública de andamento de processos no STJ: <https://processo.stj.jus.br/>

³⁶ DERZI, Misabel Abreu Machado. *Modificações da Jurisprudência no Direito Tributário*. São Paulo: Noeses, 2009, p. 586-587.

O problema da retroação das sentenças se apresenta, então de forma aguda, nas hipóteses de reversão da jurisprudência. Inexistindo alteração da lei ou da Constituição em que se fundou a **norma judicial anterior** como **precedente**, igualmente inexistindo alteração na ordem dos fatos, dentro do mesmo grupo de casos similares, que permanece *sub judice*, poderá haver nova interpretação judicial, criando-se **nova norma judicial**, com rejeição de precedente. Estaremos em face, assim, de **duas normas judiciais contrastantes**, a segunda reformando a primeira. Em relação à última norma judicial, modificativa da anterior, é que se colocam, com intensidade, valores e princípios a ponderar, como segurança, irretroatividade, proteção da confiança e boa-fé. Somente neste momento, poderão ser invocados os princípios da irretroatividade, da proteção da confiança e da boa-fé em relação ao Poder Judiciário, pois teremos: **(a)** uma decisão anterior consolidada, sob a vigência da qual foram concretizados atos e fatos jurídicos, como indutores da confiança; **(b)** o advento de outro fato, também do Poder Judiciário, nova sentença modificativa da anterior, vista pelo contribuinte como quebra da confiança gerada; **(c)** a responsabilidade pela violação da segurança/confiança, por meio da proteção dos atos jurídicos, ocorridos no passado, contra a retroação da nova norma judicial. [grifos da autora]

De fato, o jurisdicionado não pode ser punido por ter atuado em conformidade com o que lhe restou, até então, assegurado pelo Poder Judiciário.

Ademais, com a entrada em vigor do CPC/15, a modulação dos efeitos das decisões no âmbito dos tribunais superiores, nos casos em que ocorre o fenômeno da “virada de jurisprudência”, passou a ser um imperativo legal em ordem a salvaguardar a segurança jurídica, consoante se colhe do art. 927, § 3º, desse diploma legislativo.

Essa a lição de Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery³⁷, para quem, na hipótese “de modificação da jurisprudência sedimentada, a eficácia *ex nunc* é obrigatória, em razão da boa-fé objetiva e da segurança jurídica”, pois, levando-se em consideração “os princípios em que se baseia o direito brasileiro, a superação do entendimento (*overruling*) sempre demandará modulação dos efeitos, não sendo tal modulação facultativa”.

Nesse passo, no ambiente dos precedentes, qual o papel do STJ?

Como se sabe, referida Corte Especial de Justiça possui a importante missão de uniformizar a jurisprudência nacional no que tange à interpretação da legislação infraconstitucional.

Após mais de trinta anos de existência, tornou-se também um Tribunal com um número excessivo de processos e recursos para julgar³⁸. Em virtude desse fato, resta-lhe pouco tempo para se debruçar efetivamente sobre casos importantes, com vocação para se tornarem precedentes, consumindo grande parte de seu tempo na criação da criticada jurisprudência defensiva³⁹.

³⁷ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado*. 16. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 1970.

³⁸ Conforme dados constantes no Relatório Estatístico de 2020, no período de 2/1/2020 a 31/12/2020, foram recebidos no STJ 344.034, equivalendo a uma média de 10.793 por Ministro (<https://www.stj.jus.br/webstj/Processo/Boletim/verpagina.asp?vPag=0&vSeq=357>).

³⁹ Tecendo críticas a jurisprudência defensiva do STJ, conferir artigo de autoria de Nestor Eduardo Araruna Santiago e Edison Teixeira Silva: “Diante das considerações apresentadas, conclui-se que a jurisprudência defensiva se revela uma espécie de instrumento utilizado por tribunais superiores, tendo por finalidade desvencilhar-se de processos judiciais, especialmente, aqueles advindos por força de recurso apresentado

O que se espera é que o STJ enfrente o mérito de casos relevantes, assim entendidos aqueles em que as matérias debatidas tenham grande repercussão social ou econômica, que envolvam relações de massa, ou mesmo temas legais controvertidos no âmbito dos tribunais de apelação. E um número excessivo de processos não é o ambiente mais adequado para essa função judicante.

Por isso, parece acertada a criação de um filtro recursal para a admissão dos recursos especiais, considerando a atribuição constitucional que foi conferida ao STJ.

A esse respeito, foi aprovada a Emenda Constitucional 125⁴⁰, DOU 15/07/22, que estabelece a exigência de demonstração da relevância da questão federal discutida como requisito de admissibilidade do recurso especial. A relevância é presumida em alguns casos, a saber: ações penais e de improbidade administrativa, ações cujo valor ultrapasse quinhentos salários mínimos, quando o acórdão recorrido contrariar jurisprudência dominante do STJ, além de outras hipóteses previstas em lei.

Sobre o momento em que será exigido esse requisito, o Pleno do STJ, em 19/10/22, editou o Enunciado Administrativo n. 8, o qual definiu que "A indicação, no recurso especial, dos fundamentos de relevância da questão de direito federal infraconstitucional somente será exigida em recursos interpostos contra acórdãos publicados após a data de entrada em vigor da lei regulamentadora prevista no artigo 105, parágrafo 2º, da Constituição Federal."⁴¹

Dessa forma, é por meio de um diálogo mais direto entre as Cortes Superiores, pelo respeito ao anterior precedente firmado com relação a uma temática, ou, pelo menos, pela atribuição de eficácia prospectiva ao novo julgado, é que se pode revelar, de maneira mais explícita, o papel constitucional atribuído ao STJ.

Conclusão

Observa-se que, no atual sistema jurídico brasileiro, a jurisprudência tem assumido o papel de protagonismo na solução dos conflitos instaurados no Poder Judiciário. Essa relevância tem sido confirmada pelo legislador, que, nas últimas décadas,

por um dos sujeitos interessados. Todavia, tal mecanismo não encontra amparo legal para ser considerado válido, na medida em que a decisão judicial específica faz uso de fundamentação que extrapola a compreensão das normas integrantes do ordenamento jurídico ou, nos cenários mais extremos, enseja a criação de formalismos inexistentes na lei, objetivando a inadmissibilidade do recurso analisado pela Corte." (SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna; Silva, Edison Teixeira. Jurisprudência defensiva e garantismo: há como compatibilizar? *In: Revista de Processo* - v. 46, n. 321, nov. 2021 p. 304).

⁴⁰ Essa EC acrescenta os §§ 2º e 3º ao art. 105 da Constituição Federal e renumera o atual parágrafo único, estando assim redigida: "Art. 1º O art. 105 da [Constituição Federal](#) passa a vigorar com as seguintes alterações: "Art. 105. § 1º § 2º No recurso especial, o recorrente deve demonstrar a relevância das questões de direito federal infraconstitucional discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que a admissão do recurso seja examinada pelo Tribunal, o qual somente pode dele não conhecer com base nesse motivo pela manifestação de 2/3 (dois terços) dos membros do órgão competente para o julgamento. § 3º Haverá a relevância de que trata o § 2º deste artigo nos seguintes casos: I - ações penais; II - ações de improbidade administrativa; III - ações cujo valor da causa ultrapasse 500 (quinhentos) salários mínimos; IV - ações que possam gerar inelegibilidade; V - hipóteses em que o acórdão recorrido contrariar jurisprudência dominante do Superior Tribunal de Justiça; VI - outras hipóteses previstas em lei."(NR)

⁴¹ Fonte: consulta em processo.stj.jus.br.

fortaleceu a importância das decisões judiciais, especialmente aquelas proferidas pelas cortes de vértice. Assim se constata com a introdução do julgamento por amostragem nos tribunais superiores, e com o caráter vinculante atribuído a esses pronunciamentos judiciais pelo CPC.

Não obstante, há que se reconhecer algumas falhas desse sistema dos repetitivos, consistente no julgamento das mesmas matérias tributárias pelo STF e pelo STJ, muitas vezes de modo diverso.

Nesse contexto, existem algumas providências a ser tomadas de maneira a aprimorar o processamento dos repetitivos, fortalecer a efetividade do sistema de precedentes no Brasil e demonstrar o papel constitucional do STJ.

Entende-se, primeiro, que os tribunais devem efetivamente cumprir o comando contido nos arts. 926 e 927 do CPC, de seguir sua própria jurisprudência e aquela firmada pelos tribunais superiores em representativos de controvérsia repetitiva.

Ademais, deve ser intensificado o diálogo e colaboração entre os órgãos jurisdicionais de cúpula. Dessa forma, antes da afetação de repetitivos no STJ, naquelas hipóteses em que há espaço para eventual solução constitucional da matéria (é o que ocorre, com grande frequência, em matéria tributária), poderia estabelecer-se uma espécie de consulta prévia ao STF. O reconhecimento da inexistência de repercussão geral nessa hipótese daria mais força ao precedente a ser criado no STJ.

Importante, ainda, se evitar a existência de temas repetitivos idênticos no STJ e no STF. Dessa forma, quando houver posterior decisão do STF em repercussão geral sobre questão já julgada pelo rito dos repetitivos no STJ, deve se proceder ao cancelamento do tema repetitivo no tribunal infraconstitucional, e não o ajuste da tese repetitiva ao que decidido pela Corte Suprema. Com efeito, essa providência se mostra desnecessária considerando a supremacia do que decidido pelo viés constitucional.

Além disso, no caso de alteração de jurisprudência do STJ pelo STF em repetitivos, necessário, para fins de segurança jurídica e proteção da confiança dos jurisdicionados, que se adote a técnica da modulação dos efeitos.

Para assegurar o cumprimento do papel do STJ de corte nacional de uniformização de interpretação de lei federal, e de criação de precedentes, foi indispensável a criação do filtro recursal da relevância da questão federal, objeto da EC 125/2022.

Assim, nos parece que a adoção dessas condutas contribuirá para fortalecer o papel do STJ no sistema de precedentes, trazendo maior confiabilidade às decisões judiciais e segurança jurídica aos jurisdicionados.

REFERÊNCIAS

BECHO, Renato Lopes. *Ativismo jurídico em processo tributário: crise, teoria dos precedentes e efeitos do afastamento da estrita legalidade*. São Paulo: RT, 2021.

BECHO, R. L. (2020). The Application of Judicial Precedents as a Way to Reduce Brazilians Tax Lawsuits. *Beijing Law Review*, 11, 729-739. <https://doi.org/10.4236/blr.2020.113044>.

COSTA, Regina Helena. A jurisdição tributária no Superior Tribunal de Justiça. In: *Interesse Público - IP*. - ano 9, n, 43, (maio/jun 2007), Belo Horizonte: Fórum, 2007.

DERZI, Mizabel Abreu Machado. *Modificações da Jurisprudência no Direito Tributário*. São Paulo: Noeses, 2009.

MACEDO, Elaine Harzheim; SOUZA, Marcos Adilson Correia de. Técnica de julgamento de recursos repetitivos e nova ordem processual civil: estabilidade, integridade e coerência nas decisões judiciais dos Tribunais Superiores. In: *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*. n. 78. Maio-jun/2017.

MITIDIERO, Daniel. *Cortes superiores e cortes supremas: do controle à interpretação da jurisprudência ao precedente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 76.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado*. 16. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

KUKINA, Sérgio Luiz. Temas comuns e soluções diversas no STJ e no STF. LUCON, Paulo Henrique dos Santos et ali. (Orgs.). In: *Processo civil contemporâneo: homenagem aos 80 anos do professor Humberto Theodoro Júnior*. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso. Dez anos de recursos repetitivos no STJ. In: *Doutrina: edição comemorativa, 30 anos*. Brasília: Superior Tribunal de Justiça, 2019, p. 761.

SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna; Silva, Edison Teixeira. Jurisprudência defensiva e garantismo: há como compatibilizar? In: *Revista de Processo* - v. 46, n. 321, nov. 2021.

SANTOS, Guilherme Ribas da Silva; VALADÃO, Marcos Aurélio Pereira. Aspectos constitucionais e processuais da segurança jurídico-tributária. In: *Revista de Estudos Jurídicos do Superior Tribunal de Justiça*. Gabinete da Revista. Ano 1, n. 1 (ago. 2020). Brasília: STJ, 1989.

TEIXEIRA, Guilherme Puchalski. Recurso especial e recurso extraordinário repetitivos: finalidade e procedimento. In: *Recursos e processos nos tribunais: à luz do Novo Código de Processo Civil*. Org: Vanderlei Garcia Junior. Curitiba: Juruá, 2017, p. 184.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Jurisprudência e precedentes vinculantes no Novo Código de Processo Civil: demandas repetitivas. In: *Revista de processo*, v. 41, n. 255, maio 2016.

Data de Recebimento: 22.05.2022.

Data de Aprovação: 29.01.2023.

PACTO ANTENUPCIAL COMO GARANTIDOR DA AUTONOMIA PRIVADA DOS NUBENTES

PRENUPTIAL AGREEMENT AS GUARANTEE OF THE PRIVATE AUTONOMY OF GROOMS AND BRIDES

*Daniela Braga Paiano**
*Guilherme Augusto Giroto***
*Ana Luiza Mendonça****

RESUMO

A autonomia privada é o instrumento que os particulares utilizam para criar normas de seu interesse, dentro dos limites impostos pelo Direito. Na atualidade resguarda valores como a dignidade da pessoa humana, função social da propriedade e a boa-fé objetiva. Neste sentido, a problemática consiste em evidenciar que o regime de bens adotado, no momento de celebração do pacto antenupcial, também deve garantir tal autonomia privada, possibilitando a adoção de disposições existenciais e patrimoniais. A metodologia utilizada é o método lógico-dedutivo, utilizando-se primordialmente de doutrina especializada, com o marco teórico na doutrina de Francisco Amaral, e na estrangeira com Emilio Betti. Como resultado, verifica-se que, atualmente, há uma necessidade de que o Direito adeque-se às necessidades da sociedade, que muito se alterou a elaboração do Código Civil, de maneira que o pacto antenupcial mostra-se como instrumento à essa melhor adequação.

Palavras-chave: Autonomia privada. Pacto antenupcial. Negócio Jurídico.

ABSTRACT

Private autonomy is the instrument that individuals use to create norms of their interest, within the limits imposed by law. Currently, it safeguards values such as the dignity of the human person, the social function of property and objective good faith. In this sense, the problem is to show that the property regime adopted, at the time of celebration of the prenuptial agreement, must also guarantee this private autonomy, enabling the adoption of existential and patrimonial dispositions. The methodology used is the logical-deductive method, using primarily specialized doctrine, with the theoretical framework in the doctrine of Francisco Amaral, and in the foreign one with Emilio Betti. As a result, it appears that currently there is a need for the Law to adapt to the needs of society that has changed a lot since the creation of the Civil Code, so that the prenuptial agreement is shown as an instrument for this better adaptation.

* Pós-doutoranda e Doutora em Direito Civil pela Universidade de São Paulo (USP), Professora do Departamento de Direito Privado e do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito Negocial na Universidade Estadual de Londrina (UEL), <http://lattes.cnpq.br/0598909153586648>, <https://orcid.org/0000-0002-8926-6555>, danielapaiano@uel.br, @danielapaiano.

** Mestrando em Direito Negocial pela UEL, Especialista em Direito Civil e Processo Civil pela UEL, Pós-graduando em Direito de Família e Sucessões e em Direito Privado pela Faculdade FALEG. Bacharel em Direito pela UNOPAR, Assessor de Magistrado no TJ PR, <http://lattes.cnpq.br/6681872663921593>, <https://orcid.org/0000-0003-4037-6857>, guilhermegiroto@live.com, @guilhermegiroto.jus

*** Mestra em Direito Negocial pela UEL, Especialista em Direito de Família e Sucessões pela FALEG e em Direito Ambiental e Urbanístico pelo IBMEC, Graduada em Direito pela UEL, Coordenadora do curso de Direito da FATEC-Ivaiporã, Advogada. <http://lattes.cnpq.br/2877825375368481>, <https://orcid.org/0000-0002-5494-7529>, analuiza.mendonca20@gmail.com. @ana.lumendonca

Key-words: Private autonomy. Prenuptial Agreement. Juridic Business.

INTRODUÇÃO

Ao abordar a contratualização das relações familiares, é imprescindível que se inicie o estudo pela autonomia privada. Trata-se de um instituto existente no direito que entrelaça as relações dos seres humanos, especialmente nos aspectos patrimoniais. Ela permite que se criem normas jurídicas, dentro dos limites impostos pela lei, além de poder abordar questões existenciais, dentro das escolhas que a autonomia privada permite. Sobre a contratualização como forma de exercício dessa autonomia privada, percebe-se que os particulares, podem fazer suas escolhas ao criarem normas jurídicas para si, desde que dentro dos limites impostos. No que concerne ao presente trabalho, essas escolhas podem ser realizadas nos modelos de regime de bens apresentados pelo Código Civil, permitindo que as partes possam deliberar aspectos não previstos no ordenamento.

O presente estudo tratará, na primeira parte, da evolução do instituto desde a chamada autonomia da vontade até a atual autonomia privada, traçando um levantamento histórico acompanhado de uma tentativa de conceituação na doutrina especializada, além das divergências apresentadas, a partir da visão clássica de Francisco Amaral. Apresentará também as limitações que a autonomia privada sofre e as críticas doutrinárias a seu respeito.

Na sequência, a segunda seção tratará dos próprios regimes de bens tipificados e as espécies de regimes previstas na legislação pátria, de forma sucinta, com o intuito de mostrar que, na atualidade, a autonomia privada permite escolhas pessoais dos nubentes de modo diferente dos modelos tipificados.

Em continuidade, em um terceiro momento, versará sobre os regimes ditos atípicos, ou seja, os que não estão previstos no código. Inicia com a fundamentação sobre a possibilidade de os nubentes escolherem regimes diversos dos previstos em lei como exercício da autonomia privada, podendo adotar um regime que melhor atenda sua realidade em específico. Sem que se prendam a um regime previsto em lei, poderão os casais tecer cláusulas ou utilizar de combinação das existentes, além de inserir no pacto antenupcial as disposições existenciais.

Na última parte do trabalho, será desenvolvida a possibilidade de cláusulas existenciais serem parte integrante do mencionado instrumento negocial, já que a partir do art. 421 do Código Civil a liberdade contratual é uma garantia dada às partes e a intervenção do Estado deve ser mínima. Discorrer-se-á também sobre o enunciado 635 do CJF, que afirma por essa mesma possibilidade, desde que respeitados os princípios vigentes (dignidade da pessoa humana, da igualdade entre os cônjuges e da solidariedade familiar).

Como objetivo principal, mostra como a autonomia privada é vista pela doutrina especializada no contexto pós-moderno e como ela faz-se presente nessa nova forma de contratualizar a relação familiar, permitindo que questões existenciais sejam incluídas no pacto antenupcial.

A problemática e relevância do tema residem no fato de que, embora sejam temas já explorados e de conhecimento do cartorário registrador (e algumas vezes dos próprios nubentes), essas premissas afiguram-se superficiais e não são suficientes para garantir

que os nubentes, que pretendem exercer plenamente sua autonomia privada, atinjam o exato planejamento patrimonial e existencial do casamento que sucederá.

Frise-se que, para além do conhecimento do regramento, faz-se necessário o diálogo harmônico entre os regimes de bens, disposições existenciais e os anseios dos contratantes, lacuna evidenciada na maioria da doutrina especializada e refletida em julgamentos, inclusive do próprio Superior Tribunal de Justiça. Com isso, este estudo pretende fornecer uma contribuição para seu aprimoramento.

Utilizando-se do método lógico-dedutivo, que representa a extração lógica do conhecimento partindo de premissas gerais aplicáveis às hipóteses concretas, das técnicas de análise de bibliografia e legislações específicas da autonomia privada e dos regimes de bens, toma como hipótese que a autonomia privada deve ser observada pelo Direito das Famílias, principalmente no momento de escolha do regime de bens e a possibilidade de inserção de cláusulas existenciais no pacto antenupcial, como uma forma possibilitadora de escolha acertada e individual.

O diálogo que se pretende entre os autores que configurará o marco teórico refere-se aos conceitos clássicos da Teoria do Negócio Jurídico de Emilio Betti, pela concepção tradicional de contrato desenvolvida por Enzo Roppo bem como a ideia de um Direito Civil Constitucional evidenciada pelos ensinamentos de Pietro Perlingieri. Ademais, deve incluir estudos mais recentes sobre a temática, como o conceito pós-moderno de contrato exposto por Paulo Nalin, sobre o regime de bens com os estudos de Fabiana Domingues Cardoso e Rafael Calmon, além dos escritos, também atuais, de Gustavo Tepedino e Maria Berenice Dias, possibilitando assim uma coerência interna do estudo.

Conceito e evolução da autonomia da vontade e autonomia privada

Inicialmente, faz-se necessária a elucidação de alguns termos utilizados ao longo do estudo, quais sejam a vontade (psicológica e jurídica), a liberdade, a autonomia da vontade e a autonomia privada.

No que se refere ao aspecto psicológico, a vontade é o motor que dirige e orienta as faculdades e escolhas de realização humana. Por outro lado, o direito a outorga relevância porque é ela que compõe um dos principais elementos do ato jurídico. Assim, a partir de preceitos legais, a vontade acarreta a criação, modificação ou extinção de relações jurídicas, caracterizando a vontade jurídica.

A possibilidade de agir de acordo com a vontade configura a liberdade, e a liberdade jurídica é a oportunidade que o indivíduo possui de regular as relações¹. Emilio Betti, ao tecer comentários sobre a vontade², afirma que essa, sob o ponto de vista psicológico, é um fato interno, incompreensível e indomável, que existe no foro íntimo do consciente do ser. E assim, apenas quando externada por meio de anúncio/exposição ou condutas, é que se interpreta e se exerce o juízo de valor. Apenas esses são institutos dotados de possibilidade interpretativa ou o instrumento da autonomia privada.

¹ AMARAL NETO, Francisco dos Santos. A autonomia privada como princípio fundamental da ordem jurídica. *Revista de Informação Legislativa*, v. 26, n. 102, p. 207-230, abr./jun. 1989, p. 211-212.

² BETTI, Emílio. *Teoria Geral do Negócio Jurídico*. Tradução: Servanda Editora. Campinas: Servanda, 2008, p. 89.

Com origem etimológica de norma ou regra para si mesmo, a palavra autonomia traduz esse sentimento humano de se autorregurar, a partir de conceitos como independência, liberdade e emancipação, evidenciada por se contrapor aos empecilhos do Estado (ou até de uma divindade). É nítido que essa liberdade de se comandar encontrou seu apogeu no humanismo, visto que valorizou e, em certos termos, ditou o que é próprio do ser humano.

Assim, o querer humano aglutina-se à ideia de o indivíduo ser a gênese normativa, e a 'vontade' decorrente dessa dinâmica³. Nas palavras de Branco:

[...] o fundamento da autonomia da vontade está na concepção de que o homem, por ser dotado de inteligência, é livre, diferentemente dos animais que são presos aos seus instintos, motivo pelo qual as ações daquele não são meramente impulsos, mas atos de decisão tomados após reflexão⁴.

Especificando o sentido da palavra autonomia dentro do direito privado, essa se resume no espaço de liberdade que o indivíduo pode usufruir; é o direito de se reger por suas próprias normativas que se denomina como a própria autonomia.

De acordo com Francisco Amaral Neto, a autonomia da vontade é princípio do direito privado segundo o qual o sujeito pode praticar um ato jurídico, conferindo-lhe o conteúdo, a forma e os efeitos. Por primazia, o campo obrigacional revela-se como de prevalência; em suma é a liberdade individual e psicológica. Por outro aspecto, a autonomia privada é o poder do indivíduo em conceber/produzir normas jurídicas para seu próprio comportamento, que não é originário mas deriva do ordenamento jurídico estatal, o qual exerce limites à autonomia privada⁵.

Nas palavras do mencionado autor, a autonomia privada consubstancia-se na esfera do direito privado, especificamente no plano de atuação, através do direito imperativo da sistemática jurídica-estatal que confere ao indivíduo sua autorregulação jurídica. Assim, este poderá legislar sobre sua respectiva matéria jurídica, concebendo normas jurídicas que possuem eficácia reconhecida pelo Estado⁶.

Quanto à dicotomia da autonomia da vontade e autonomia privada, Otavio Luiz Rodrigues Junior reproduz pensamentos de importantes nomes da história, como Immanuel Kant, bem como do direito brasileiro, como Antonio Junqueira de Azevedo, que alinhava o raciocínio de que a autonomia da vontade categorizou-se como princípio do Direito. O mesmo decorre da ideia máxima da Revolução Francesa, cujo mote afirma que,

³ RODRIGUES, Lia Palazzo. Algumas considerações sobre o Direito de Família no novo Código Civil e seus reflexos no regime supletivo de bens. In: WELTER, Belmiro Pedro; MADALENO, Rolf Hanssen (Coords.). *Direitos fundamentais do direito de família*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 113-115.

⁴ BRANCO, Gerson Luiz Carlos. Os Princípios Reguladores da autonomia Privada: autonomia da vontade e boa-fé. *Revista Direito e Democracia*. v. 1, n. 1. Canoas: ULBRA, 1º. Semestre 2000.

⁵ AMARAL NETO, Francisco dos Santos. A autonomia privada como princípio fundamental da ordem jurídica. *Revista de Informação Legislativa*, v. 26, n. 102, p. 207-230, abr./jun. 1989, p. 212-213.

⁶ Idbid., p. 213.

nascendo os homens iguais e livres, é imprescindível conferir-lhes a liberdade de criar e produzir o direito⁷.

Finaliza o autor Francisco dos Santos Amaral Neto⁸ sustentando que, intrinsecamente conectada à concepção da autonomia da vontade como poder jurídico, existe a teoria normativa do negócio jurídico, instrumento no qual se concretiza a autonomia privada, que é a declaração de vontade autora de normas jurídicas.

Para Teresa Negreiros⁹, 'autonomia privada' e 'autonomia da vontade' são expressões a respeito das quais os doutrinadores ainda não atingiram um consenso, tanto no que diz respeito ao significado quanto à sua origem. Entretanto, pode-se entender que ambas advêm da mesma realidade, sendo que a segunda expressão guarda maior relação histórica com o voluntarismo jurídico:

Assim, optou-se por utilizar a expressão 'autonomia da vontade' ou 'princípio da autonomia da vontade' sempre que se tivesse em mira o modelo de contrato clássico no qual como será amplamente demonstrado no decorrer do trabalho, o poder jurígeno da vontade era exacerbado, assumindo contornos fundamentalmente diversos dos que hoje se verificam. A expressão 'autonomia privada' é, sob este prisma, mais genérica, não estando tão essencialmente associada ao voluntarismo e ao individualismo jurídico¹⁰.

Maria Helena Diniz¹¹ aduz que autonomia da vontade é "o poder de estipular livremente, como melhor lhes convier, mediante acordo de vontade, a disciplina de seus interesses, suscitando efeitos tutelados pela ordem jurídica."

Pietro Perlingieri, na sua obra sobre os Perfis do Direito Civil¹², assevera que não é simples a tarefa de definir a autonomia privada, posto que dependa da configuração do ordenamento jurídico, não sendo definida então em abstrato mas em específico ao ordenamento jurídico no qual é estudada e à vivência histórica.

O substrato está na liberdade do indivíduo regular sozinho as próprias ações ou, mais especificamente, de os particulares envolvidos em uma conduta comum determinarem normas para tal comportamento. Mesmo sendo o panorama exemplar, há que se falar que tal posicionamento exerceu forte influência no pensamento jurídico que acortina o liberalismo econômico e a revelação das normas jurídicas com força mercantil¹³.

Necessário gizar que o Direito Civil e a autonomia privada devam ser vistas a partir da despatrimonialização do Direito Civil. Paulo Nalin afirma que, por consequência, fala-

⁷ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Autonomia da vontade, autonomia privada e autodeterminação: notas sobre a evolução de um conceito da Modernidade e na Pós-modernidade. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília a. 41 n. 163 jul./set. 2004, p. 117-118.

⁸ AMARAL NETO, Francisco dos Santos. A autonomia privada como princípio fundamental da ordem jurídica. *Revista de Informação Legislativa*, v. 26, n. 102, p. 207-230, abr./jun. 1989, p. 213.

⁹ NEGREIROS, Teresa. *Teoria dos contratos: novos paradigmas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 2.

¹⁰ NEGREIROS, Teresa. *Teoria dos contratos: novos paradigmas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 3-4.

¹¹ DINIZ, Maria H. *Curso de direito civil brasileiro: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais*. v.3. Editora Saraiva, 2022. E-book. ISBN 9786555598711. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555598711/>. Acesso em: 03 out. 2022.

¹² PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil: Introdução ao Direito Civil Constitucional*. Tradução de Maria Cristina de Cicco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 17.

¹³ *Ibid.*, p. 17.

se em despatrimonialização do contrato, e tal pensamento configura um maior cuidado com o sujeito do que com a produção e o consumo, ou seja, é “uma prevalência do sujeito face ao patrimônio.”¹⁴

Afirma-se que autonomia privada é o próprio poder jurídico do particular no que se refere à sua natureza, já que se trata da possibilidade de o sujeito de modificar situações jurídicas próprias ou de terceiros. Tal poder jurídico é efetivado pela criação de normas jurídicas, seja pelo Estado, que confere e regula através de leis ditas maiores, seja pelo particular, através de negócios jurídicos, ou ainda de modo não-normativo consubstanciado, em atos jurídicos em senso estrito que não configuram manifestação de autonomia¹⁵.

Emilio Betti¹⁶ observa que o princípio da autonomia privada consolida-se no conteúdo do negócio jurídico. Caso não se preencham os requisitos, acarretará a inexistência ou nulidade, portanto, primeiramente trata-se de um preceito concreto, ou seja, refere-se a interesses determinados, com a possibilidade de se transferir a outro. Em segundo, é um preceito social, ou seja, ainda que não jurídico, é considerado socialmente, fazendo relação entre a vida dos demais particulares. Em terceiro, é vinculativo, posto que traça liame de eficácia com os demais.

No que tange o histórico dessa conceituação (autonomia da vontade), evidencia-se o seu fortalecimento em paralelo com a ascensão da burguesia e os fundamentos do liberalismo, visto que tal classe social não ficava mais adstrita dos ditames da nobreza, e que, ao comercializar produtos e fazer circular riquezas, demandava maior liberdade:

O direito privado tratava de regular, do ponto de vista formal, a atuação dos sujeitos de direito, notadamente o contratante e o proprietário, os quais, por sua vez, a nada aspiram senão ao aniquilamento de todos os privilégios feudais: poder contratar, fazer circular as riquezas, adquirir bens como expansão da própria inteligência e personalidade, sem restrições ou entraves legais.¹⁷

Assim, o liberalismo jurídico assenta o pensamento fundamental no próprio indivíduo, atribuindo, conseqüentemente, notável relevância à liberdade de contratar. Isso era visto como a mais autêntica manifestação do livre arbítrio, restando ao Estado somente assegurar a execução de tais manifestações. O direito de propriedade era um direito por excelência, assim, a predominante liberdade conferida ao sujeito era de conquistar, manter e transmitir bens, cabendo ao Estado intervir apenas para garantir tais condições/direitos, sendo a proteção da propriedade a principal função deste¹⁸.

Deste *status* de expressão da vontade, iniciam-se reflexões no sentido de que a autonomia simplesmente como resultado da vontade tinha caráter reducionista do

¹⁴ NALIN, Paulo. *Do contrato: conceito pós-moderno* (em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional. 2ª ed. Curitiba: Juruá, 2008, p. 248.

¹⁵ AMARAL NETO, Francisco dos Santos. A autonomia privada como princípio fundamental da ordem jurídica. *Revista de Informação Legislativa*, v. 26, n. 102, p. 207-230, abr./jun. 1989, p. 214.

¹⁶ BETTI, Emílio. *Teoria Geral do Negócio Jurídico*. Tradução: Servanda Editora. Campinas: Servanda, 2008, p. 236.

¹⁷ TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. 4. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 2.

¹⁸ SARMENTO, Daniel. Os princípios constitucionais da liberdade e da autonomia privada. *B. Cient. ESMPU*, Brasília, a. 4, n.14, p. 167-217, jan/mar 200, p. 188.

individualismo, abandonando o humanismo. Além disso, o forte vínculo com princípios tradicionais dos contratos, mormente por influência de seguidores da República Francesa que colaboravam com o nazismo, essa liberdade de contratar passou a padecer de doutrinação com o objetivo de limitá-la e contê-la¹⁹.

Para melhor entendimento do termo individualismo empregam-se os dizeres, em apertada síntese, de Francisco Amaral Neto:

[...] o individualismo jurídico pode considerar-se em função da teoria das fontes do direito, da finalidade do direito, e em função do reconhecimento dos direitos inatos do homem impostos à sociedade e por ela conhecidos e respeitados. Pode assim conceber-se o individualismo jurídico, primeiro, como “um sistema em que admite que o indivíduo é a única fonte de todas as regras do direito, a causa final de toda atividade jurídica das instituições, notadamente do Estado”. E, em segundo lugar um sistema em que o indivíduo seria a fonte das regras de direito, ou de uma parte entre elas.²⁰

Insta salientar que, embora se filie ao pensamento da necessária diferenciação já observada entre autonomia da vontade e autonomia privada, tal diferença não é apontada por toda a doutrina pátria, já que parte dela os toma como sinônimos. Entre eles, observa-se a afirmação do ministro Luiz Edson Fachin de que é notório que a autonomia privada é o elemento essencial no ordenamento jurídico cível. Aduz que a autonomia privada tem como expressão a autonomia da vontade, ligada ao âmbito jurídico individual de se autodeterminar sobre seus anseios. Assim, há lacuna legislativa que oportuniza o preenchimento pelo particular, e este aspecto é de exclusão, ou seja, há espaço para atuação apenas nesses hiatos, permitidos ou não vedados²¹.

Em arremate às lições de Emilio Betti²², que afirma que o instituto do negócio jurídico não reconhece a possibilidade de ‘querer’ no vácuo, como certo individualismo aponta, posto que ainda não totalmente superado pela dogmática atual, a verdade é que este instituto é o que assegura e preserva a autonomia privada na vida de relação, posto que possua o objetivo de consolidar os interesses dignos de tutela.

Quanto à limitação da liberdade contratual, novamente citam-se os dizeres de Maria Helena Diniz²³, que afirma que a liberdade contratual não é ilimitada ou absoluta, pois está sob a égide da supremacia da ordem pública, a qual veda convenções que lhe sejam contrárias e até mesmo aos denominados ‘bons costumes’. Desta forma, a vontade dos contratantes deve atender ao interesse coletivo.

¹⁹ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Autonomia da vontade, autonomia privada e autodeterminação: notas sobre a evolução de um conceito da Modernidade e na Pós-modernidade. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília a. 41 n. 163 jul./set. 2004, p. 120.

²⁰ AMARAL NETO, Francisco dos Santos. A autonomia privada como princípio fundamental da ordem jurídica. *Revista de Informação Legislativa*, v. 26, n. 102, p. 207-230, abr./jun. 1989, p. 218.

²¹ FACHIN, Luiz Edson. *Novo conceito de ato e negócio jurídico*. Curitiba: Educa, Scientia et Labor, 1988, p. 88.

²² BETTI, Emílio. *Teoria Geral do Negócio Jurídico*. Tradução: Servanda Editora. Campinas: Servanda, 2008, p. 88.

²³ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais*. v.3. Editora Saraiva, 2022. E-book. ISBN 9786555598711. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555598711/>. Acesso em: 03 out. 2022.

Em uma visão contemporânea, Paulo Nalin, com base nos escritos de Pietro Rescigno, exemplifica que o princípio da autonomia privada revela-se na liberdade de associação, ou seja, a liberdade de se associar prevista na Constituição, mas este não é o único exemplo encontrado. Na realidade, a autonomia privada (pós-moderna) consubstancia-se em uma intrínseca relação entre esta com a constituição e com a solidariedade social.²⁴

Até este ponto notou-se que a vontade atinge relevância jurídica quando o sujeito passa a ditar normas para si e para outrem. Configura-se autonomia da vontade em um primeiro momento histórico, quando se reconhece tal poder do ser humano, que nasce igual a todos e livre para ditar regras para si mesmo. Avançando nessas concepções surge a chamada autonomia privada, que agora afirma que ao indivíduo é permitido ditar normas para seu autorregramento segundo o ordenamento jurídico.

Todo este arcabouço narrado serve de substrato para dizer que, na vigência do Estado Liberal, a autonomia da vontade era predominante, posto que fosse necessário atender aos conclames dos revolucionários franceses, cuja vontade para contratar deveria ser ampla e livre, o contrato então era o instrumento capaz de promover o lucro na sociedade. O novo paradigma do negócio jurídico é regido por normas cogentes e imperativas, e a dignidade da pessoa humana, a função social do contrato e da propriedade e boa-fé objetiva devem ser observadas, acarretando então na denominada autonomia privada²⁵.

Neste aspecto, evidencia-se a necessidade de traçar observações e considerações sobre as relações patrimoniais dentro Direito das Famílias, mormente no que se refere à autonomia privada existente na escolha do regime de bens. Na sequência, o trabalho apresentará quais os regimes de bens previstos no Código Civil (regimes de bens típicos), para então mostrar o contexto atual de uma necessária releitura para as famílias atuais.

Dos regimes de bens codificados (típicos)

Inicia-se o presente tópico com a explanação sobre o regime de bens e a autonomia privada encontrada nestes contratos; posteriormente serão analisados os regimes codificados e, ao final, tratar-se-á dos regimes ditos atípicos, aqueles não previstos no Código Civil.

Gustavo Tepedino elucida as questões das especificidades da expansão das relações contratuais e o papel da boa-fé nas relações patrimoniais do Direito das Famílias, asseverando que, no ordenamento jurídico pátrio, a autonomia contratual neste ramo do direito despontaria com o texto constitucional que resguarda os princípios da igualdade, da democracia e dignidade da pessoa humana. Isso, então, viabilizaria a liberdade da

²⁴ NALIN, Paulo. *Do contrato: conceito pós-moderno* (em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2008, p. 170-173.

²⁵ AMARAL, Ana Claudia Corrêa Zuin Mattos do; HATOUM, Nida Saleh; HORITA, Marcos Massashi. O Paradigma Pós-Moderno Do Negócio Jurídico E A Necessidade De Uma Nova Concepção Na Contemporaneidade. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 21, n. 2, p. 261-297, jul. 2017. DOI: 10.5433/2178-8189.2017v21n1p262. ISSN:2178-8189, p. 280.

organização de uma vida segundo a pluralidade de modelos de famílias, segundo a concepção individual e as regras decorrentes²⁶.

No mesmo sentido, Rolf Madaleno aduz que: “O matrimônio e bem assim a união estável determinam a existência de diversos efeitos patrimoniais, tanto em relação aos cônjuges e conviventes como deles para com terceiros.”²⁷

Maria Berenice Dias faz um levantamento histórico afirmando que, na edição do Código Civil anterior (1916), apenas se reconhecia a família constituída pelo casamento, indissolúvel, com união plena de vida e patrimônio. O regime legal era o da comunhão universal de bens, que determina serem do casal, de forma igualitária, todos os bens, independente da origem ou data de aquisição; havia também o regime dotal, que estipulava serem os bens da mulher entregues à administração do marido, e os frutos destinados a suprir os encargos do lar²⁸.

Avança pela promulgação do Estatuto da Mulher Casada (Lei 4.121/1962) que, em suma, separava de comunicação os bens adquiridos pela mulher como fruto de seu trabalho, mas que por afronta ao princípio da isonomia, foi extinto. A Lei do divórcio (Lei 6.515/1977) adotou o regime legal como da comunhão parcial, que não afasta de comunicação os bens adquiridos antes do casamento. E, por fim, o atual Código Civil excluiu o regime dotal e trouxe, como novidade, o regime da participação final nos aquestos e a possibilidade de alteração do regime na vigência do casamento²⁹.

Enquanto perdurar a união (estável ou o casamento), os bens possuem situação jurídica de universalidade, caracterizando-se pela fungibilidade do acervo patrimonial, importe a observação de Rolf Madaleno³⁰, o qual afirma que as divergências começam com a assertiva de que tais bens compõe o condomínio, constituídos pelas metades dos bens conjugais. Porém, aduz o mencionado autor que não se trata de condomínio, na medida em que os bens seguem registrados no nome daquele que o adquiriu.

Quanto ao conceito de regime de bens, Álvaro Villaça Azevedo³¹ afirma, quando se trata dos efeitos patrimoniais do casamento, que “é um conjunto de normas que regula as relações econômicas dos cônjuges, na constância de seu matrimônio”.

Em ensinamento similar, Paulo Lôbo³² afirma que o regime de bens objetiva normatizar as relações patrimoniais entre os cônjuges, especificamente quanto ao domínio e à administração do todo ou individualmente de cada um dos bens existentes previamente ou adquiridos durante a união conjugal. O regime é escolhido pelo casal a depender de suas opções, podendo ser um conglomerado de estipulações convencionais e de normas cogentes, ou somente comandos legislativos, quando não exercido o poder de escolha.

²⁶ TEPEDINO, Gustavo. Contratos em Direito de Família. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Org.). *Tratado de Direito das Famílias*. Belo Horizonte: IBDFAM, 2015, p. 475-476.

²⁷ MADALENO, Rolf. *Direito de Família*. 10. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2020, *online*.

²⁸ DIAS, Maria Berenice. *Manual Direito das Famílias*. 14. ed. Salvador: JusPodivm, 2021, p. 674.

²⁹ *Ibid.*, p. 674.

³⁰ MADALENO, Rolf. *Direito de Família*. 10. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2020, *online*.

³¹ AZEVEDO, Álvaro Villaça, *Curso de direito civil: direito de família*, 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2019, *online*.

³² LÔBO, Paulo Luiz N. *Direito Civil Volume 5 - Famílias*. Editora Saraiva, 2022. E-book. ISBN 9786555596281. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555596281/>. Acesso em: 03 out. 2022.

Mairan G. M. Júnior faz uma observação de relevância quanto ao hábito brasileiro no que se refere ao extenso planejamento pelos nubentes da cerimônia que constituirá o casamento, que terá curta duração, e não despendem o mesmo cuidado e esforço para se planejarem a administração do patrimônio familiar. O autor aponta, inclusive, os benefícios desse planejamento, como assegurar melhor futuro aos integrantes, garantir melhor fruição do patrimônio, evitando-se o gasto desnecessário³³.

Mencionado planejamento patrimonial poderá ser alcançado com a aquiescência do que o presente estudo pretende abordar, ou seja, através do amplo conhecimento dos regimes codificados e das possibilidades de se autorregular por um regime atípico, com base na autonomia privada poderão, inclusive, elevar disposições existenciais.

Importante a distinção e elucidação do conceito de cada regime que seguirá, haja vista que, através deste processo, pretende-se evidenciar de que forma – se superficial ou profunda – a autonomia privada incide em determinado regime de bens.

A autonomia privada exprime-se diretamente no pacto antenupcial, já que é nesse momento e através desse instrumento contratual que os nubentes escolhem o regime de bens que melhor desejarem³⁴.

Rolf Madaleno³⁵ aponta que a autonomia privada padece de importantes restrições, já que os cônjuges não possuem a livre disposição dos bens particulares e do agregado conjugal durante a existência do casamento, pois dependente de consentimento do consorte. A vênua conjugal, embora possa ser suprimida por autorização judicial, limita a autonomia privada dos mesmos.

Efetivamente no tocante ao planejamento patrimonial das relações afetivas, considera-se o regime de bens como sendo as regras que configurarão as relações jurídicas pertencentes ao pretenseo casal, iniciando com a celebração do casamento, findarão com o divórcio ou pela morte de um dos consortes e, em alguns casos, a separação de fato também poderá influir.³⁶

O regime da comunhão parcial de bens é o estatuto legal, ou seja, no silêncio dos nubentes aplicar-se-á este, e assim, comunicam-se a integralidade de bens adquiridos onerosamente entre os cônjuges na constância do casamento, conforme a disciplina do art. 1.658. Avançando no planejamento patrimonial familiar, Fabiana Domingues Cardoso afirma que, para o leigo, possa soar estranho que o aumento patrimonial da pessoa jurídica do cônjuge entre na comunhão, mesmo que decorrente da celebração do casamento, sendo imperiosa a orientação de um advogado para que se disponha sobre a comunicabilidade ou não deste crescimento.³⁷

³³ MAIA JÚNIOR, Mairan Gonçalves. *A Família e a Questão Patrimonial*. 3 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2015. p. 148-149.

³⁴ DIAS, Maria Berenice. *Manual Direito das Famílias*. 14. ed. Salvador: JusPodivm, 2021, p. 697-698.

³⁵ MADALENO, Rolf. *Direito de Família*. 10. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2020, *online*.

³⁶ FONSECA, Priscila M. P. Corrêa da. *Manual do Planejamento Patrimonial das Relações Afetivas e Sucessórias*. 3. ed. rev. e atual. – São Paulo: Thomson Reuters Brasil. 2022, RB 1-2. Disponível em: <https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/155347789/v3/page/RB-2.1>. Acesso em 30 set. 2022.

³⁷ CARDOSO, Fabiana Domingues. *Coleção Rubens Limongi: Pacto antenupcial no Brasil: formalidades e conteúdo*. Rio de Janeiro: Método, 2010, p. 82-83.

Rafael Calmon observa que o regime da comunhão universal de bens sempre foi o regime supletivo disposto na legislação, deixando esse lugar com a entrada em vigor da Lei 6.515/77. Faz-se necessário dizer que a comunicação de bens nesse regime é muito superior ao do regime supramencionado, na medida em que se comunicam os bens mesmo antes de constituída a entidade familiar. Atualmente, sua regulamentação está prevista nos arts. 1.667 a 1.671 do Código Civil, ressaltando novamente a necessidade de elaboração do pacto antenupcial para o estabelecimento do mencionado regime.³⁸

O terceiro regime a ser apresentado é o da separação de bens, previsto nos artigos 1.687 e 1.688. A mencionada disposição afirma que os consortes possuirão patrimônios inteiramente distintos um do outro, não impedindo que a administração seja exercida pelo outro cônjuge, cujo exercício poderá ser efetivado por mera procuração ou, ainda, fazendo relação imediata com o presente estudo, mediante disposição no pacto antenupcial³⁹.

A separação de bens é imposta aos maiores de 70 anos, que deverão, obrigatoriamente, casar-se sob esta disposição patrimonial. Há grande debate doutrinário a respeito dessa imposição, pois, além de violar a própria autonomia privada, também seria inconstitucional por afrontar a dignidade da pessoa humana⁴⁰.

Ainda neste aspecto, há que falar da disposição do Enunciado 634 da CJF, aprovado na VII Jornada de direito, que afirma que os nubentes podem estipular em pacto antenupcial o regime da separação de bens, afastando a incidência da súmula 377 do STJ, conforme se pode observar:

É lícito aos que se enquadrem no rol de pessoas sujeitas ao regime da separação obrigatória de bens (art. 1.641 do Código Civil) estipular, por pacto antenupcial ou contrato de convivência, o regime da separação de bens, a fim de assegurar os efeitos de tal regime e afastar a incidência da Súmula 377 do STF.⁴¹

O último regime típico do Código Civil de 2002 (arts. 1.672 a 1.686), com pouca utilização prática, refere-se à participação final dos aquestos. Em síntese, prevê que os cônjuges possuam bens particulares, ou seja, que não se comunicam, porém no momento da dissolução são apurados os aquestos, qual sejam bens adquiridos a título oneroso na vigência da união⁴².

Fabiana Domingues Cardoso⁴³ afirma que aos nubentes é lícita a celebração de um instrumento diversificado, ou seja, com regimes não definidos pela lei civil conforme supramencionados regimes, resultando em regime misto, atípico ou híbrido. Com isso, o

³⁸ CALMON, Rafael. *Partilha de bens na separação, no divórcio e na dissolução da união estável: aspectos materiais e processuais*. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018., p.86.

³⁹*Op. cit.* FONSECA, RB 1-2.

⁴⁰ Indicação realizada por Fabiana Domingues Cardoso, utilizando-se dos escritos de Marcelo Truzzi Otero. *Op. cit.* CARDOSO, p. 89.

⁴¹ Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/509>

⁴² FONSECA, Priscila M. P. Corrêa da. *Manual do Planejamento Patrimonial das Relações Afetivas e Sucessórias*. 3. ed. rev. e atual. – São Paulo: Thomson Reuters Brasil. 2022, RB 1-2. Disponível em: <https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/155347789/v3/page/RB-2.1>. Acesso em 30 set. 2022, RB 1-2.

⁴³ CARDOSO, Fabiana Domingues. *Coleção Rubens Limongi: Pacto antenupcial no Brasil: formalidades e conteúdo*. Rio de Janeiro: Método, 2010, p. 91-92.

próximo item do presente trabalho discorrerá sobre essa possibilidade – a escolha de um regime de bens diferente dos modelos tipificados.

Dos regimes de bens não codificados (atípicos)

Feitas as considerações sobre os regimes codificados, aqueles que estão expressamente previstos no Código Civil brasileiro, a doutrina passa a apresentar a possibilidade de os nubentes contratarem um regime de bens misto, ou seja, com cláusulas de mais de um regime ou estipulando suas próprias cláusulas.

Tal assertiva decorre da autonomia privada já tratada, posto que o artigo 1.639, caput, prevê ser “lícito aos nubentes, antes de celebrado o casamento, estipular, quanto aos seus bens, o que lhes aprouver”⁴⁴. Ou seja, no pacto antenupcial os contratantes podem escolher o que for mais interessante quanto às disposições patrimoniais.

Nas palavras de Luiz Guilherme Loureiro⁴⁵, há assertiva no sentido de cancelar a liberdade dos cônjuges em dispor de seus bens, ressalvadas as hipóteses que contrariarem a ordem pública, a moral e os costumes. Além dos regimes típicos (comunhão universal, comunhão parcial, separação de bens, comunhão dos aquestos), ou seja, os descritos na lei, é permitido aos nubentes criarem o regime que melhor atender aos seus interesses, lhes é facultado até mesmo a combinação de diferentes normas dos diversos regimes típicos. Cabe ao tabelião alertar os contratantes (nubentes) que, ao optar por regime diverso da comunhão parcial de bens, deve-se formalizar o pacto antenupcial, a ser lavrado em tabelionato de notas e incluído no processo de habilitação. E, ainda, que o regime distinto do regime legal (regime da comunhão parcial), deve ser pactuado antes do casamento, por pacto antenupcial e observar a forma solene, qual seja a escritura pública.

Rolf Madaleno evidencia o status da autonomia privada no contexto hodierno, afirmando que a livre vontade do indivíduo ainda encontra obstáculos no ordenamento jurídico pátrio, visto que restringe a autonomia privada aos contornos legislativos:

A autonomia privada sofre restrições no âmbito do direito de família sempre quando são violados preceitos normativos de ordem pública, prescrevendo o art. 166 do Código Civil a nulidade do negócio jurídico se ilícito o seu objeto, objetivando fraudar lei imperativa ou quando determinada prática é proibida por contravir literal disposição legal, prejudicar terceiros ou deter conteúdo imoral. Esse monitoramento da liberdade contratual dos cônjuges e conviventes tem em mira assegurar a estabilidade das relações familiares, impedindo que certos direitos sejam constituídos, modificados ou extintos por uma vontade negocial sem limites, embora exista pequena margem de aplicação da autonomia privada na celebração dos convênios nupciais.⁴⁶

⁴⁴ BRASIL. Lei n. 10.406, 10 de janeiro de 2002. *Institui o Código Civil*. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 04 set. 2021.

⁴⁵ LOUREIRO, Luiz Guilherme. *Registros Públicos: Teoria e Prática*. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 917.

⁴⁶ MADALENO, Rolf. Pactos patrimoniais e autonomia da vontade. In: SILVA, Regina Beatriz Tavares da, CAMARGO NETO, Theodureto de Almeida (Coord.). *Grandes temas de Direito de Família e das Sucessões*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 184.

Ainda, o Legislador, na gênese do Código, não limitou a contratualização dos nubentes aos regimes típicos já mencionados, possibilitando de forma aberta e ampla dispor 'o que lhes aprouver'.

Ou seja, em um primeiro momento, é conferida aos nubentes a liberdade de contratar, no momento de estipulação do pacto antenupcial, regime misto ou diverso do previsto em lei, não limitando apenas a reunião de normas pré-estabelecidas mas estipular seu próprio regime. Afirma Cardoso⁴⁷ que o regime misto seria decorrente da elaboração do pacto antenupcial firmado pelos nubentes, trazendo, em seu conteúdo, cláusulas que misturam regras dos regimes tipificados pela legislação. Tal regime ainda poderá configurar uma nova espécie diversa das normas previstas pela legislação cível.

As limitações encontradas são as já expostas anteriormente, de que não se pode dispor contra texto de lei, por óbvio, e ainda acrescenta Paulo Lôbo⁴⁸, ao conceituar o pacto antenupcial, que existe autonomia e ela consiste na obediência ao modo como será estabelecida a disposição das relações patrimoniais após o casamento, com liberdade. Ressalva-se que não lhes é permitido fraudar a lei, ou ser contra os legítimos interesses de terceiro. Assim, poderiam os nubentes fundir tipos de regimes, modificando o previsto em lei, e conceber um regime completamente novo. Como observado no Enunciado nº 331 do Conselho da Justiça Federal (CJF, 2006),

O estatuto patrimonial do casal pode ser definido por escolha de regime de bens distinto daqueles tipificados no Código Civil (art. 1.639 e parágrafo único do art. 1.640), e, para efeito de fiel observância do disposto no art. 1.528 do Código Civil, cumpre certificação a respeito, nos autos do processo de habilitação matrimonial.

Ou seja, existe livre escolha de regime pelos nubentes, desde que não disponha contra lei, e seja realizado antes do casamento, no momento de celebração do pacto antenupcial. Avançando, faz-se necessário assentar os ensinamentos de Arruda⁴⁹ sobre a estipulação de um regime misto, que afirma sobre a possibilidade de uma formulação ampla e flexível, já que cabe aos nubentes estipular o que melhor lhes aprouver, oferecendo os quatro tipos de regimes previstos em lei ou formulação de um novo.

Assim, é oportunizada a escolha entre os regimes típicos. Além de garantir a adoção pura desses regimes pré-determinados, também lhes é garantida a liberdade de modificação deles, com uma mistura entre os mesmos, gerando assim novos modelos, até mesmo os mais personalizados e adequados à peculiar situação patrimonial do casal.

Sendo assim, evidencia-se que, adotando cláusulas dos regimes típicos, apenas unindo as disposições legais dos mencionados regimes, serão eles mistos ou heterogêneos e, havendo a escolha de novos regramentos, serão denominados regimes personalizados.

⁴⁷ CARDOSO, Fabiana Domingues. *Coleção Rubens Limongi: Pacto antenupcial no Brasil: formalidades e conteúdo*. Rio de Janeiro: Método, 2010, p. 91.

⁴⁸ LÔBO, Paulo Luiz N. *Direito Civil Volume 5 - Famílias*. Editora Saraiva, 2022. E-book. ISBN 9786555596281. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555596281/>. Acesso em: 03 out. 2022.

⁴⁹ ARRUDA, Êlcio. Problemas atuais do direito patrimonial de família. Regime de bens. Estrutura e função. *Revista do Instituto de Direito Brasileiro*, n.8. Lisboa: Instituto de Direito Brasileiro/Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2013, pp. 7743-7817. Disponível em: http://www.idb-fdul.com/modo1_cat.php?sid=52&ssid=116&c. Acesso em: 04 de set. 2021, p. 7753-7754.

Rolf Madaleno⁵⁰ observa que existem os tipos primários, ou seja, aqueles regimes previstos em lei, cujo objetivo é de traçar diretriz patrimonial como modelo e a administração atendente à concepção ética e jurídica do Código Civil brasileiro, enquanto os efeitos secundários referem-se ao regime de bens complementar, permitindo aos nubentes a liberdade de pactuar, segundo seu projeto de vida.

Assevera ainda que os limites para disposições são injunções estatais, nulificando qualquer cláusula que contravenha disposição absoluta de lei (artigo 1.655 do Código Civil), qualquer convenção sobre direitos sucessórios (artigo 426, do Código Civil), sobre obrigações alimentícias, e por fim, que tenham conteúdo atinente a direitos e deveres expressos dos consortes e conviventes – artigos 1.566 e 1.724 também do Código Civil⁵¹. Elenca, também, dois principais regimes atípicos que podem ser adotados, o regime da comunhão proporcional de bens e o regime de bens familiares.

O denominado regime da comunhão proporcional de bens atende à disciplina do artigo 1.688 do Código Civil, que afirma pela correspondência econômica do casal, ou seja, o regime de bens será proporcional à capacidade de cada um dos cônjuges. Assim, durante a vigência do casamento cada um deles contribuiria e, conseqüentemente, em caso de dissolução, a cada um restaria a proporção de sua contribuição. A fórmula empregada para o denominado regime proporcional de bens refere-se à atenção sob a efetiva capacidade econômica dos cônjuges, havendo a possibilidade de alteração de acordo com a renda familiar particular e inicial de cada um na vigência do vínculo matrimonial, citando como exemplo o caso de um deles aumentar sua renda, a eventual partilha observaria esses novos rendimentos⁵².

O regime de bens familiares decorre do interesse hodierno ser notadamente maior em relação ao regime de bens de separação, visto que os regimes de bens de comunhão encontram-se, na prática, colocados em segundo plano. A lei chilena apresenta tal regime, elencando como familiares os bens que possuem função essencial no núcleo familiar. Tal modelo poderia ser importado à praxe forense brasileira, com um regime de comunhão de bens familiares segundo sua função essencial na vida cotidiana da família, como, por exemplo, de moradia, de lazer. Assim, o regime seria misto, de comunidade de bens com fins específicos para entidade familiar tidos como essenciais; e de outra classe, que constituiriam a propriedade do cônjuge adquirente, como empresas e imóveis destinados a investimento⁵³.

Diversas outras modalidades de regime de bens podem ser pensadas e adotadas pelos nubentes no momento da celebração do pacto antenupcial, atendendo à autonomia privada de cada um, bem como abarcando o negócio jurídico na realidade pós-moderna,

⁵⁰ MADALENO, Rolf. Do regime de bens entre os cônjuges. In: DIAS, Maria Berenice e PEREIRA, Rodrigo da Cunha. (coord). *Direito de Família e o novo Código Civil*. 3. ed., rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 220.

⁵¹ *Ibid.*, p. 184.

⁵² MADALENO, Rolf. *A crise conjugal e o colapso dos atuais modelos de regime de bens*. Revista brasileira de direito das famílias e sucessões, Porto Alegre: Magister, 2007. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/assets/upload/anais/284.pdf>. Acesso em 03 de set. 2022, p. 323.

⁵³ MADALENO, Rolf. *A crise conjugal e o colapso dos atuais modelos de regime de bens*. Revista brasileira de direito das famílias e sucessões, Porto Alegre: Magister, 2007. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/assets/upload/anais/284.pdf>. Acesso em 03 de set. 2021, p. 324.

uma vez que muito da realidade vivenciada não encontra respaldo na norma positivada. Neste sentido:

Certamente, a interpretação gramatical é considerada uma das mais deficientes, deixando de considerar fatores e valores essenciais em uma sociedade dinâmica. O intérprete deve buscar uma forma de concretizar os valores contidos no Estado Democrático de Direito. Assim, não se pode olvidar que o direito, como ordenamento jurídico, necessita estar harmonizado com as necessidades e as realizadas sociais, sob pena de deixar de cumprir o seu papel social⁵⁴.

Posto isto, conferindo efetividade à autonomia privada, deve-se aprimorar o estudo no sentido de garantir aos nubentes a possibilidade de se regrem patrimonialmente, segundo a melhor disposição que entenderem como salutares naquele momento de suas vidas, haja vista que o ordenamento jurídico pátrio já assim permite, e a sociedade demanda tal postura do Estado e do operador do Direito, sendo imperioso que, além dos conhecimentos básicos sobre os regimes de bens elucidados alhures, seja feita a elaboração de um verdadeiro planejamento.

Das disposições existenciais

Pietro Perlingieri ao tratar sobre o tema de família, inicia o estudo afirmando que cada composição familiar possui sua própria e autônoma importância jurídica, com o objetivo primordial de desenvolvimento da pessoa, não sendo crível que se considere um modelo de família superior em detrimento de outras.⁵⁵

Referido autor tece crítica sobre a necessidade da família de se reduzir às exigências do Estado, qual seja formatar-se em conceitos pré-determinados, em nome de uma concordância específica: “em uma inaceitável lógica corporativa.”⁵⁶

Nesse mesmo sentido, analisando o contexto hodierno (pós-modernidade) Eduardo C. B. Bittar afirma que, a partir dos anos 60, não há como justificar a sustentação de um positivismo jurídico, na medida em que os anseios sociais demandam uma eficácia prática, revelando-se dispensável um ordenamento jurídico com enfoque na norma fundamental que é impossível de ser atingida na *práxis*⁵⁷.

Nesta mesma toada, Paulo Nalin afirma que a essência e o objeto do contrato não mais se resumem à circulação de bens e riquezas, mas com o atual conceito de autonomia privada, relações existenciais revelam-se presentes. Nas palavras do autor:

A função econômica do contrato, até mesmo, pode não se revelar na relação jurídica contratual, não sendo a patrimonialidade pressuposto de sua eficácia, como, *v.g.*, no casamento ou mesmo no pacto que antecede a união estável, cujos

⁵⁴ AMARAL, Ana Claudia Corrêa Zuin Mattos do; HATOUM, Nida Saleh; HORITA, Marcos Massashi. O Paradigma Pós-Moderno Do Negócio Jurídico E A Necessidade De Uma Nova Concepção Na Contemporaneidade. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 21, n. 2, p. 261-297, jul. 2017. DOI: 10.5433/2178-8189.2017v21n2p262. ISSN:2178-8189, p. 280-281.

⁵⁵ PERLINGIERI, Pietro. Perfis do Direito Civil: Introdução ao Direito Civil Constitucional. Tradução de Maria Cristina de Cicco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 246-247.

⁵⁶ *Ibidem.*, p. 248.

⁵⁷ BITTAR, Eduardo C. B. O Direito na Pós-modernidade. 3. ed. mod. atual. São Paulo: Atlas. 2014, p. 172-175.

efeitos patrimoniais são impróprios; mas, por outro lado, a realização dos interesses existenciais dos sujeitos contratantes sempre deverá ocorrer.⁵⁸

Rafael Calmon alega que não há como afastar a possibilidade da liberdade de disposição existencial, pois quando se amplia a autonomia privada frente à ingerência do Estado, essa deve ser a tendência (neste aspecto o autor baseia-se em estudos de Ana Carolina Brochado e Renata de Lima Rodrigues), devendo ainda alguns institutos ser reapreciados e interpretados sob a perspectiva constitucional.⁵⁹

João Pedro de Oliveira de Biazzi afirma que a pouca utilização deste instrumento jurídico deve-se não apenas ao aspecto sociológico, mas também à ausência de clareza doutrinária sobre a natureza jurídica e a sua operacionalização⁶⁰. Por isso, é imprescindível que os operadores do direito passem a tomar conhecimento das possibilidades que tal negócio jurídico pode proporcionar, o que demonstra a relevância para comunidade acadêmica que o estudo do pacto pré-nupcial avance e seja aprofundado.

No mesmo sentido posiciona-se Mairan Gonçalves Maia Júnior quando afirma que, embora exista notória potencialidade, o seu desconhecimento leva à sua parca utilização. Menciona, inclusive, que em voto proferido no Superior Tribunal de Justiça, a Ministra Nancy Andrighi ressaltou a pouca aquiescência do pacto pré-nupcial⁶¹. Ou seja, a doutrina e os estudos acadêmicos devem dedicar mais espaço ao tema, promovendo substrato para a utilização prática desse instrumento, justificando a problemática desenvolvida neste estudo.

Gustavo Tepedino afirma em seus escritos que, embora exista parte da doutrina que afirma ser o acordo pré-nupcial de cunho exclusivamente patrimonial, não há qualquer vedação legislativa para tanto. Utilizando-se dos dizeres de Maria Berenice Dias continua o autor por afirmar que, desde que haja certos encargos legislativos (deveres conjugais), não haveria barreira para que os nubentes elaborem outras mais⁶².

O mesmo autor, em estudo denominado “controvérsias sobre regime de bens no novo Código Civil”, reafirma a mesma ideia lançada:

(...) De fato, não se verifica, como linha de princípio, impedimento para que se reputem válidas cláusulas que estabeleçam regramento da vida espiritual dos cônjuges, que se valem do pacto para fixar aspectos que lhes pareçam relevantes para a vida em comum.⁶³

⁵⁸ NALIN, Paulo. *Do contrato: conceito pós-moderno* (em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional. 2ª ed. Curitiba: Juruá, 2008, p. 243.

⁵⁹ CALMON, Rafael. *Partilha de bens na separação, no divórcio e na dissolução da união estável: aspectos materiais e processuais*. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 53-54.

⁶⁰ Afirma o autor que em 2008 apenas 311 pactos antenupciais foram registrados frente a 255.603 casamentos. BIAZZI, João Pedro de Oliveira de. *Pacto Antenupcial: uma leitura à luz da teoria do negócio jurídico*. Revista Jurídica Luso Brasileira, Lisboa, ano 2, n. 1, 2016, p. 241. Disponível em: https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2016/1/2016_01_0229_0264.pdf. Acesso em: 17 set. 2022.

⁶¹ MAIA JÚNIOR, Mairan Gonçalves. *A Família e a Questão Patrimonial*. 3 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2015. RB 1.2.

⁶² TEPEDINO, Gustavo. Contratos em Direito de família. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Org.). *Tratado de direito das famílias*. Belo Horizonte: IBDFAM, 2015, p. 478.

⁶³ TEPEDINO, Gustavo. Controvérsias sobre Regime de Bens no Novo Código Civil, in Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões, Belo Horizonte: IBDFAM, vol. 2, 2008, p. 15.

Ademais, pode-se asseverar que a liberdade contratual estampada no artigo 421 do Código Civil⁶⁴ é corroborada com o enunciado 635 da VIII Jornada de Direito Civil de 2018, que possui a seguinte redação: “Art. 1.655. o pacto antenupcial e o contrato de convivência podem conter cláusulas existenciais, desde que estas não violem os princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade entre os cônjuges e da solidariedade familiar.”⁶⁵

Ressalva-se que as mencionadas disposições não poderão ferir preceitos constitucionais tampouco colocar em submissão, desigualdade ou dependência uma das partes, bem como não poderá restringir liberdades ou violar a já mencionada dignidade humana ou solidariedade familiar, cabendo ao Estado velar para que certos assuntos sejam regulados pelos envolvidos⁶⁶.

Para elucidar, há na doutrina a divisão didática das disposições existenciais, como a vivência conjugal, que se refere a disposições de deveres tradicionais, e as cláusulas diversas, que tratam de deveres pessoais, psicológicos e de costumes. Em relação ao primeiro, a doutrina majoritária manifesta-se pela impossibilidade de se afastarem os deveres conjugais (sejam eles: fidelidade, monogamia, condutas sexuais, etc.)⁶⁷

Com certa contrariedade, Tepedino afirma que cada caso deve ser analisado individualmente. Se a disposição fere a dignidade da pessoa do cônjuge e o princípio da isonomia, permanece a ideia de ausência de vedação. Nas palavras do autor:

A definição quanto à validade dessas e outras cláusulas, formuladas por iniciativa das partes, seja no âmbito do casamento, seja em pactos atinentes a outras formações familiares, deve levar em consideração a função instrumental da família no desenvolvimento da pessoa humana. serão merecedoras de tutela as cláusulas que promovam a dignidade da pessoa de cada integrante da família à luz dos princípios constitucionais da solidariedade e da igualdade, os quais devem informar as comunidades intermediárias, de modo que o pluralismo de escolhas traduza a liberdade fundamental de cada um, como expressão de sua individualidade, a organizar a sua vida comunitária.⁶⁸

Retomando a segunda esfera de compreensão das disposições extrapatrimoniais elencadas anteriormente (cláusulas diversas), são concebidas como cláusulas não necessariamente patrimoniais e sim relativas à organização familiar e à própria vivência diária dos nubentes. Neste aspecto, Fabiana Domingues Cardoso afirma que são poucas as doutrinas e literatura a este respeito, sendo então de caráter improtelável o enfrentamento da temática⁶⁹.

⁶⁴ BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Diário Oficial da União*: seção 1, Brasília, DF, ano 139, n. 8, p. 1-74, 11 jan. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 17 ago. 2022.

⁶⁵ Conselho da Justiça Federal. Enunciado nº 635. *VIII Jornada de Direito Civil*. Brasília, 2018.

⁶⁶ Tais assertivas decorrem da justificativa do mencionado enunciado.

⁶⁷ CARDOSO, Fabiana Domingues. *Coleção Rubens Limongi: Pacto antenupcial no Brasil: formalidades e conteúdo*. Rio de Janeiro: Método, 2010, p.191.

⁶⁸ TEPEDINO, Gustavo. Contratos em Direito de família. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Org.). *Tratado de direito das famílias*. Belo Horizonte: IBDFAM, 2015, p. 479.

⁶⁹ CARDOSO, Fabiana Domingues. *Coleção Rubens Limongi: Pacto antenupcial no Brasil: formalidades e conteúdo*. Rio de Janeiro: Método, 2010, p. 82-83, p.196.

Rolf Madaleno tece considerações sobre a necessária superação dos antigos paradigmas da mulher ser dependente patrimonial e existencial do marido, e alcança este objetivo utilizando-se de negócios jurídicos, nas palavras do autor:

A participação da mulher na tomada de decisões inerentes à direção e ao governo da família se plasma em acordos entre cônjuges e conviventes por meio dos negócios jurídicos que desmontam a obsoleta e enferma estrutura patriarcal de submissão a um poder normativo familiar, antes considerado sacrossanto e sacralizado.⁷⁰

Desta feita, normas existenciais podem ser incluídas nas disposições do pacto pré-nupcial pelos nubentes visando uma melhor adaptabilidade dos próprios envolvidos, desde que não sejam contrárias às disposições cogentes tampouco violem os princípios regentes, mormente da dignidade da pessoa humana.

Conclusão

Verifica-se que a autonomia privada é tratada pela doutrina como instituto ou como princípio. Revela-se essencial dizer que a autonomia privada deve estar presente nas relações familiares, em especial no que se refere à contratualização das relações familiares. Porém, limitar a possibilidade das partes, e neste caso dos nubentes, de regerem seu patrimônio e sua própria existência durante a vigência do casamento ou da união estável, sem que seja para atender à dignidade da pessoa humana, a função social da propriedade e do contrato, e ainda a boa-fé objetiva revela-se errônea.

A antes chamada autonomia da vontade, tida como presente no Estado Liberal para atender aos preceitos da Revolução cuja classe burguesa precisava se separar dos ditames da monarquia e circular bens, objetos e propriedade acarretando uma enorme liberdade contratual e rechaçando a participação do Estado, não encontra mais espaço.

Tal assertiva decorre da situação atual de demandar do intérprete do direito e do próprio ordenamento soluções que não estão apenas estampadas nas normas positivadas. Com o avanço da sociedade e, no caso do presente estudo, dos entrelaces afetivos para constituir família, o arranjo patrimonial que seguirá com o vínculo da união estável ou do casamento demanda abrir o pacto antenupcial para abarcar o regime que melhor atender aos nubentes, previsto expressamente no Código Civil ou não.

Neste mesmo sentido, há que falar da necessidade de aplicação da súmula 377 do Supremo Tribunal Federal, cujo teor afirma que no regime de separação legal de bens devem comunicar-se os bens conquistados na constância do casamento, impedindo que um cônjuge enriqueça às custas do empobrecimento do outro. Conforme imposto o regime pelo artigo 1.641 do Código Civil, o cônjuge ou companheiro (a) que não registrar de forma equânime, encontra-se ceifado de amealhar a justa comunhão dos bens adquiridos pelo esforço comum.

Assim, os nubentes quando forem celebrar o pacto antenupcial podem escolher o regime de bens como melhor satisfaçam os interesses patrimoniais e existenciais naquele

⁷⁰ SALOMAO, Luis F. Direito Civil - Diálogos Entre a Doutrina e a Jurisprudência - Volume 2. Grupo GEN, 2020. E-book. ISBN 9788597026344. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597026344/>. Acesso em: 23 set. 2022.

momento, segundo o artigo 1.639 do Código Civil. O casal pode criar um novo regime com cláusulas totalmente inovadoras e inéditas, como bem escolher, dentre as já existentes ou misturá-las, desde que compatíveis. Trata-se, aqui, da própria autonomia privada revelada na escolha do regime de bens.

Critica-se a necessidade de se adotar o regime de separação total de bens após os 70 anos, e as demais imposições legais do artigo 1.641 do Código Civil, posto que nem sempre aos nubentes é o regime que melhor atende às necessidades naquele momento. Tal impasse poderia ser resolvido com cláusulas de incomunicabilidade de alguns dos bens, caso fosse de seu interesse, ou a progressão de aquisição de patrimônio com o transcorrer do tempo, por exemplo.

Revela-se, então, que a autonomia privada deva ser privilegiada pelo ordenamento jurídico, uma vez que, na contemporaneidade, os indivíduos demandam a existência de negócios jurídicos que não encontram correspondente direto na norma jurídica positivada, mas a formação de negócios jurídicos que exigem respeito à individualidade e à dignidade da pessoa humana.

Este mote maior será alcançado com a ampla divulgação das possibilidades de se entabularem acordos pré-nupciais conforme as necessidades dos nubentes e dos princípios vigentes, conforme já exposto.

Para tanto, buscou-se traçar o conceito clássico de autonomia privada, útil na escolha de um arranjo patrimonial sob o qual os pretensos casais serão regidos, utilizando-se quer dos regimes típicos, quer dos atípicos, podendo se regrar segundo melhor lhes aprouver, a partir do profundo conhecimento de cada disposição.

Frisa-se que não há vedação legal para disposições existenciais, ao revés, o art. 421 do Código Civil autoriza a livre contratação, desde que atendida a função social do contrato (esta é a limitação). Ademais, o parágrafo único do artigo afirma que ao Estado será reversada intervenção mínima, e o enunciado 635 do CJF afirma pela possibilidade de os nubentes disporem de cláusulas existenciais no pacto antenupcial.

O contributo maior e mais significativo do presente estudo concentrou-se em suprir eventual ausência de estudos quanto à possibilidade de planejamento patrimonial e existencial posto que a doutrina especializada aponte por diversas vezes a ausência de adoção adequada do pacto antenupcial, pois os nubentes deixam a cargo do cartorário a escolha do regime, não reservando tempo adequado para a mencionada estruturação, bem como a real necessidade de serem aconselhados por profissional especializado para tanto.

Assim, ainda que o tema seja amplamente explorado, os estudos apontam pela falta do efetivo aproveitamento pelos operadores do direito do mencionado instrumento, refletindo inclusive em decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça para atender a mencionada lacuna, quando se pretendeu desenvolver norte e rumos para o efetivo planejamento patrimonial e existencial dos nubentes.

REFERÊNCIAS

AMARAL NETO, Francisco dos Santos. A autonomia privada como princípio fundamental da ordem jurídica. *Revista de Informação Legislativa*, v. 26, n. 102, p. 207-230, abr./jun. 1989.

AMARAL, Ana Claudia Corrêa Zuin Mattos do; HATOUM, Nida Saleh; HORITA, Marcos Massashi. O Paradigma Pós-Moderno Do Negócio Jurídico E A Necessidade De Uma Nova Concepção Na Contemporaneidade. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 21, n. 2, p. 261-297, jul. 2017. DOI: 10.5433/2178-8189.2017v21n1p262. ISSN:2178-8189.

ARRUDA, Élcio. Problemas atuais do direito patrimonial de família. Regime de bens. Estrutura e função. *Revista do Instituto de Direito Brasileiro*, n.8. Lisboa: Instituto de Direito Brasileiro/Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2013, pp. 7743-7817. Disponível em: http://www.idb-fdul.com/modo1_cat.php?sid=52&ssid=116&c. Acesso em: 04 de set. 2021.

AZEVEDO, Álvaro Villaça, *Curso de direito civil: direito de família*, 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

BETTI, Emílio. *Teoria Geral do Negócio Jurídico*. Tradução: Servanda Editora. Campinas: Servanda, 2008.

BRANCO, Gerson Luiz Carlos. Os Princípios Reguladores da autonomia Privada: autonomia da vontade e boa-fé. *Revista Direito e Democracia*. v. 1, n. 1. Canoas: ULBRA, 1º. Semestre 2000.

BRASIL. Lei n. 10.406, 10 de janeiro de 2002. *Institui o Código Civil*. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 04 set. 2022.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Diário Oficial da União*: seção 1, Brasília, DF, ano 139, n. 8, p. 1-74, 11 jan. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 17 ago. 2022.

CALMON, Rafael. *Partilha de bens na separação, no divórcio e na dissolução da união estável: aspectos materiais e processuais*. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

CARDOSO, Fabiana Domingues. *Coleção Rubens Limongi: Pacto antenupcial no Brasil: formalidades e conteúdo*. Rio de Janeiro: Método, 2010, p. 82-83.

DIAS, Maria Berenice. *Manual Direito das Famílias*. 14. ed. Salvador: JusPodivm, 2021.

DINIZ, Maria H. *Curso de direito civil brasileiro: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais*. v.3. Editora Saraiva, 2022. E-book. ISBN 9786555598711. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555598711/>. Acesso em: 03 out. 2022.

FACHIN, Luiz Edson. *Novo conceito de ato e negócio jurídico*. Curitiba: Educa, Scientia et Labor, 1988.

FONSECA, Priscila M. P. Corrêa da. *Manual do Planejamento Patrimonial das Relações Afetivas e Sucessórias*. 3. ed. rev. e atual. – São Paulo: Thomson Reuters Brasil. 2022, RB 1-2. Disponível em: <https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/155347789/v3/page/RB-2.1>. Acesso em 30 set. 2022.

LÔBO, Paulo Luiz N. *Direito Civil Volume 5 - Famílias*. Editora Saraiva, 2022. E-book. ISBN 9786555596281. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555596281/>. Acesso em: 03 out. 2022.

- LOUREIRO, Luiz Guilherme. *Registros Públicos: Teoria e Prática*. Salvador: JusPodivm, 2016.
- MADALENO, Rolf. *A crise conjugal e o colapso dos atuais modelos de regime de bens*. Revista brasileira de direito das famílias e sucessões, Porto Alegre: Magister, 2007. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/assets/upload/anais/284.pdf>. Acesso em 03 de set. 2022.
- MADALENO, Rolf. *Direito de Família*. 10. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2020.
- MADALENO, Rolf. Do regime de bens entre os cônjuges. In: DIAS, Maria Berenice e PEREIRA, Rodrigo da Cunha. (coord). *Direito de Família e o novo Código Civil*. 3. ed., rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- MADALENO, Rolf. Pactos patrimoniais e autonomia da vontade. In: SILVA, Regina Beatriz Tavares da, CAMARGO NETO, Theodureto de Almeida (Coord.). *Grandes temas de Direito de Família e das Sucessões*. São Paulo: Saraiva, 2011.
- MAIA JÚNIOR, Mairan Gonçalves. *A Família e a Questão Patrimonial*. 3 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2015.
- NALIN, Paulo. *Do contrato: conceito pós-moderno* (em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2008.
- NEGREIROS, Teresa. *Teoria dos contratos: novos paradigmas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil: Introdução ao Direito Civil Constitucional*. Tradução de Maria Cristina de Cicco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Autonomia da vontade, autonomia privada e autodeterminação: notas sobre a evolução de um conceito da Modernidade e na Pós-modernidade. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília a. 41 n. 163 jul./set. 2004, p. 117-118.
- RODRIGUES, Lia Palazzo. Algumas considerações sobre o Direito de Família no novo Código Civil e seus reflexos no regime supletivo de bens. In: WELTER, Belmiro Pedro; MADALENO, Rolf Hanssen (Coords.). *Direitos fundamentais do direito de família*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.
- SALOMAO, Luis F. *Direito Civil - Diálogos Entre a Doutrina e a Jurisprudência - Volume 2*. Grupo GEN, 2020. E-book. ISBN 9788597026344. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597026344/>. Acesso em: 23 set. 2022.
- SARMENTO, Daniel. Os princípios constitucionais da liberdade e da autonomia privada. *B. Cient. ESMPU*, Brasília, a. 4, n.14, p. 167-217, jan/mar 2000.
- TEPEDINO, Gustavo. Contratos em Direito de Família. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Org.). *Tratado de Direito das Famílias*. Belo Horizonte: IBDFAM, 2015.
- TEPEDINO, Gustavo. Controvérsias sobre Regime de Bens no Novo Código Civil, in *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*, Belo Horizonte: IBDFAM, vol. 2, 2008.
- TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. 4. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

Data de Recebimento: 26.05.2022.

Data de Aprovação: 18.09.2022.

“PROCESSO E DEMOCRAZIA”: IL GARANTISMO PROCESSUALE NELLE LEZIONI MESSICANE DEL 1952 DI PIERO CALAMANDREI

“JULGAMENTO E DEMOCRACIA”: GARANTIAS PROCESSUAIS NAS PALESTRAS MEXICANAS DE PIERO CALAMANDREI DE 1952

Andrea Panzarola*

Le lezioni messicane come ripensamento.

La nuova edizione italiana di «Processo e democrazia» di Piero Calamandrei mi permette di riflettere ancora una volta (a oltre sessant'anni dalla sua scomparsa) sull'opera del Maestro fiorentino. Mi sono già dedicato in passato al geniale costruttore del maestoso edificio teorico della Cassazione civile¹ in alcuni contributi². Ho pure avuto modo di interessarmi anni fa³ dello studioso originale della tutela cautelare⁴. Ora si tratta di curvare a leggere o rileggere (fra i suoi 1139 contributi) sei scritti del 1952. Sono le sei lezioni⁵ tenute da Calamandrei a Città del Messico, su invito della *Facultad de Derecho*

* Ordinario di diritto processuale civile ne Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università “Tor Vergata” di Roma.

* Il testo trae spunto dalla nuova edizione del volume *Processo e democrazia. Le conferenze messicane di Piero Calamandrei*, a cura di E. Bindi, T. Groppi, G. Milani, A. Pisaneschi, Pisa, Pacini Giuridica, 2018.

¹ P. Calamandrei, *La Cassazione civile*, vol. I, *Storia e legislazione*, Torino, 1920, (ora in Id., *Opere giuridiche*, vol. VI, a cura di M. Cappelletti, con presentazione di V. Andrioli, Napoli, 1976, 526). Il secondo volume (anch'esso edito nel 1920 per i tipi dei Fratelli Bocca) della *Cassazione civile (Disegno generale dell'Istituto)* si può ora consultare in *Opere giuridiche*, cit., vol. VII, a cura e con parole introduttive di M. Cappelletti, Napoli 1976. I due volumi della *Cassazione civile* sono oggi nuovamente messi a disposizione di tutti gli studiosi grazie alla magnifica iniziativa del Dipartimento di Giurisprudenza della Università di Roma Tre che ha riproposto in *open access* i 10 volumi delle Opere giuridiche del Maestro fiorentino (con il contributo della Fondazione Centro di iniziativa giuridica Piero Calamandrei, della Biblioteca Archivio Piero Calamandrei di Montepulciano, della Fondazione Roma3 Education e di Google). La presentazione delle *Opere giuridiche* è avvenuta nel corso del convegno dell'11 novembre 2020 su “Passato e futuro della Cassazione. A cento anni dalla Cassazione civile di Piero Calamandrei”, organizzato dalla Struttura di formazione decentrata della Corte di cassazione, SSM (Scuola Superiore della Magistratura), SSA (Scuola Superiore dell'Avvocatura), Università degli Studi di Roma-Tre (Dipartimento di Giurisprudenza), Scuola Forense Vittorio Emanuele Orlando (Corte di cassazione, Aula Virtuale Teams). Cfr., se vuoi, la mia relazione al convegno: *Il ricorso per cassazione come azione di impugnativa (riflessioni a margine della riedizione delle Opere giuridiche di Piero Calamandrei)*, in *Giust. civ.*, 2021, p. 6 ss.

² V., se vuoi, A. Panzarola, *La Cassazione civile giudice del merito*, Torino, 2005, 2 voll.; nonché *L'evoluzione storica della Cassazione civile e la genesi dell'art. 65 ord. giud.*, in *Trattato dei processi civili davanti alla Corte di cassazione*, a cura di A. Didone e F. De Santis, Milano, 2018, p. 61 ss. Rinvio anche al contributo già menzionato: *Il ricorso per cassazione come azione di impugnativa (riflessioni a margine della riedizione delle Opere giuridiche di Piero Calamandrei)*, cit., p. 6 ss.

³ A. Panzarola e R. Giordano, *I provvedimenti di urgenza (art. 700 c.p.c.)*, Bologna, 2016; A. Panzarola, *I provvedimenti di urgenza dell'art. 700 c.p.c.*, in AA.VV., *I procedimenti cautelari*, opera diretta da A. Carratta, Bologna, 2013, p. 745 ss.

⁴ P. Calamandrei, *Introduzione allo studio sistematico dei procedimenti cautelari*, Padova, 1936, ora in Id., *Opere giuridiche*, a cura di M. Cappelletti, Napoli, 1983, vol. IX, con presentazione di V. Denti.

⁵ Le sei conferenze, tenutesi dal 14 al 28 febbraio 1952, sono state raccolte nel volume, con prefazione dell'autore, *Processo e democrazia*, Padova, 1954, poi in *Opere giuridiche*, I, Napoli, 1965, a cura e con avvertenza di M. Cappelletti, p. 618 ss. Ho già ricordato *retro* la nuova edizione dell'opera (Pisa, 2018).

della *Universidad Nacional Autonoma* messicana. Siamo quindi «nel decennio supremo»⁶ (1946-1956) della sua vita pubblica e politica. Non a caso, fra le 493 pubblicazioni del periodo che va dal 1946 al 1956 molte sono commoventi memorie resistenziali⁷ e solo una ventina (comprese le sei lezioni messicane) toccano il processo civile. Di grande importanza, però. Sono infatti la sintesi del suo pensiero di studioso di quegli anni, una sintesi tanto più importante se si pensa che furono gli ultimi anni della sua vita e se si nota che ne trapelano vedute radicalmente mutate intorno a snodi cruciali della giustizia civile e a proposito dello scopo del processo, del senso delle sue regole, del metodo per indagarlo, del ruolo di coloro che vi partecipano, ecc.

Il fatto è che nelle lezioni messicane, mentre guarda pensosamente indietro e riconsidera con esibita franchezza le proprie passate convinzioni teoriche, Calamandrei coglie con sismografica sensibilità i problemi del presente e con inusuale preveggenza afferra gli indizi con i quali il futuro si lascia annunciare. Una volta di più, la sua opera si protende in avanti e ci fornisce un insostituibile aiuto per affrontare le urgenti questioni che attualmente sovrastano studiosi avvocati giudici cittadini ecc., tutti quanti alle prese con la lacerata trama della giustizia civile, tutti quanti premuti sotto la cappa opprimente dell'*Ausnahmezustand* (di quello «stato di eccezione» incistato nel tormentato periodo storico che viviamo).

L'«essenzialismo» delle lezioni messicane.

C'è tanto, anzi tantissimo, in queste lezioni messicane, attraversate da ricordi umani⁸, solcate da suggestioni letterarie⁹, percorse da franchi ripensamenti¹⁰, intessute di fitti rimandi dal diritto processuale civile al diritto costituzionale (e viceversa), in coerenza con un rinvigorito ed originale sincretismo metodologico.

Mi pare però che, concentrando il discorso sul processo civile di parti a tipo dispositivo, si possano agevolmente indovinare alcuni temi ricorrenti, illustrati con una prosa cristallina e *coulante* ed esplorati con un metodo trapassato da uno schietto e salutare «essenzialismo». Impiegando liberamente quest'ultimo termine («essenzialismo») vogliamo sottolineare che Calamandrei ha l'intenzione di impostare un discorso sulle «origini» e così chiedersi: che cosa è e come nasce la regola processuale? Egli aspira a rivelare il «senso» ultimo delle cose studiate per una intera vita per chiarire:

⁶ E. Redenti, *In memoria di Piero Calamandrei*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1958, p. 1 ss., spec. p. 13.

⁷ P. Calamandrei, *Uomini e città della Resistenza. Discorsi, scritti ed epigrammi* (1955), a cura e con introduzione di S. Luzzatto, prefazione di C.A. Ciampi, Roma-Bari, 2006.

⁸ La carrellata di profili umani colpirà in particolare chi coltiva l'idea del ruolo determinante delle persone in carne ed ossa, con tutto il loro carico di storicità, nel farsi della esperienza giuridica in consonanza con i bisogni della vita. Fra l'altro Calamandrei evoca il «sovano intelletto» del Maestro uruguayano del processo Eduardo Couture; in Alcalá Zamora ritrova un «grande maestro di scienza e di coerenza morale». Con mestizia ricorda gli studiosi costretti in esilio dal nazismo e fascismo proprio in America Latina, e così James Goldschmidt (morto a Montevideo) e Liebman (infine esule a San Paolo in Brasile fino alla caduta del fascismo). Si imprime nella mente Pasquale Saraceno, giovanissimo consigliere di corte d'appello trucidato sulla soglia del suo ufficio.

⁹ Da Guicciardini a Cino da Pistoia (poeta oltre che giurista, come risaputo).

¹⁰ E da una altrettanto profonda e complessiva autoriflessione intellettuale dopo l'orrore del secondo conflitto mondiale.

a che serve il processo, qual è il suo scopo? Cosa rende un processo un «vero» processo? Dove corre la linea che separa un processo «giusto» da un processo «totalitario», il «vero» processo dalla caricatura di esso?

Questi ed altri interrogativi si affollano nella densissima pagina di Calamandrei, che non trascura il problema della «logica» (logica formale o logica del senso comune?) e del «metodo» applicati al processo (è ancora praticabile il metodo dogmatico o è inservibile?) e in pari tempo assegna un posto di primissimo piano al ruolo del giudice (quali sono le virtù del giudice?¹¹) e alla non meno alta funzione dell'avvocato (come può egli adempiere la sua altissima missione di libertà?¹²) e così ai rapporti che debbono intercedere fra le due figure (scrutinati con impareggiabile sensibilità nel prisma del costume giudiziario), ecc.

Quello che abbiamo denominato «essenzialismo» delle lezioni messicane – e che si rintraccia nell'anelito, che ne traspare, a comprendere il senso stesso del processo (perché il processo?) e nella inclinazione, che ne affiora, ad additare origine e scopo delle regole processuali (a cosa servono le regole?) –, è proprio quanto conferisce alle pagine di Calamandrei la loro caratteristica freschezza e innegabile originalità. Avviene in rarissimi momenti che il processualcivilista – solitamente immerso in una attività di elaborazione di concetti e descrizione di sottili meccanismi, dedito a trascrivere il dialogo giudiziario in schemi formali, componendo e decomponendo strutture complesse, ecc. – lasci da parte la «anatomia del processo»¹³ per meditare, radicalmente, su fondamenti e scopi ultimi del proprio oggetto di studio: per soddisfare, una volta per tutte, quel bisogno di senso che prima o poi investe tutti, come uomini prima che come studiosi.

D'altronde quello di Calamandrei è un discorso¹⁴ imbevuto di appassionato «personalismo»¹⁵, nel quale domina uno spiccato senso umano del diritto congiunto al rifiuto (o comunque al forte ridimensionamento) del logicismo, astrattismo e

¹¹ «Senza indipendenza non può esservi nel giudice quel senso di responsabilità morale che è la prima virtù del magistrato».

¹² L'avvocatura è per Calamandrei tribuna di dignità civile e libertà. Il Maestro fiorentino lo aveva già affermato a Siena con la prolusione – *L'avvocatura e la riforma del processo civile* – al corso ufficiale di Procedura civile e ordinamento giudiziario nella Università della città del 16 gennaio 1920. A Siena Calamandrei arrivò, dopo il concorso del 1919, da professore ordinario. Vi rimase fino al 1924, quando passò alla Università di Firenze.

¹³ L'espressione è di S. Satta, *Il mistero del processo*, in *Riv. dir. proc.*, 1949, p. 273 ss. Si tratta del testo della conferenza tenuta all'Università di Catania il 4 aprile 1949 (poi ripubblicata in *Soliloqui e colloqui di un giurista*, Padova, 1968, pp. 3-18 e in *Il mistero del processo*, Milano, pp. 11-37). Si ricollega alla osservazione sattiana (che «il processo non è altro che giudizio e formazione di giudizio»: sul punto v., se vuoi, A. Panzarola, *Principi e regole in epoca di utilitarismo processuale*, Bari, 2022, 143 ss.) «l'esame di coscienza» di F. Carnelutti, *Torniamo al giudizio*, in *Riv. dir. proc.*, 1949, p. 165 ss. In argomento v. N. Picardi, *L'esame di coscienza del vecchio maestro*, *ivi*, 1986, p. 536 ss. Il richiamo ai due fondamentali contributi di Carnelutti e Satta non è casuale: su di essi si soffermò nel 1950 Calamandrei in *Processo e giustizia* (su cui v. *infra* in nota). Sulla differenza fra il Maestro fiorentino e Satta circa lo scopo del processo e intorno al rapporto tra libertà e giustizia in relazione alla osservanza delle forme e regole processuali v. *infra* in nota e nel testo.

¹⁴ Sono sì sei lezioni, ma il discorso è unitario: ogni lezione riprende la precedente. Vi sono richiami interni e rinvii esterni (espliciti o meno) alla produzione di quegli anni.

¹⁵ Nelle lezioni messicane sono citati tanto la «rivista *Esprit* (una delle voci più alte dello spirito europeo)», quanto Emmanuel Mounier (deceduto solo due anni prima, nel 1950) e la sua domanda angosciata sulla giustizia politica (tema, quest'ultimo, al quale ho dedicato il seguente contributo: *Considerazioni sul c.d. processo politico*, in *LR LEGAL ROOTS*, vol. 10, 2021, 233 ss.).

dogmatismo. Ne deriva una prestazione intellettuale risolutamente tesa a segnare lo spazio per un vero e proprio diritto processuale dell'uomo e per l'uomo¹⁶, col fermo proposito di avvicinarsi all'ideale della «miglior giustizia attraverso maggior libertà».

Origine e scopo del diritto processuale civile.

Cos'è il diritto processuale civile? A cosa servono le regole processuali? Per rispondere a queste domande¹⁷, che da sempre interpellano lo studioso che vi risponde con l'impiego di concetti astratti ora più ora meno articolati, Calamandrei si lascia guidare dalla direttiva che informa tutte quante le lezioni e, giungendo alla «essenza» delle cose, dichiara che il diritto processuale civile non è che una tecnica o «metodo di ragionamento» per ottenere una «sentenza giusta» e la scienza processuale una «metodologia».

Se si ha a che fare con una «tecnica del ben ragionare in giudizio», ne deriva che il processo stesso, innervato dal nutrimento del contraddittorio, non è una mera sequenza di atti o semplice successione di forme ed è invece uno strumento gnoseologico volto a ricomporre un fatto del passato e ad applicare il diritto per affermare un effetto giuridico. Acquista, in questo modo, un nuovo significato la dimensione «formale» del diritto processuale civile, quale riflessa in una secolare stagione di studi ed espressa in modo emblematico da Daniel Nettelblatt – al quale si fa risalire la nascita della moderna scienza del processo civile – quando alludeva nel 1762 alla procedura civile come alla «*arte di gestire gli atti*» («*die Kunst, mit Akten umzugehen*»)¹⁸. Si colloca in una nuova luce anche la usuale qualificazione in chiave «formale» della legge processuale¹⁹, la quale – sin dal primo organico codice di procedura civile della storia, quello di Luigi XIV del 1667 – è generalmente vista come un apparato «*des formalités et délais*»²⁰. Lo stesso codice di procedura civile napoleonico del 1806 egualmente è considerato un «codice di regole»²¹ formali, al pari delle successive codificazioni in materia processuale²².

¹⁶ Si può a giusto titolo parlare di «personalismo processuale».

¹⁷ Più che mai attuali adesso che si vorrebbe fare a meno, nel processo civile, di regole predeterminate (si pensi, tra l'altro, alla recente riforma del processo civile italiano – d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 149, di attuazione della legge delega 26 novembre 2021, n. 206 – che fa perno sul c.d. procedimento semplificato di cognizione: artt. 281-*decies* e ss. c.p.c.). V. *infra*, par. 9.

¹⁸ La massima di Nettelblatt è stata però fraintesa (o, meglio, decontestualizzata): K.W. Nörr, *Naturrecht und Zivilprozeß. Studien zur Geschichte des deutschen Zivilprozessrechts während der Naturrechtsperiode bis zum beginnenden 19. Jahrhundert*, Tübingen, 1976 (trad. it., Roma, 2013, con pagine introduttive di M. Ascheri e N. Picardi), p. 21 e nota 65.

¹⁹ Sulla premessa che il diritto processuale è un *diritto formale*, si venne ad accreditare una nozione *formale* del contraddittorio e del processo: v. spec. par. 6.

²⁰ Inutile dire della importanza della codificazione del 1667. «*L'ordonnance de 1667 fut le premier pas fait dans la voie de notre codification moderne*»: così R. Bordeaux, *Philosophie de la procédure civile, mémoire sur la réformation de la justice*, Évreux, 1857 (rist. di Hachette Livre, in collaborazione con la BnF), p. 55.

²¹ U. Petronio, *Introduzione, Il futuro ha un cuore antico. Considerazioni sul codice di procedura civile del 1806*, in *I Codici Napoleonici. T. I Codice di procedura civile, 1806*, in *Testi e documenti per la storia del processo*, a cura di N. Picardi e A. Giuliani, Milano 2000, pp. XXXVIII-XLI.

²² Sulla penetrazione, a fianco delle regole, anche dei principi nei codici di procedura civile più recenti v., se vuoi, A. Panzarola, *Alla ricerca dei substantialia processus*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, p. 1157 ss.; *Sulla evoluzione dei principi del processo civile*, in *Riv. it. scienze giur.*, nuova serie, 2014, numero speciale (I principi nell'esperienza giuridica. Atti del Convegno della Facoltà di Giurisprudenza della Sapienza, Roma, 14-15

Le «forme» che strutturano il processo (e di cui si occupa il diritto processuale civile) concorrono a delineare – e insieme ne rappresentano la decisiva condizione di esistenza – un «metodo di ragionamento» per pervenire ad una «sentenza giusta». Le «forme» e, in genere, le regole processuali ne guadagnano in importanza e utilità. È inequivocabilmente questa la lezione di Calamandrei, a maggior ragione se si riflette sulla «origine» delle regole processuali, quale descritta dal Maestro fiorentino: «le regole del diritto processuale civile, a guardarle contro luce, non sono nella loro essenza altro che massime di logica e di buon senso e accorgimenti tecnici tradotti in regole obbligatorie»²³: sono – egli scrive nelle lezioni messicane – la «traduzione in formule giuridiche di esperienze attinte dalla ragione comune». S'intravede una spiccata affinità con quanto osservava, solo pochi anni prima, Salvatore Satta, allorché, postosi dolentemente ad indagare il mistero del processo, mostrava che solo ad uno sguardo superficiale il codice di procedura civile può apparire come il più noioso fra i codici, nient'altro che una filza di norme regolamentari²⁴, ma, esaminatolo più a fondo, con «l'occhio dello storico o del filosofo», ci si accorge che le sue regole fissano «una secolare esperienza, tutta l'esperienza di questa povera umanità che ha affidato al giudizio le sue sorti e trema di fronte all'immane potenza di questo giudizio».

Al di là di questo, vogliamo enfatizzare la affermazione di Calamandrei secondo cui la genesi delle regole processuali va reperita nel «senso comune» e la ulteriore – anch'essa determinante – notazione che il «ragionamento» assicurato dalle regole processuali è il frutto di una logica (non formale astratta calcolante, ma) del «senso comune».

Quali sono le implicazioni di questi assunti che costellano le pagine delle lezioni messicane e che ripetutamente (ostinatamente, si direbbe) richiamano il «senso comune», la esperienza pratica e collettiva, la logica del concreto?

La genesi delle regole processuali.

Delle numerose implicazioni, possiamo in questa sede rimarcare solo²⁵ alcune che ci paiono fondamentali. Anzitutto, l'aver additato la origine delle regole processuali in una esperienza collettiva – intrisa di pratica avvedutezza e frutto di stratificazioni lentamente sedimentatesi – è la premessa per ribadire che la loro trascrizione in norme formali poste dall'alto dai governanti avviene in un momento successivo. Oggi l'intuizione di allora di Calamandrei è confermata (ma anche integrata) dai risultati di indagini approfondite, che hanno preso le mosse dalla spiegazione della visione medievale della *iurisdictio* e della procedura imperniata sulla loro natura «originaria» e «extrastatuale».

novembre 2014), p. 315 ss. Rinvio, sul punto, alla mia monografia *Principi e regole in epoca di utilitarismo processuale*, cit., spec. p. 5 ss.

²³ Di «principi di ragione comune» parlava Giuseppe Pisanelli nella sua Relazione ministeriale sul primo libro del progetto di codice di procedura civile (26 novembre 1863), in *Codice di procedura civile del Regno d'Italia 1865*, in *Testi e documenti per la storia del processo*, a cura di A. Giuliani e N. Picardi, Milano, 2004, p. 10.

²⁴ Cfr. S. Satta, *Il mistero del processo*, cit., in Id., *Il mistero del processo*, cit., p. 30.

²⁵ Nel prosieguo della trattazione saranno evidenziati altri aspetti, ad esempio quello legato alla demistificazione del compito della Cassazione di assicurare la esatta osservanza e la uniforme interpretazione della legge: v. *infra* par. 7.

In particolare, la procedura (*l'ordo iudiciarius*, nella terminologia del tempo), reputata espressione di una ragione pratica e sociale, risultava da un lavoro collettivo al quale partecipavano, con le scuole, giudici ed avvocati e si cristallizzava nelle prassi dei tribunali, egualmente frutto di un'opera corale e organizzata in principi di origine retorico-dialettica eticamente orientati e nondimeno vincolanti (*stylus* o *consuetudo curiae* «*pro lege habeatur*»). *L'ordo iudiciarius* si collocava pertanto, se non contro, oltre il potere politico ed i suoi detentori.

Solo con la formazione dello Stato moderno le cose mutano in profondità: l'assorbimento della *iurisdictio* nell'alveo della sovranità statale («*Judiciaria potestas pars summi Imperii*», scrive Pufendorf nel *De iure naturae et gentium* del 1672), mentre comporta che anche «*summi imperii est lites civium cognoscere et decidere*» (nota ancora Pufendorf nel *De officio hominis et civis iuxta legem naturalem* del 1673), giustifica ad un tempo l'intervento del sovrano-legislatore volto a rivendicare a sé il monopolio della normativa processuale. L'*Ordonnance civile* del 1667 (il cosiddetto *Code Louis*) costituisce²⁶ il primo intervento organico in questa direzione²⁷ e può legittimamente additarsi come l'archetipo di una lunga serie di codificazioni dell'Europa continentale sino ai giorni nostri. Occorrerà attendere i codici processuali napoleonici affinché quel che si coglieva *in statu nascenti* nel *Code Louis* si tramutasse nella completa e definitiva consolidazione del monopolio statale della legislazione processuale e (soprattutto) della giurisdizione.

Il discorso condotto da Calamandrei sulle origini delle regole processuali – sorte dal basso, nella fucina della prassi, e poi tradotte in norme di legge – si incastona alla perfezione nel quadro tracciato dalla più recente ed accreditata storiografia del processo. Oggi sappiamo anche dell'altro beninteso: che il passaggio da una idea extrastatale del processo propria dell'*ordo iudiciarius* dell'epoca di mezzo ad una concezione statale e pubblicistica del *processus* impostasi fra il secolo XVII e il secolo XVIII, ha avuto conseguenze dirimpenti²⁸, sui rapporti tra giudice e parti, sulla natura del contraddittorio, ecc. Resta il fatto – brillantemente colto da Calamandrei – che l'ossatura delle codificazioni processuali – e così la epocale dignità e antica razionalità di molte regole del processo – affonda in una secolare esperienza approvata dalla ragione comune.

Certo, Calamandrei sa benissimo che non tutte le regole e forme processuali condividono la medesima origine e che talvolta è richiesta «la meticolosa osservanza di formalità condannate dal buon senso», ma ci insegna a capire che, se pure vi sono qua e là

²⁶ Insieme alla *Ordonnance criminelle* del 1670. V. *retro* in nota.

²⁷ Sul fenomeno storico della codificazione del processo continentale v. N. Picardi, voce *Codice di procedura civile (presupposti storici e logici)*, in *Dig., disc. priv., sez. civ.*, Torino, 1988, p. 459; *Introduzione al Code Louis*, T.I., *Ordonnance civile 1667*, Milano, 1996; *Il bicentenario del c.p.c. in Italia. Origine, evoluzione e crisi del monopolio statale della procedura*, in *Il giusto proc. civ.*, 2008, p. 935 ss., nonché in *Studi in onore di M. Acone*, Napoli, I, 2010, p. 185 ss. Cfr. altresì, se vuoi, A. Panzarola, *Le ricerche sulla giustizia di Nicola Picardi*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2017, p. 1167 ss., p. 1184.

²⁸ Per sintetizzare questa evoluzione è stato elaborato da Alessandro Giuliani e Nicola Picardi un modulo interpretativo della esperienza processuale dei secoli passati basato sulla contrapposizione di un «ordine isonomico» rispetto ad un «ordine asimmetrico». Il passaggio dall'uno all'altro ordine, oltre che rappresentare un evento traumatico – un autentico terremoto, si direbbe – nella storia della procedura continentale, evidenzia un diversissimo modo di concepire il fenomeno processuale. V., per un discorso più articolato, A. Panzarola, *Le ricerche sulla giustizia*, cit., p. 1183 ss.

forme o regole «condannate dal buon senso», questo non è un buon motivo per cancellare tutte quante le regole processuali (come taluno in quest'epoca suggerisce). Tanto più – soggiunge il Maestro fiorentino – che anche quelle formalità che paiono eccessive («condannate dal buon senso», le ha definite) è possibile che svolgano comunque una funzione utile in un contesto nel quale tra magistrati e avvocati (e tra questi ultimi) non c'è alcuna fiducia reciproca.

A quale funzione pensa Calamandrei? Alla funzione assoluta da regole e forme processuali a presidio della libertà, a garanzia del pieno esercizio del diritto al contraddittorio. Il punto è cruciale e va approfondito.

La regola processuale come «forza frenante» di ogni arbitrio.

A cosa serve in fin dei conti la regola processuale? Ecco l'altro poderoso interrogativo al quale Calamandrei, con quella semplicità del discorso che è sintomo di profondità di pensiero, vuole rispondere nelle lezioni messicane. Lo fa facendoci capire che la regola processuale, frutto della esperienza collettiva di secoli, filtrata dalla ragione comune, funziona da «forza frenante». Evocherei liberamente il *katéchon* del passo paolino, per sottolineare che, nel sistema della legalità, la regola processuale agisce secondo il Maestro fiorentino da «forza frenante» contro l'arbitrio e la prepotenza.

Ma l'arbitrio e la prepotenza di chi?

Delle parti ma anche, se non soprattutto, del giudice, osserva Calamandrei. Fra le parti la regola processuale evita che «l'equilibrio del contraddittorio²⁹ sia turbato, secondo i casi, dalla prepotenza del più forte o dalla abilità del più scaltro». Contro il giudice, la regola processuale è «forza frenante» perché assicura che la sua decisione «sia in ogni caso il prodotto, non dell'arbitro, ma della ragione». Il fatto è che l'esperienza collettiva (in cui si sorprende la genesi della regola) ha per tempo avvertito il pericolo che il giudice – «che anch'egli è un uomo» – possa nel condurre il processo e pronunciare la sentenza, anziché conformarsi a ragione equilibrio e ponderatezza, agire arbitrariamente. Da quando – scrive con la sua penna fatata Calamandrei – «il giudice scende di cielo in terra», e si vede da vicino «che anch'egli è un uomo», allora, «se si vuol dar credito alla sua sentenza, si cominciano a cercare nei meccanismi sempre più precisi della procedura le garanzie per assicurare» che si comporti e decida secondo ragione.

Nella eloquente difesa da parte di Calamandrei di forme e regole processuali, quale garanzia di libertà, sembra di risentire almeno in parte le parole di Montesquieu del sesto libro dello *Spirito delle leggi*³⁰. Come Calamandrei nota che «gran parte delle garanzie formali» «nel nostro processo vogliono assicurare il rispetto del principio del contraddittorio e sbarrar la strada agli stratagemmi e ai tranelli dei litiganti di malafede» non meno che all'arbitrio del giudice, così Montesquieu aveva sottolineato lo stretto rapporto che intercorre fra la osservanza rigorosa delle forme processuali e la

²⁹ Si può qui immaginare il trapasso da una concezione soltanto formale (c.d. debole) del contraddittorio ad una concezione sostanziale (c.d. forte) del contraddittorio: v., se vuoi, anche per riferimenti ulteriori, A. Panzarola, Alla ricerca dei *substantialia processus*, cit., p. 692 e note.

³⁰ Montesquieu (Charles Louis de Secondat, baron de La Brède et de Montesquieu), *De l'esprit des lois* (1748), trad. it. *Lo spirito delle leggi*, Torino, 1965 (a cura di Cotta), vol. I, p. 158 (libro VI, cap. II).

assicurazione dei diritti e delle libertà individuali: perché, scriveva il francese, «se si esaminano le formalità della giustizia in relazione alle difficoltà che un cittadino deve superare per farsi restituire i propri beni, o per ottenere soddisfazione di una ingiuria patita, senza dubbio si troverà che sono troppe. Se le si esaminano in relazione alla libertà e alla sicurezza dei cittadini, spesso si troverà che sono troppo poche: e si vedrà che le difficoltà, le spese, le lungaggini, i pericoli stessi della giustizia, sono il prezzo col quale ogni cittadino deve pagare la propria libertà»³¹.

Anche Calamandrei insiste sulla «eccessiva complicazione del procedimento», che gli appare peraltro l'inevitabile riflesso della sfiducia (una sfiducia che fatalmente «rallenta e complica il processo») di una parte nei confronti dell'altra e di entrambe verso il giudice: se tra i soggetti del processo non corre (come non corre ora, inutile dirlo) un sentimento di reciproca fiducia, non resta che confidare nelle prescrizioni formali (nella loro «forza frenante», come l'abbiamo definita). Solo esse sono in grado, da un lato, di arginare «un giudice burbero o insofferente», che – in assenza di quelle prescrizioni – «profitterebbe» dei suoi poteri «per troncane il dibattito alla prima udienza e liberarsi così dalle fastidiose insistenze dei difensori» e, dall'altro, di impedire gli stratagemmi e tranelli dei litiganti di mala fede.

Come per Montesquieu il tecnicismo le regole e le forme processuali sono il «prezzo col quale ogni cittadino deve pagare la propria libertà», anche per Calamandrei la «complicazione del procedimento» va elevata a presupposto indispensabile del medesimo obiettivo. Se ne potrebbe prescindere – lascia intendere il Maestro fiorentino – se cambiasse radicalmente il rapporto degli avvocati tra loro e in particolare tra essi e i magistrati. È sul piano del costume giudiziario³² che Calamandrei vorrebbe volontariamente intervenire, quantunque poi – anche in questo caso – lo spirito di concretezza ed il disincantato rispecchiamento della realtà «così come è» (cifre distintive di tutte le lezioni messicane), lo inducono ad un complessivo scetticismo. Se questi rapporti³³ non migliorano né possono migliorare – seguendo l'esempio anglosassone, magnificamente tratteggiato con pochi schizzi –, ad assicurare libertà e pienezza del contraddittorio restano unicamente (questo par di cogliere in definitiva dalla lettura delle lezioni messicane) regole e forme, vera e perdurante «forza frenante» di ogni arbitrio.

³¹ «Si vous examinez les formalités de la justice par rapport à la peine qu'a un citoyen à se faire rendre son bien, ou à obtenir satisfaction de quelque outrage, vous en trouverez sans doute trop. Si vous les regardez dans le rapport qu'elles ont avec la liberté et la sûreté des citoyens, vous en trouverez souvent trop peu; et vous verrez que les peines, les dépenses, les longueurs, les dangers même de la justice, sont le prix que chaque citoyen donne pour sa liberté». «Pertanto» – aggiunge Montesquieu – «quando qualcuno vuol rendersi più assoluto, come prima cosa pensa a semplificare le leggi. In quello Stato da principio fanno più impressione gli inconvenienti particolari che non la libertà dei sudditi, della quale non ci si cura affatto» (Montesquieu, *Lo spirito delle leggi*, cit., p. 159: «Aussi, lorsqu'un homme se rend plus absolu, songe-t-il d'abord à simplifier les lois. On commence, dans cet État, à être plus frappé des inconvénients particuliers, que de la liberté des sujets dont on ne se soucie point du tout»).

³² Nel processo conta più «della perfezione tecnica delle astratte norme che lo regolano, il costume di coloro che sono chiamati a metterle in pratica». Alla base del «costume giudiziario» ci sono giudici ed avvocati con la loro moralità, con la loro correttezza, con la loro reciproca comprensione. Si tratta di un tema che Calamandrei ha indagato notoriamente per tutto il corso della sua vita.

³³ Giudici ed avvocati somigliano nel processo a «vasi comunicanti»: «cultura e lealtà si mantengono costantemente, per i giudici e per gli avvocati, allo stesso livello»; il fatto è che «i buoni giudici fanno i buoni avvocati e viceversa».

Allo stato non solo il tecnicismo è inevitabile, ma è il necessario fondamento della libertà, come l'avvocato (che di quella tecnica è il ministro³⁴). E Calamandrei – ci piace aggiungere – non ha mai smesso di dirlo e scriverlo. Anche durante il fascismo, quando esortava a riflettere che «il giurista probo deve guardarsi dalla tendenza di spostare la risoluzione dei casi giuridici dal piano del diritto a quello della morale». È facile comprendere che in questo modo egli, mentre rivendicava la necessità di farsi «difensori della forma», voleva evitare che «col dar la prevalenza a considerazioni moralistiche» si distruggessero «le basi stesse della legalità»³⁵. Non si insisterà mai abbastanza sulla importanza di questa difesa del tecnicismo, delle forme e delle regole processuali (in una parola, della legalità) in un'epoca storica nella quale, per far penetrare le ragioni sociali e le istanze politiche nel «recinto» del processo, non si esitava nella Germania nazionalsocialista³⁶ ad anteporre – alle regole puntuali – le clausole generali e i concetti indeterminati quali strumenti specifici «*eines neuen rechtswissenschaftlichen Denktypus*»³⁷, nella sciagurata prospettiva di un «diritto libero» e di una giustizia del «caso singolo»³⁸ ispirati al giudice dalla «luce spettrale»³⁹ del *Führerprinzip*.

In quegli anni bui di crepuscolo dei codici, ad esempio, la clausola generale dell'interesse ad agire è servita in Germania per comprimere arbitrariamente la garanzia della tutela giurisdizionale, la prevedibilità delle norme e la sicurezza delle garanzie.

³⁴ Probabilmente nessuno ha tessuto un elogio altrettanto penetrante del ruolo dell'avvocato quale garante di libertà: «gli avvocati nel processo rappresentano la libertà»; essi «sono il simbolo vivente di quello che forse è il principio vitale delle democrazie moderne: che per arrivare alla giustizia bisogna passare attraverso la libertà; che la libertà è lo strumento indispensabile per conquistare una maggiore giustizia». In effetti «nei regimi di oppressione e di viltà, l'ultimo rifugio della libertà è la toga». In definitiva, alla fine della avvocatura segue la fine della giustizia. Gli esempi della Prussia e della Russia di Lenin sono illuminanti. Sulla sostituzione (sia pure per poco tempo) degli avvocati con i «consigli di assistenza» in Prussia v., in ultimo, C. Grahl, *Die Abschaffung der Advokatur unter Friedrich dem Großen Prozeßbetrieb und Parteibeistand im preußischen Zivilgerichtsverfahren bis zum Ende des 18. Jahrhunderts unter besonderer Berücksichtigung der Materialien zum Corpus Juris Fridericianum von 1781*, Göttingen, 1994. Per la Russia cfr. V. Sebestyen, *Lenin. La vita e la rivoluzione* (2017), Milano, 2017, 65-66: Lenin, che pure aveva intrapreso per un breve periodo la carriera legale (diventando avvocato dopo avere concluso un corso quadriennale in giurisprudenza in dodici mesi da studente esterno, non potendo frequentare la università), odiava gli avvocati. Pare che dicesse ad un compagno in attesa di processo: «occorre trattare l'avvocato con il pugno di ferro e tenerlo in stato d'assedio, perché questa feccia intellettuale spesso gioca sporco». Terribili propositi che trovarono purtroppo risoluta attuazione pratica una volta che i bolscevichi presero il potere. Sui processi spettacolo moscoviti durante il regime staliniano e i loro riflessi letterari v., se vuoi, A. Panzarola, «Un processo che non c'è»: Buio a mezzogiorno di Arthur Koestler, in *Giusto proc. civ.*, 2022, p. 903 ss.

³⁵ P. Calamandrei, *Un caso tipico di malafede processuale* (1941), ora in *Opere giuridiche*, I, cit., p. 477 ss., p. 479.

³⁶ Come pure nella Russia comunista. Con ragione P. Rescigno (-G. Resta, A. Zoppini, *Diritto privato. Una conversazione*, Bologna, 2017, p. 153) osserva che in svariati scritti Calamandrei «aveva sottolineato come il tratto comune al diritto nato dalla rivoluzione sovietica e dall'eversione nazista fosse rappresentato dalle teorie del diritto libero». In effetti, a mio parere si può parlare di una perversione dei risultati ai quali era pervenuta, fra la fine dell'Ottocento e il primo Novecento, la *Freirechtsbewegung* (sulla quale si veda la magistrale indagine di L. Lombardi, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, ristampa inalterata, Milano, 1975, p. 201 ss.).

³⁷ Cfr. B. Mertens, *Rechtsetzung im Nationalsozialismus*, Tübingen, 2009, spec. p. 98 ss.

³⁸ P. Calamandrei, *Il nuovo processo civile e la scienza giuridica*, in *Opere giuridiche*, I, cit., p. 456 ss., p. 467 (in rapporto alla Russia comunista). V. anche P. Calamandrei, *Fede nel diritto*, a cura di S. Calamandrei, Roma-Bari, 2008 (con saggi di G. Alpa, P. Rescigno e G. Zagrebelsky).

³⁹ L'espressione è di M. Cappelletti, *Presentazione* a P. Calamandrei, *Opere giuridiche*, II, Napoli, 1066, p. XI.

Contro questa deriva è rimarchevole il discorso di Calamandrei⁴⁰ a favore della salvaguardia della «esigenza puramente giuridica della validità formale ed autonoma degli atti processuali» e a vantaggio delle regole, quali baluardi della certezza del diritto. La stessa difesa del tecnicismo processuale serve a sfuggire alle pericolosissime seduzioni (fortissime in quegli anni tremendi) esercitate dalla concezione (diffusa in vario modo in terra tedesca) del processo come «istituzione» («*Zivilprozess als Institution*»): una dottrina organica, anzi la quintessenza dell'organicismo, che facilmente può condurre, da un verso, a ipotizzare un substrato prenormativo del processo, nel quale sono commisti interesse individuale e interessi sociali, e, dall'altro verso, a predicare la prevalenza di questi interessi su quello individuale (della persona umana e della sua libertà⁴¹) in omaggio ad una idea presupposta di *ordo rerum* e magari ad una (altrettanto vaga che inarticolata) concezione comunitaria della esperienza umana. Se concezioni come queste non si sono diffuse in Italia al tempo è certo merito anche della resistenza di Calamandrei e suscita piuttosto stupore che siano oggi riproposte⁴² quantunque in un contesto mutato. La accentuazione in Calamandrei del carattere tecnico del processo civile (che potrebbe essere tale per James Goldschmidt solo in uno Stato liberale) registra la aspirazione per una forma di difesa dell'individuo e del giudizio e della loro autonomia dinanzi alla prepotente invadenza statale e al marcato autoritarismo volti a soggiogare così il processo come la giurisdizione. Il “tecnicismo” si erge allora a baluardo della libertà nel e per il

⁴⁰ Un discorso che si articola in svariati contributi fra il 1938 e il 1943. Si ricordino, fra gli altri, lo scritto del 1938 *Abolizione del processo civile?*, ora in *Opere*, I, cit., p. 386 ss., quello del 1942 su *La certezza del diritto e la responsabilità della dottrina*, *ivi*, p. 504 ss., l'altro (citato) del 1941 dal titolo *Il nuovo processo civile e la scienza giuridica*, *ivi*, p. 456 ss.

⁴¹ Nel discorso al Teatro lirico di Milano del 28 febbraio 1954 (in *Uomini e città della resistenza*, cit., p. 10), Calamandrei (prefatore qualche anno prima dell'opera «*Dei delitti e delle pene*») aveva citato Beccaria: «non vi è libertà ogni qual volta le leggi permettono che, in alcuni eventi, l'uomo cessi di essere persona e diventi cosa». Nella medesima pagina, poco oltre, Calamandrei definisce il «ventennio fascista» «un ventennio di sconcio illegalismo». Questo giudizio è apparso in contrasto con il contributo del Maestro fiorentino alla elaborazione del c.p.c. e alla redazione della Relazione al re: E. Galli della Loggia, *Credere, tradire, vivere. Un viaggio negli anni della Repubblica*, Bologna, 2016, p. 63 e nota 47. Al di là dell'opinabile valutazione, Galli della Loggia ha il merito di avere tenuto conto delle ricerche fondamentali sul punto del compianto F. Cipriani, *Piero Calamandrei e la procedura civile. Miti, leggende, interpretazioni e documenti*, Napoli, 2007. Cosa che non ha invece fatto S. Luzzatto, nella sua *Introduzione a Uomini e città della resistenza*, cit., XLII e LXIX (e nota 121), per quanto segnali il ruolo di Calamandrei nella riforma del codice di rito e sottolinei l'aiuto prestato al guardasigilli Dino Grandi. A questo proposito Luzzatto indica alcuni passaggi del «Diario» corrispondenti alle date del 22 dicembre 1939, 21 febbraio 1940 (ma ci pare invece che la data corretta sia il 2 marzo 1940) e 14 marzo 1940: cfr. P. Calamandrei, *Diario*, vol I, 1939-1941, nuova ed., Roma, 2015, con introduzione di M. Isnenghi, pp. 135-138, 157-159, 160 ss.

⁴² Vogliamo dire della riproposizione della interpretazione ideologicamente orientata dell'interesse ad agire dovuta ad Adolf Schönke, un giurista saldamente organico al regime nazionalsocialista. D'altronde, non si può neanche dimenticare che si deve proprio a Schönke l'idea del processo come “istituzione”. Cfr., se vuoi, A. Panzarola, *Presupposti e conseguenze della creazione giurisprudenziale del c.d. abuso del processo*, in *Dir. proc. amm.*, 2016, p. 23 ss., spec. p. 39.

processo⁴³. Davvero «la storia della libertà» – per dirla con Felix Frankfurter⁴⁴ – «è stata in gran parte la storia del rispetto delle garanzie procedurali».

La «tecnica del ben ragionare in giudizio» e il rifiuto della logica formale.

Leggendo le lezioni messicane si ricava l'idea che regole del diritto processuale e forme del procedimento civile sono tanto rilevanti quanto lo possono essere gli elementi costitutivi di un «metodo di ragionamento»: e tale è, come detto, ad avviso di Calamandrei, il diritto processuale, una «tecnica del ben ragionare in giudizio».

Nel discorso del Maestro fiorentino è implicito, ma non per questo meno chiaro, che quel «metodo», se non altro per essere utile, deve aderire alle peculiarità del ragionamento, rispecchiarne le note essenziali e rivelarne le proprietà determinanti. Se queste note e proprietà variano, mutano corrispondentemente il «metodo» e la «tecnica» che rendono possibile il ragionamento. Il diritto processuale – ecco la deduzione inevitabile – riflette la logica con la quale il ragionamento si organizza e dipana. Già Leibniz, pur equiparando la procedura ad una «collezione di formalità», precisava che «ogni forma della procedura giudiziaria non è altro che una specie di logica, applicata alle questioni di diritto».

Ebbene, la logica alla quale pensa il Calamandrei delle lezioni messicane è una logica umana, del «senso comune» per l'appunto. Non si esagera evidenziando che le pagine delle lezioni possono leggersi come l'ostentato rifiuto dell'arroganza totalitaria della logica formale, come scepsi rivolta contro le pretese assolutistiche di quel *logos* astratto e calcolante che pure aveva rappresentato la base di gran parte della anteriore prestazione teorica di Calamandrei negli studi del processo civile.

Se le forme processuali altro non sono (per tornare ad una osservazione di Leibniz) che «una specie di logica applicata», non può sorprendere che dal rifiuto da parte di Calamandrei di una razionalità formale e calcolante (modellata sul sapere matematico) e dall'accoglimento di un orientamento problematico e di una logica argomentativa, sgorghino molteplici effetti (che le pagine messicane ci consegnano in forma ora più ora meno distesa). Calamandrei pone in discussione in particolare l'approccio stesso per investigare la fenomenologia del processo, imperniato su un elevato grado di astrazione, contraddistinto da uno spiccato concettualismo e ordinato intorno a principi formali e assoluti che strutturano un «sistema»⁴⁵ del diritto processuale civile tanto raffinato

⁴³ Si potrebbe aggiungere l'insegnamento di E.T. Liebman e la sua influenza sulla Scuola processuale di San Paolo, che sfociò nella affermazione di Buzaid (nell'esposizione dei motivi del codice di procedura civile brasiliano del 1973): «un codice processuale è un istituzione eminentemente tecnica. E la tecnica non è appannaggio di un popolo, bensì conquista di valore universale». Abbiamo tratto la citazione da N. Picardi, *Le riforme processuali e sociali di Franz Klein*, in *Giusto proc. civ.*, 2011, p. 1067 ss., spec. p. 1076.

⁴⁴ In *Mc Nabb v. United States*, 318 U.S. 332 (1943). La rimarchevole propensione alla tutela delle garanzie processuali è riflessa in moltissimi episodi della vita di Frankfurter (e non soltanto nel celebre caso di Sacco e Vanzetti: cfr. N. Feldman, *Scorpions. The Battle and Triumphs of FDR's Great Supreme Court Justices*, New York-Boston, 2010, p. 3 ss.), ancor prima della sua nomina (da parte di F.D. Roosevelt) a giudice della Corte Suprema nel 1939.

⁴⁵ Sistema che presuppone il «ripensamento di tutta la materia sotto alcuni principi sommi»: principi «capaci di abbracciare in una organica unità tutti gli istituti del diritto positivo e di dare a ciascuno la collocazione meglio rispondente alla sua funzione».

quanto rarefatto. Ad una logica del necessario e dell'assoluto legata alla dimostrazione di principi evidenti, le lezioni messicane oppongono una logica che non aspira a cogliere verità oggettive e precostituite, ma si accontenta di tendere a verità probabili, oggetto di continua discussione. Non vi è più spazio per costruzioni astratte o assiomi o verità evidenti e metastoriche, ma c'è invece il franco ricorso ad una «logica del senso comune» destinata a facilitare l'interpretazione basata sulla ragionevolezza, se non addirittura sul sentimento⁴⁶. È un vero e proprio ripensamento esistenziale, dettato dal fallimento pratico di quel metodo astratto e dalla presa d'atto che l'aver innalzato «costruzioni monumentali di concetti, maestose come cattedrali gotiche», non ha portato alla giustizia attraverso la libertà⁴⁷.

Gli istituti esaminati nelle lezioni messicane mostrano così un carattere relativo, mutevolezza nel tempo e variazioni nello spazio, che a loro volta sono il fomite per squarci storici e rapsodiche notazioni di diritto comparato che concorrono a profilare, al posto del tradizionale monismo metodologico, un vivace sincretismo dei metodi. Nello studio dell'attività del giudice ai profili burocratici (*homo burocraticus*) sono preferiti le tecniche di ragionamento e gli strumenti della decisione (*decision making*)⁴⁸. Alla critica del nostro modello della camera di consiglio si giustappone l'interesse per l'opinione dissenziente e per il sistema (seguito pure in Messico, dove era ospite) della deliberazione pubblica della sentenza e comunque l'attenzione per la collegialità⁴⁹ che si intreccia con il tema della pubblicità, vale a dire – scrive Calamandrei facendoci tristemente pensare alla condizione presente del nostro giudizio di cassazione dopo la legge n. 197 del 2016 (ultimamente confermata, e perfino estesa, dalla riforma del processo civile attuata con il d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 149: v. art. 375 c.p.c., nonché, in termini generali, artt. 127-*bis* e 127-*ter* c.p.c.) – alla «garanzia fondamentale del processo nella fase dell'udienza». Non sono comunque questioni – lasciano intendere le lezioni messicane – che si possono affrontare soltanto sul filo della logica. Concorrono a definirle altri dati, che introducono il rilievo essenziale delle concrete e specifiche forme di vita che condizionano la struttura del processo con le regole che ne informano la trama. Che è poi anche un incessante stimolo

⁴⁶ Sul sentimento del giudice nel momento del giudizio v. *infra*.

⁴⁷ Il senso di scontentezza e quasi di angoscia che emerge dalle lezioni è lo stesso che si coglie nelle considerazioni del 1950 di *Processo e giustizia*, in *Opere giuridiche*, I, cit. p. 563 ss. (si tratta del discorso inaugurale al Congresso internazionale di diritto processuale civile tenuto a Firenze il 30 settembre 1950): «queste nostre costruzioni teoriche – si chiede Calamandrei – giovano veramente alla giustizia?»; noi ci impegnammo non per «servire al gusto architettonico delle astratte costruzioni sistematiche, ma per servire in concreto alla giustizia: per servire agli uomini che hanno sete di giustizia».

⁴⁸ Da qui nasce l'interesse di Calamandrei – testimoniato dalle lezioni in esame – per il modo in cui in altri ordinamenti (inglese, statunitense, messicano) affrontano temi quali la opinione dissenziente (accolta negli Stati Uniti, dove pure resta ferma la segretezza della camera di consiglio), la deliberazione pubblica della sentenza (come in Messico, dove si mette in gioco la responsabilità dei giudici di fronte ai giudicabili e all'opinione pubblica) ed i rapporti fra giudici ed avvocati (che nel sistema inglese sono agevolati dalla comune origine del «*bar and bench*»).

⁴⁹ La riflessione sulle due facce (una positiva, l'altra negativa) della collegialità paiono acutissime: capita che, in presenza di un collegio, «i giudici si facciano coraggio a vicenda» (il che è importante soprattutto nelle controversie politicamente difficili, quale salvaguardia della indipendenza di giudizio dei magistrati). Al contempo, però, la collegialità può anche «somiglia[re] molto alla complicità» (ad «un calmante per far tacere i rimorsi» della coscienza e «per consolarsi di aver commesso un'ingiustizia, colla scusa che a commetterla non è stato solo»).

a passare dalla microstruttura del processo alla macrostruttura sociale⁵⁰ che lo presuppone. L'emancipazione della prima dalla seconda non sempre è possibile e non lo è in particolar modo nel campo del giudizio, per le sinuosità che condensa, come pure per gli addentellati che esibisce, a tradizione e cultura, carattere ed esperienza, logica e scienza, insomma a formanti collettivi e propensioni individuali, ecc.

Quasi che volesse reagire a quella che Hanna Arendt definì l'offensiva burocratica della modernità⁵¹, Calamandrei si scaglia contro il giudice burocrate e denuncia il pericolo della indifferenza burocratica del giudicare, favorita da quel segreto della camera di consiglio che conduce a ciò «che la sentenza è volontà *impersonale* dell'organo, non delle persone che lo compongono». Nel lodare meccanismi che valorizzino la responsabilità morale del giudice (dal sistema di reclutamento all'inglese alla deliberazione pubblica, ecc.), Calamandrei mette in guardia dal «conformismo, figlio bastardo generato dal connubio del timore colla speranza», ad iniziare dal «conformismo politico» sino ad arrivare al conformismo⁵² «di casta»⁵³. Sembra proprio che abbia in mente un giudice non burocrate ma professionale, non autoritario ma autorevole, garante della procedura e in una posizione di parità (e non di supremazia) rispetto alle parti.

Il fatto è che Calamandrei sembra talora preferire – alla «scienza» del diritto processuale continentale – la processualistica anglo-americana (contrassegnata da spiccato pragmatismo) e il modello di giustizia che vi si rintraccia: in Inghilterra la origine comune (e solidale) del «*bar and bench*»⁵⁴ plasma lo speciale rapporto fra *barristers* e giudici, le attitudini di questi verso quelli e, prima ancora, i comportamenti dei primi nei confronti dei secondi. Nelle pagine delle lezioni messicane Calamandrei si colloca in questa prospettiva «esistenziale» che implica uno spesso intrico fra prassi e legge, vita vissuta e criterio normativo. L'indagine procede per scorci, allusioni, sottintesi, racconti di esperienze personali, ecc. che s'intersecano e sovrappongono in molte direzioni. Seguire sino in fondo anche uno dei percorsi segnati e rischiarati sarebbe impossibile.

Per la sua obiettiva importanza occorre soffermarsi su quella che Calamandrei denomina la «dialetticità» del processo. Il tessuto connettivo del processo è additato dal Maestro fiorentino nel contraddittorio (nella «dialetticità»). Nel contraddittorio giudiziario – egli scrive nella sesta lezione – si attua, «attraverso il contrasto dialettico fra

⁵⁰ Significativo è in questa luce (da cui emerge la critica globale del c.d. segreto della camera di consiglio) l'accostamento fra le votazioni (parlamentare e giudiziaria) e tra voto palese e occulto. Con impareggiabile sagacia, Calamandrei sottolinea che «è la forma della votazione che crea la sostanza del voto!». E poiché – nota con realismo – «deputati e giudici sono fatti della stessa pasta umana», può darsi che ciò che vale per quelli (circa le ripercussioni di un voto palese o invece segreto) possa essere vero anche per i componenti di un collegio giudicante.

⁵¹ H. Arendt, *On Revolution*, New York, 1965, p. 196.

⁵² Bisogna combattere – osserva perentoriamente Calamandrei – la «pigrizia mentale e il conformismo» del giudice.

⁵³ Dinanzi al «formarsi sotterraneo di tendenze politiche o confessionali in contrasto» nell'ambito della magistratura, la posizione del singolo giudice diventa complessa. Calamandrei sottolinea «che i magistrati in attesa di promozione cercheranno sempre, per non guastarsi la carriera, di conformarsi alle tendenze che avranno prevalso».

⁵⁴ Calamandrei giudica «ottimo il sistema di scelta dei giudici che è seguito in Inghilterra», dove avvocati e giudici sono uniti da «una medesima colleganza»: «il barrister si fida dei giudici, perché ieri furono avvocati come lui; il magistrato si fida del barrister, perché sa che domani salirà anche lui, dalla sbarra del difensore, al banco del giudice».

tre persone, cioè fra tre volontà consapevoli e responsabili», «la dinamica del processo»⁵⁵. Il richiamo alle «tre persone» e alle «tre volontà» sembra sottintendere l'idea che la trama di relazioni imposta dal contraddittorio (quale principale estrinsecazione del diritto di difesa e nodo centrale del giusto processo) tocchi non solo le parti ma anche il giudice. Pare che con queste parole sia presagita da Calamandrei la successiva evoluzione teorica e legislativa che spinge attualmente ad estendere il contraddittorio pure nei confronti del giudice, che deve – non solo farlo rispettare alle parti tra loro, ma – rispettarlo egli stesso, poiché «nel processo il giudice non è mai solo; il processo non è un monologo è un dialogo»⁵⁶.

Si anticipa così il trapasso da una concezione solo formale del contraddittorio ad una sostanziale, che tocca e condiziona l'attività del giudice, affinché, aprendosi alle parti, non si risolva in un «monologo». Può reputarsi «giusto» un processo fondato su un contraddittorio concepito in senso non solo formale ma sostanziale⁵⁷: come non lo sarebbe un processo nel quale non sussistano «condizioni di parità» fra i mezzi di difesa messi a disposizione di ciascuna parte (giacché la sproporzione contrasta con la giustizia del processo), così non potrebbe ritenersi giusto un processo nel quale il giudice fondi in maniera solipsistica la decisione su questioni sollevate d'ufficio, senza averle preventivamente sottoposte al vaglio critico del contraddittorio.

La demistificazione della c.d. nomofilachia.

Il rifiuto del logicismo astratto produce un altro effetto che non si può tacere. Le tesi enunciate dal giovane Calamandrei nei due memorabili tomi sulla «Cassazione civile» paiono agli antipodi delle posizioni espresse nelle lezioni messicane su un punto effettivamente cruciale, quello della c.d. «nomofilachia». Come noto, la locuzione “nomofilachia”⁵⁸, resa celebre proprio dall'opera di Calamandrei (che, a quanto pare, la

⁵⁵ Tendiamo a credere che sia questa la autentica convinzione del Maestro fiorentino. In altri luoghi delle lezioni messicane, peraltro, la conclusione cui siamo pervenuti sembra essere posta in discussione. Ci riferiamo alla affermazione secondo cui il contraddittorio è posto nell'«interesse del giudice»: il principio del contraddittorio – scrive Calamandrei, proseguendo nel parallelismo fra processo di parti a tipo dispositivo e democrazia parlamentare, – «somiglia come due gocce di acqua al principio dell'opposizione parlamentare» ed è posto «nell'interesse della giustizia e del giudice, che proprio nella contrapposizione dialettica delle opposte difese, trova senza fatica il miglior mezzo» per scoprire la verità. La contraddizione scompare, in ogni caso, se si valorizza il riferimento all'«interesse della giustizia» che, per essere tale, deve imporsi anche al giudice, imponendogli (oltre di far osservare alle parti) di osservare egli stesso il principio del contraddittorio (in senso forte o sostanziale).

⁵⁶ Si può cogliere una prefigurazione di quello che oggi denominiamo il contraddittorio in senso forte.

⁵⁷ La nozione sostanziale di contraddittorio (il contraddittorio in senso forte) possiede una funzione compensativa delle ineguaglianze che, per la natura delle cose, esistono fra le parti, soprattutto fra ricchi e poveri. Si tratta di una preoccupazione presente in varie parti delle lezioni messicane, come quando Calamandrei allude criticamente alla «non rimediata sperequazione fra parte ricca e povera» all'interno del processo. Egli sente che, per garantire reciprocità ed uguaglianza, il processo deve essere fondato su relazioni paritetiche (su quello che è stato denominato da Giuliani e Picardi l'«ordine isonomico»: v. *retro* in nota) e tali sono soltanto quelle relazioni imperniate su di una effettiva parità pratica, che vuol dire tanto parità tecnica quanto parità economica.

⁵⁸ Nell'antica Grecia il *nomofilace* era il magistrato che custodiva il testo delle regole giuridiche. La locuzione è stata impiegata da Calamandrei – in relazione alla Corte di cassazione – in due sensi: da un verso, per alludere al controllo da questa esercitato nei confronti dei giudici di merito, affinché essi decidano le

coniò)⁵⁹, è stata riferita alla Corte di cassazione per evidenziarne il compito (ritenuto determinante dal Maestro fiorentino) di uniformazione – all’interno dello Stato – delle interpretazioni giurisprudenziali. Ancora molti anni dopo, nell’ambito della Assemblea costituente, Calamandrei cercò (sia pure senza successo) di costituzionalizzare la nomofilachia. Egli, con l’art. 12 del suo progetto (che alla fine rinunciò a difendere), mentre sosteneva la giurisdizione unica⁶⁰, voleva inserire in Costituzione la previsione secondo la quale «al vertice dell’ordinamento giudiziario, unica per tutto lo Stato, siede» «la Corte di cassazione istituita per mantenere la unità del diritto nazionale attraverso la uniformità della interpretazione giurisprudenziale e per regolare le competenze fra i giudici».

Ora lo sfondo della riflessione calamandreiana è differente. Si direbbe che, tra il bianco e il nero, nelle lezioni messicane prevalgono le tonalità del grigio e che, al posto del fascino semplice dei contrasti, stanno le sfumature. È all’opera una *specifica* mentalità, volta a perlustrare concretamente la *praxis* giudiziaria e in grado di impiegare, nei propri procedimenti dimostrativi, una logica *specificamente* giuridica, nella quale vigoreggia – anziché l’illusoria alterigia matematizzante del concetto puro (stipulativamente preconfezionato) – la valorizzazione delle forze concrete («sentimento»⁶¹ e «senso giuridico»⁶² compresi) immerse nella sfrangiata realtà della vita. Il cambiamento è così

controversie osservando la legge; dall’altro verso per denotare la funzione di assicurare che sia mantenuta – all’interno dello Stato – la uniformità delle interpretazioni giurisdizionali. Quest’ultimo significato è quello attualmente assegnato al termine.

⁵⁹ F. Cipriani, *La scomparsa di Carlo Lessona e la Cassazione di Piero Calamandrei*, in *Giusto proc. civ.*, 2008, p. 34.

⁶⁰ Il testo del progetto sul potere giudiziario presentato da Calamandrei per il Partito d’Azione durante i lavori della Commissione dei 75 può leggersi in *Opere giuridiche*, a cura di M. Cappelletti, III, Napoli, 1968, p. 215 ss. (per ulteriori riferimenti sulla posizione di Calamandrei in argomento v., se vuoi, il mio contributo *Il controllo della Corte di cassazione sui limiti della giurisdizione del giudice amministrativo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2018, p. 587 ss., spec. p. 601 ss.). Rimarchevole è l’art. 12. 1° co., del progetto, che introduceva la giurisdizione unica attribuendola ai giudici ordinari. Si ricordi anche l’art. 13 del progetto, il quale prevedeva la soppressione delle funzioni giurisdizionali delle Giunte provinciali amministrative e del Consiglio di Stato e la istituzione di sezioni specializzate dei giudici ordinari, competenti a decidere «tutte le controversie tra i cittadini e la pubblica amministrazione». La posizione di Calamandrei è ricordata nella fondamentale sentenza della Corte cost., 6 luglio 2004, n. 204: vedila in A. Panzarola, *Riparto di giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo nella giurisprudenza*, in AA.VV., *La giurisdizione nella esperienza giurisprudenziale contemporanea*, a cura di R. Martino, Milano, 2008, p. 123.

⁶¹ Calamandrei auspica che vi sia «coincidenza tra l’intuizione che detta e la ragione che controlla». Questa intuizione (che può essere anche fantasia) si colora poi, per il Maestro fiorentino, di connotazioni sociali. Il giudice deve essere animato dal «sentimento sociale», che deve essere vivo nella sua coscienza. Dinanzi alla legge, il giudice deve «risalire alle ragioni storiche, che poi vuol dire politiche e sociali, da cui la legge è nata». Ne deriva che la «funzione normale della motivazione» finisce per essere «quella di dare un sostegno razionale al sentimento sociale di giustizia». Visto che il giudice è «uomo vivo» (e, in quanto tale, «prima di applicare la legge, la giudica»), può capitare che si verifichino «quelle situazioni patologiche di dissonanza e di sordo contrasto tra il giudice e la legge»: nel qual caso la motivazione può diventare «uno schermo di ipocrisia» e nascondere i veri motivi della decisione o «una forma di larvata protesta» (il che avviene quando il giudice, pur decidendo formalmente come la legge gli impone, «si industria di rivelare per trasparenza» «le ragioni che gliela fanno sentire ingiusta»).

⁶² Al sentimento del giudice (quell’intuizione e, si direbbe, fantasia che gli rivela «la tesi da sostenere», poi suffragata dal discorso razionale della motivazione) corrisponde il «senso giuridico» dell’avvocato («lenta conquista di decenni di esperienza forense»). Sulle orme di Vittorio Scialoja, Calamandrei qualifica «giurista» «colui che sa come si fa a studiare un caso giuridico», «che conosce il metodo»; «ma soprattutto è colui che *sente* come un caso deve essere risolto».

forte che si può parlare di capovolgimento. Con ammirevole onestà intellettuale Calamandrei riconosce la insufficienza della sua originaria concezione puramente intellettualistica e sillogistica del giudicare⁶³ e respinge come illusorie tutte le «simmetrie concettuali» e le ardite costruzioni dogmatiche di taglio esclusivamente logico nelle quali aveva pure profuso i suoi talenti esistenziali.

Posto dinanzi al terribile problema di una intera vita, il problema della uniformità delle interpretazioni giurisprudenziali e così della certezza del diritto, il Calamandrei delle “lezioni messicane” – che non cessa inquieto di chiedersi se il processo serva veramente alla giustizia o, meglio, a garantire la giustizia attraverso la libertà – lo affronta con quel singolare impasto di personalismo e senso umano del diritto che contraddistingue il «decennio supremo» della sua esistenza. Capita che due sentenze di diversi collegi della stessa Corte lo stesso giorno sullo stesso oggetto adottino soluzioni opposte? Nessuno dei due collegi – conclude Calamandrei – ha errato pur decidendo in modo opposto controversie identiche: «non è il giudice che ha sbagliato la sentenza, è il litigante che ha sbagliato la porta!»⁶⁴ Non c'è più spazio per astrattismo e dogmatismo, ma, al loro posto, sta una umanissima direzione intenzionale del pensiero intrecciata con l'attività pratica e a spiccato rilievo esistenziale: «ogni interpretazione» del diritto – scrive adesso il Maestro fiorentino – è «una ricreazione» e «in ogni interpretazione la ispirazione individuale è decisiva». Finiscono per apparirgli una rappresentazione incompiuta e unilaterale le rarefatte e severe architetture pazientemente costruite nella giovinezza, la quiete ferrigna di modelli di magistratura suprema che denunciavano una volontà esplicita e una pretesa classificatoria frutto soltanto della logica astratta.

Il principio dispositivo «preso sul serio».

Quanto scrive il Calamandrei delle lezioni messicane – nel «decennio supremo» della sua esistenza – dovrebbe farci riflettere: è «nel processo la espressione più importante del rispetto della persona».

Come può dirlo? Perché lo scrive?

Calamandrei si riferisce al processo di parti a «tipo dispositivo» contrassegnato dalla dialetticità e affidato ad un giudice imparziale⁶⁵ ed indipendente. Determinante è il

⁶³ Si pensi allo studio molto noto del venticinquenne Calamandrei del 1914 sulla *Genesi logica della sentenza civile*, ora in *Opere giuridiche*, I, cit., p. 11 ss. o all'altro saggio del 1917 sui *Limiti fra giurisdizione e amministrazione nella sentenza civile*, *ivi*, p. 65 ss. Una accentuazione del ruolo dell'elemento volitivo insito nel giudizio si coglie nel contributo del 1924 su *La sentenza soggettivamente complessa*, *ivi*, p. 106 ss. In argomento v. C. Nitsch, *Il giudice e la legge. Consolidamento e crisi di un paradigma nella cultura giuridica italiana del primo Novecento*, Milano, 2012, p. 52 ss., p. 75 ss. Già S. Satta (*Il mistero del processo*, cit.), aveva rimarcato la «falsità del sillogismo giudiziario».

⁶⁴ «Nessuno dei due» giudici ha errato: «perché, se la legge era identica per entrambi, se i fatti erano identici, diverso era il sentimento individuale del giudicante attraverso il quale quella legge e quei fatti si sono incontrati».

⁶⁵ Cardine essenziale del processo nel sistema della legalità, accompagnato dalle garanzie millenarie o secolari che fanno un processo quel che è e deve essere, in contrapposizione al processo politico, nel quale il giudice diventa parte, battendosi per una causa, ispirandosi al suo «sentimento (o risentimento) di uomo». Certo, nel sistema della legalità, «la imparzialità del giudice può apparire nient'altro che uno strumento inesorabile della parzialità della legge». Ma la democrazia liberale ha in sé gli strumenti per ovviare a questo

valore assegnato dal Maestro fiorentino alla «forza motrice del processo» e cioè alla responsabilità della parte sottesa al c.d. principio dispositivo («quel principio di iniziativa e di responsabilità che va sotto il nome di principio dispositivo»). Un principio che Calamandrei prendeva così sul serio da elevarlo a condizione «del rispetto della persona» nel processo. Oggi che nella trama processuale si introducono principi nuovi di carattere utilitaristico e su antichi e venerabili principi si addensano critiche e perplessità, se non proprio la polvere corrosiva del tempo, la voce di Calamandrei merita di essere ascoltata di nuovo, perché essa ci permette di considerare, con maggiore consapevolezza, le teorie in competizione per affievolire il principio dispositivo, mettendone esplicitamente in evidenza le assunzioni soggiacenti e disvelando apertamente gli interessi in gioco.

Si ripropone, in un contesto e con una intensità del tutto nuovi, la questione generale della organizzazione dei giudizi e il problema «eterno» della distribuzione dei poteri fra le parti e il giudice. Per quanto tradizionale, anche questo problema sta però oggi presentandosi in modo peculiare, soprattutto nel delicato ambito della invalidità del contratto in rapporto alle iniziative giudiziali officiose. Sembra davvero che, nel tempo presente, la giurisprudenza abbia perduto il senso e il concetto specifico del principio dispositivo⁶⁶, di quel nesso, per intenderci, tra domanda e giudicato che appartiene al nucleo forte del giusto processo. Ad esempio, la estensione del c.d. giudicato implicito⁶⁷ anche al merito della tutela giurisdizionale civile costituisce un autentico «sfondamento» della misura della domanda ed «oltrepassamento» della dimensione soggettiva del processo di parti. Da altro punto di vista, quegli indeclinabili attributi della funzione giurisdizionale individuati da Calamandrei sono, non diciamo violati, ma almeno allentati se si consente al giudice di rilevare *motu proprio* un titolo costitutivo concorrente⁶⁸ solo perché la sua iniziativa resta confinata nel *petitum* profilato dalla parte, quando – a monte – è proprio la fissazione degli estremi di tale *petitum* ad essere (come dimostra il caso della domanda di accertamento della nullità del contratto) più che mai controversa.

Calamandrei difende il principio dispositivo: meglio, il processo di parti a tipo dispositivo. È questo principio – anche questo principio – che, se «preso sul serio», rende il processo «giusto». Se il principio dispositivo, pur declamato a parole sia trascurato nei fatti, non c'è più un «vero» processo e al suo posto sta (se non il processo «totalitario») una caricatura di processo. Senza la responsabilità delle parti racchiusa nel principio dispositivo – ci assicura la lezione di Calamandrei – è in agguato il paternalismo giudiziario, o peggio.

rischio. Replicando alla obiezione di Lasky – secondo il quale la giustizia borghese è nient'altro che una giustizia di classe – Calamandrei osserva che, nei regimi democratici, il «meccanismo costituzionale è congegnato in modo da permettere un continuo rinnovamento della classe politica al potere e quindi degli interessi che essa traduce in legge».

⁶⁶ V., se vuoi, quanto ai temi di seguito indicati nel testo, A. Panzarola, *Il principio dispositivo preso sul serio (a proposito di un recente volume)*, in *Giust. civ.*, 2017, p. 701 ss.

⁶⁷ A. Panzarola, *op. cit.*, spec. p. 718 ss. Il giudicato c.d. implicito prescinde, per definizione, dalla domanda di parte. V., se vuoi, A. Panzarola, *Principi e regole in epoca di utilitarismo processuale*, cit., p. 267 ss.

⁶⁸ A. Panzarola, *Il principio dispositivo preso sul serio (a proposito di un recente volume)*, cit., spec. p. 723 ss. Il tema si riallaccia alle conseguenze pratiche della distinzione fra domande eterodeterminate e domande autodeterminate (e, prima ancora, alla pretesa di ricondurre tra queste ultime anche la domanda di nullità del contratto).

Mentre si dice «certo» che «oggi il sistema del moderno processo civile a tipo dispositivo è ispirato in ogni suo più minuto congegno al rispetto e alla protezione della personalità umana», Calamandrei pensa che ciò accada grazie al principio dispositivo ed alle sue usuali articolazioni: «il processo civile lascia inviolata quella specie di sovranità individuale che ogni persona ha nella chiusa cerchia della sua coscienza: la dialetticità del principio dispositivo è un appello continuato alla ragione e al senso di responsabilità dell'interlocutore». In connessione con questo il Maestro fiorentino ricorda una volta di più – con schiettezza – che la «protezione della personalità umana» è garantita dal processo civile perché «la parte non ha l'obbligo di comparire, non ha obbligo di rispondere all'interrogatorio, né di dire la verità; nessun vincolo obbligatorio costringe o limita la sua volontà» (e deve solo accettare consapevolmente le conseguenze del suo comportamento).

Fra questi obblighi che – non esistendo nel nostro ordinamento – assicurano per nostra fortuna la «protezione della personalità umana» nel processo civile non c'è (meno male che non c'è, verrebbe fatto di aggiungere con il Maestro fiorentino) l'obbligo di dire la verità a carico delle parti. La lezione di Calamandrei ci consegna l'idea che la introduzione di un obbligo consimile si ripercuoterebbe negativamente sul rispetto della persona che il processo deve assicurare. Il fatto che non esista e non sia comunque costituzionalmente giustificato un dovere di verità alla tedesca (un *Wahrheitspflicht*) per le parti e – cosa più rilevante ancora – per i loro difensori è da salutare con favore. Si tratterebbe di un limite (difficile, se non impossibile, da giustificare) alla loro «libertà». La conclusione riflette un sentire diffuso, per quanto non universale. Quel dovere non si può imporre ai privati litiganti, portatori, nel processo, di soli interessi loro personali. Se lo si introducesse per legge – aveva scritto il Maestro fiorentino in un'altra occasione – l'edificio del processo di parti a tipo dispositivo crollerebbe. Una volta ancora l'«essenzialismo» delle lezioni messicane di Calamandrei ci squaderna sotto gli occhi la autentica posta in gioco, la «protezione della personalità umana» nel processo civile.

Gli insegnamenti delle lezioni e l'attualità.

La lezione di Calamandrei è più che mai attuale non soltanto per gli aspetti testé evidenziati (dal principio dispositivo «preso sul serio» alla critica dell'obbligo di verità, dalla origine e dallo scopo delle regole tecniche alla demistificazione della nomofilachia, ecc.). Alcuni esempi ulteriori – tratti dalle riflessioni precedenti – possono aiutarci ad esprimere questa intima persuasione.

Pensiamo anzitutto alla scelta legislativa – perseguita (prima dalla l. n. 197 del 2016⁶⁹, poi dal d.lgs. n. 149 del 2022, cit.: art. 375 c.p.c.) sotto l'insegna della nomofilachia

⁶⁹ V., se vuoi, A. Panzarola, *La Cassazione civile dopo la legge 25 ottobre 2016 n. 197 e i c.d. Protocolli*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2017, p. 269 ss.; *La riforma della Cassazione civile e i processi dinanzi alle altre Corti Supreme europee*, in AA.VV., *La nuova Cassazione civile*, a cura di A. Di Porto, Padova, Cedam, 2017, p. 85 ss. (Atti dell'incontro di studio organizzato dalla Scuola di specializzazione per le professioni legali della Università "La Sapienza" di Roma, che si è svolto il 10 febbraio 2017 nell'Aula Magna dell'Ateneo); *La Cassazione civile "senza volto" nel quadro delle Corti Supreme europee*, in *Judicium (Il processo civile in Italia e in Europa. Rivista*

– di impedire agli avvocati (con limitate eccezioni) di discutere oralmente in Cassazione di fronte a giudici in carne ed ossa.

Ebbene, se si condivide l'avversione di Calamandrei verso un giudice chiuso «nel suo impenetrabile silenzio» e insieme si auspica – ancora in sintonia con le lezioni messicane – che il processo sia il luogo del «dialogo tra interlocutori vivi, che cercano, attraverso la discussione, di comprendersi e di convincersi»; se si desidera che circoli – con la pubblicità della udienza – «tra magistrati e avvocati, questo senso di fiducia, di solidarietà e di umanità che è in tutti i campi lo spirito animatore della democrazia», in che modo dovrà essere valutata la recente riforma del giudizio di cassazione? Come giudicare una riforma che, nella gran parte delle controversie, costringe la Cassazione a non esibire il suo «volto» ed esclude gli avvocati dal procedimento che vi si celebra? Lo stesso problema si pone adesso, in tutti giudizi, con la possibile sostituzione della udienza tramite il deposito di note scritte (art. 127-ter c.p.c., inserito dalla recente riforma del processo civile: d.lgs. n. 149 del 2022, di attuazione della legge delega l. n. 149 del 2021; v. pure art. 127-bis c.p.c., riguardo alla udienza mediante collegamenti audiovisivi).

Nel giudizio negativo al riguardo pesa senz'altro – fra le altre cose – la circostanza che il legislatore non abbia tenuto conto del fatto – efficacemente espresso nelle lezioni messicane – che è indispensabile che «le istituzioni giudiziarie corrispondano all'esigenza di una società di uomini liberi» e siano perciò aperte al dialogo che può svolgersi solo in una udienza pubblica. In caso contrario, con il dialogo è reso impossibile anche il rinsaldarsi dei rapporti fra giudici e avvocati, con buona pace di tutti i tentativi che a parole pure si fanno per migliorarli.

Dalle pagine delle lezioni messicane ricaviamo d'altronde l'invito a resistere alla inclinazione diffusa ad ipostatizzare la funzione nomofilattica assolta dalla Cassazione, nella quale da più parti si indovina l'unica risposta ai problemi tremendamente seri che ne rallentano il lavoro. La mentalità soggiacente a questa tendenza ha preso la perentorietà di una vera e propria ideologia, alla base anche della recente riforma attuata con il d.lgs. n. 149 del 2022, cit. Tuttavia, proprio leggendo le lezioni di Calamandrei si rafforza il dubbio che si esageri in questo modo l'importanza dello *ius constitutionis*, per innalzarlo a concetto fondamentale e caricandolo di una pretesa antipluralistica di esclusività. Tenendo conto delle necessità della vita, occorrerebbe viceversa rinvenire un punto di equilibrio tra ricerca della coerenza dell'ordinamento e assicurazione della giustizia nel caso concreto.

Più ampiamente, le riflessioni di Calamandrei illustrate nelle lezioni messicane consentono di meglio decifrare i fenomeni che recentemente investono la tutela giurisdizionale civile dei diritti e che mostrano numerosi elementi di radicale discontinuità rispetto al passato. Intendiamo riferirci, fra l'altro, all'espansione della *jurisdiction*; all'approccio utilitaristico⁷⁰ e «quantitativo» alle problematiche processuali

trimestrale), 2017, n. 2, p. 161 ss.; *La difesa scritta ed orale in Cassazione dopo il Protocollo d'Intesa Mascherin-Santacroce e la legge 25 ottobre 2016 n. 197*, in *Giusto proc. civ.*, 2016, p. 1061 ss.

⁷⁰ A. Panzarola, *Jeremy Bentham e la «proportionate justice»*, in *Riv. dir. proc.*, 2016, p. 1459 ss.; Id., *Sul (presunto) principio di sinteticità nella redazione degli atti processuali civili*, in *Giusto proc. civ.*, 2018. Cfr. pure *Principi e regole in epoca di utilitarismo processuale*, cit., p. 25 ss., p. 119 ss.

(cui si associa la pretesa di dedurre il giusto dall'utile); alla promozione dei principi⁷¹ a scapito delle regole processuali; alla delegittimazione della legalità procedurale congiunta all'esortazione alla semplificazione e alla flessibilità dei giudizi, ecc. Un posto di primo piano va assegnato pure alla inclinazione giurisprudenziale a moralizzare la trama processuale, con la costruzione della categoria del c.d. abuso del processo: con l'utilizzo di tale nozione, nelle sue molteplici applicazioni pratiche, si propizia – cosa clamorosissima – il graduale superamento del «principio della insindacabilità delle scelte giudiziarie, al di là dei limiti e dei divieti puntualmente stabiliti»⁷². Quelle della giurisprudenza sono affermazioni normative su come dovrebbe funzionare il processo giurisdizionale oltre ed indipendentemente dalle regole tecniche che delineano la condotta delle parti che vi operano e l'attività del giudice che vi si svolge.

Quale più quale meno, in queste tendenze della giurisprudenza si sorprende un enorme allentamento del legame (centrale nel pensiero di Calamandrei) fra disciplina del processo e principio di legalità⁷³ e così l'abbandono della benefica «forza frenante» delle regole processuali, soppiantate da principi procedurali (di carattere organizzativo ed utilitaristico) vaghi ed ambigui, nei quali possono darsi convegno (approfittando dei loro contorni sfocati e cangianti) il soggettivismo del giudice e l'imprevedibilità del caso. Avendo a mente le pensose pagine di Calamandrei, la situazione che ci fronteggia – se può essere meglio compresa (tanto più da coloro che credano opportuno che nel nostro Paese al *judicial activism* si sostituisca una più sobria *judicial modesty*) – appare nondimeno allarmante. «Allarmante», s'intende, per il processo civile di parti a tipo dispositivo quale usbergo – secondo gli auspici del Maestro fiorentino – della persona e la sua libertà. Ce n'è abbastanza anche per reagire negativamente di fronte ai ricorrenti (e per fortuna⁷⁴ sinora, almeno in parte, falliti) tentativi di riforma processuale basati sulla programmatica eliminazione delle regole⁷⁵.

La proposta di Calamandrei, se induce a rispettare le regole processuali individuandone senso e scopo e a valorizzarne la (ragionevole) prevedibilità⁷⁶, non

⁷¹ A. Panzarola, *Alla ricerca dei substantialia processus*, cit., p. 1157 ss.; Id., *Sulla evoluzione dei principi del processo civile*, cit., p. 315 ss.; Id., *The Civil procedure rules between principles and rules. The hard balance between guarantees and efficiency of the judicial procedure*, in RDRST (*Revista Direito das Relações Sociais e Trabalhistas*), Brasília, Volume 2, n. 2, 2016, p. 182 ss.

⁷² Questa idea si rinviene alla base della giurisprudenza della Cassazione in tema di abuso del processo. È espressa anche da Cons. St., Ad. plen., 23 marzo 2011, n. 3. Evidentemente la tesi giurisprudenziale non si concilia con gli insegnamenti di Calamandrei secondo i quali il processo è strumento di libertà. Sia consentito rinviare alla mia monografia *Principi e regole in epoca di utilitarismo processuale*, cit., p. 59 ss.

⁷³ Vi è per di più, in materia processuale, una riserva di legge ex art. 111 Cost. V. *infra*.

⁷⁴ Coloro che al contrario vorrebbero (addirittura tra gli avvocati: D. Seminara, *Chi ha paura del "semplificato"? Sul senso del processo civile, e sullo sterile balletto dei riti*, in *La previdenza forense*, 2017, p. 268 ss.) che il legislatore si sbarazzasse delle regole processuali dovrebbero meditare le pagine delle lezioni messicane. Abbiamo *retro* menzionato in nota 17, peraltro, la introduzione del c.d. procedimento semplificato di cognizione negli artt. 281-*decies* e ss. c.p.c.

⁷⁵ Alla luce della riserva di legge dell'art. 111 co. 2 Cost. appare costituzionalmente illegittima una legge che lascia sprovvista di limiti (posti da regole) la discrezionalità del giudice nel regolare il processo civile.

⁷⁶ Ce lo assicura la stessa Cassazione: cfr. Sez. un., 6 novembre 2014, n. 23675 («l'affidabilità, prevedibilità e uniformità dell'interpretazione delle norme processuali costituisce imprescindibile presupposto di uguaglianza tra i cittadini e di 'giustizia' del processo»). Tutti sanno però che – al di là di consimili affermazioni di principio – la realtà della giurisdizione civile è ben diversa.

sospinge affatto a praticare un discutibile feticismo delle regole. Dalle pagine delle lezioni messicane si capisce che ci sono regole e regole. Non tutte le regole del processo sono nate dal basso, per appagare bisogni pratici collettivi e poi tradursi – a seguito di lunga sedimentazione e dopo amorevoli cure di pratici e studiosi – in norme di legge. Numerose regole, anziché essere patrimonio condiviso della comunità dei giuristi, sono state imposte d'improvviso autoritativamente da questo o quel governante per scopi diversi dalla vera e propria tutela dei diritti. Pensiamo, ad esempio, ai filtri di ammissibilità per i giudizi di appello e di cassazione introdotti al tempo dal legislatore (con scelta altrettanto rapsodica che nudamente volontaristica) o ai riti c.d. accelerati inseriti ultimamente dalla legge di riforma del processo (artt. 350-*bis* e 380-*bis* c.p.c.). Gli uni e gli altri finiscono per comprimere garanzie fondamentali correlate al diritto di difesa. Di qui l'insoddisfazione, se non proprio la critica risoluta, nei riguardi di quelle scelte legislative che non possono godere neppure del sostegno di una razionalità pratica dispiegatasi negli anni. Si situa su questo profilo, in definitiva, la diversa portata delle regole processuali, a seconda che siano il prodotto dell'occasionalismo legislativo o di contingenze casuali o accidentali circostanze sociali, o, tutt'al contrario, il frutto di un vissuto e ponderato senso pratico, di un sapere collettivo, storico ed esperienziale ad un tempo, che non menomi la fondamentale strumentalità del processo rispetto al rapporto sostanziale (nella pur perdurante autonomia dei due ambiti).

Contemporaneamente, un appoggio nelle lezioni messicane di Calamandrei (nella misura in cui esse rammentano la genesi dal basso, nella esperienza collettiva, delle regole processuali) può essere trovato per quello che denomineremmo il «diritto mite processuale». La strada seguita nel giudizio civile con i notissimi Protocolli è interessante, considerato che le previsioni che vi sono inserite, oltre ad essere suscettibili di progressivi aggiornamenti, esprimono insieme la volontà di affrontare e risolvere dal basso temi di interesse comune con il metodo del confronto e del dialogo tra tutte le diverse professionalità coinvolte.

Libertà e giustizia nel processo.

Cimentandosi col medesimo angoscioso problema («*quid est processus*»?), in netta antitesi da Satta⁷⁷, Calamandrei si dice convinto che la libertà nel processo permette il raggiungimento della giustizia e che lo scopo del processo (perché uno scopo c'è!) stia proprio nel realizzare entrambi i valori. Il che spiega perché nella tensione fra giustizia⁷⁸

⁷⁷ Il quale non senza una vena di rassegnato fatalismo, notava che «veramente processo e giudizio sono atti senza scopo, i soli atti della vita che non hanno scopo»: *Il mistero del processo*, cit., p. 281. Come già detto, Satta era in pari tempo persuaso che la libertà nel processo è ciò che ostacola il raggiungimento della giustizia.

⁷⁸ D'altra parte, non è sciolta la alternativa fra due nozioni distinte di giustizia, una «giuridica», l'altra «sostanziale». Giustizia – scrive Calamandrei – «non vuol dire soltanto, in senso legalitario, applicazione della legge in modo esatto; ma vuol dire instaurazione di leggi in cui la ripartizione del dolore e della felicità tra gli uomini sia fatta con un certo equilibrio; di leggi, in cui tutta la ricchezza non sia da una parte e dall'altra parte tutta la miseria». Libertà e giustizia sociale «dovrebbero essere – osserva Calamandrei – le forze animatrici anche della Costituzione italiana». Nel discorso del 26 gennaio 1955 all'Umanitaria di Milano, Calamandrei esortò a venerare la Costituzione repubblicana come si venera un testamento, il

e libertà si sorprenda il perdurante fascino delle lezioni messicane, che quella tensione rispecchiano senza risolverla⁷⁹. In questo quadro si capisce altresì perché il Maestro fiorentino, pur promuovendo la dignità della tecnica processuale, non nasconda le difficoltà che egli incontra a conciliare la libertà – che tale tecnica assicura – con la giustizia che dovrebbe sgorgare dal processo. Quasi che Calamandrei sentisse intimamente che il processo ridotto a mera tecnica smarrisce la sua impronta garantistica. In effetti, nelle lezioni messicane la difesa del tecnicismo della procedura è arricchita (e complicata) dal costante richiamo alla giustizia e dalla sottolineatura della indeclinabile necessità che vi sia eguaglianza nelle posizioni di partenza delle parti in lite (cui si ricollega la questione della difesa dei non abbienti).

Qui si coglie il distacco delle lezioni messicane dalla concezione della procedura civile come mera tecnica. Da un lato, come tecnica, la procedura può apparire dotata di una razionalità autarchica e intrinseca alla *forma iudicii* che la struttura. Dall'altro lato, proprio perché soltanto tecnica, la procedura può sembrare meritevole di un giudizio (moralmente disimpegnato) solo in termini di autonoma funzionalità. Ne discende perciò che la procedura può ritenersi impermeabile ad ogni discorso sui fini e ad ogni riflessione di senso, assorbiti dal rispetto delle regole che la strutturano. D'altronde, molte di queste idee sono alla base della attuale diffusione – nel solco della impostazione filosofica del “proceduralismo” – del paradigma procedurale quale testata d'angolo per la ricostruzione di svariati settori dell'ordinamento, nel quadro di un vero e proprio “universalismo procedurale”⁸⁰.

Diversamente, la riflessione di Calamandrei – se anticipa e rispecchia molti di questi temi⁸¹ – è impregnata dalla convinta richiesta di eguaglianza sostanziale fra le parti

«testamento di centomila morti»: il Maestro fiorentino intendeva suggerire – così S. Luzzatto, *Introduzione*, cit., LVIII – «la dipendenza diretta e necessaria di quella carta dalla guerra partigiana».

⁷⁹ Calamandrei dissente da Satta, secondo il quale «la libertà nel processo è quella che impedisce il raggiungimento della giustizia». Fallita l'esperienza dell'autoritarismo, secondo il Maestro fiorentino «bisogna cercare di raggiungere i nostri scopi senza toccare la libertà». Perché, «nel campo del diritto processuale civile, non basta domandarci, con un senso di turbamento, se *veramente* il processo serve alla giustizia»; bisogna anche cercare, «attivamente e positivamente», che «cosa si può fare perché il processo serva alla giustizia meglio di quanto abbia servito sinora».

⁸⁰ L. Buffoni, *Processo e pluralismo nell'ordinamento costituzionale italiano: apologia e limiti dell'universalismo procedurale*, Napoli, 2012. Sui limiti della «giustizia procedurale» v. M. Taruffo, *La semplice verità. Il giudice e la costruzione dei fatti*, Roma-Bari, 2009, spec. p. 100 ss. (sia a proposito della tesi di Niklas Luhmann – quando discute di *Legitimation durch Verfahren*, che è il titolo di una celebre opera del filosofo tedesco del 1969 – sia relativamente alla c.d. *procedural justice*). Secondo Taruffo «i risultati delle indagini sulla *procedural justice* evocano (...) la scoperta dell'ombrello» (*ivi*, p. 101). L'a. rifiuta radicalmente la premessa della prospettiva procedurale, secondo cui «la giustizia della decisione è implicita nella *justice* del procedimento» (*ivi*, p. 102).

⁸¹ Calamandrei accoglie nelle lezioni messicane la ricostruzione del processo come procedimento. Al contempo, però, ribadisce i meriti della nozione di rapporto giuridico processuale (nella elaborazione che ne diede Chiovenda, il Maestro fiorentino scorge la traduzione nel campo del processo dello stato di diritto, che fa del cittadino un soggetto autonomo di diritti e doveri, non un suddito). Questa ambivalenza può aiutare a comprendere un problema più generale. Vogliamo osservare, cioè, che i numerosi contributi che nella seconda metà del XX sec. hanno utilizzato (in vario modo e secondo prospettive non riducibili ad unità) il paradigma del procedimento per descrivere il processo, ne hanno fatalmente allentato il legame con i soggetti che vi operano, da colui che ne *aziona* il meccanismo al giudice che è *obbligato* a pronunciare la decisione. Il recupero del diritto di azione *individuale*, passando per il diritto alla tutela giuridica (*Rechtsschutzanspruch*), mentre asseconda la scelta per la soggettivizzazione della domanda di tutela nella

(quale condizione di un processo «giusto») e dal continuo richiamo alla giustizia (che, a suo avviso, *deve* ispirare, guidare e determinare la procedura). Se non rischiasse di apparire una *contradictio in adiecto*, parleremmo di un «proceduralismo sostanziale» del Calamandrei delle lezioni messicane, dalle quali emerge la prefigurazione di quel «giusto processo» – concretizzato e articolato in un fascio di diritti processuali fondamentali – che costituisce oggi l'archetipo costituzionale del processo.

Anche il confronto, cui egli procede, fra processo civile a tipo dispositivo e democrazia parlamentare si situa nell'orizzonte di pensiero descritto. Scrivendo che «in realtà la dialettica del processo è la dialettica della democrazia parlamentare», Calamandrei interpreta il complessivo fenomeno processuale in una chiave diversa da quella ludica⁸² – pure utilizzata nel 1950 (ne «*Il processo come giuoco*»⁸³) – e diversissima dalle rappresentazioni impiegate da giuristi di schietta impronta liberale, come – per citare un esempio celebre – Raymond Bordeaux, il quale, a metà del XIX secolo, nella «Filosofia della procedura civile», qualificava il processo come una guerra privata («*une guerre privée*»⁸⁴). Calamandrei si distacca per certi versi anche da un giurista a lui molto caro, James Goldschmidt⁸⁵ (che definì «Maestro di liberalismo processuale»⁸⁶), il quale – nel ritenere che nessun comportamento processuale può essere oggetto di valutazione etica – paragonava nel 1925 (nel «Processo come situazione giuridica») il processo alla politica e alla guerra⁸⁷ («*es ist im Prozesse wie im Krieg und in der Politik*»⁸⁸). Nelle lezioni messicane Calamandrei limita il confronto al processo e alla politica quale espressa nella democrazia parlamentare, giacché il processo deve essere quello di parti a tipo dispositivo: centrato, cioè, su quel grande principio di responsabilità che è il principio dispositivo, il quale nel sistema della legalità opera nei periodi felici della vita

cornice del rapporto giuridico processuale, può essere la chiave di volta per risolvere problemi tanto teorici quanto pratici. L'utilizzo della nozione di procedimento nel campo del processo rischia viceversa di offrire una visuale di tipo sostanzialmente amministrativistico del processo e conduce ad una sua spiccata «procedimentalizzazione» aprioristica. Rinvio, sul punto, alla mia monografia *Principi e regole in epoca di utilitarismo processuale*, cit., 175 ss.

⁸² V. se vuoi, sul punto, A. Panzarola, *Presupposti e conseguenze della creazione giurisprudenziale del c.d. abuso del processo*, cit., p. 64 ss.

⁸³ P. Calamandrei, *Il processo come giuoco*, ora in *Id., Opere giuridiche*, I, cit., 537 ss., p. 562. Anni prima il Maestro fiorentino si era esercitato su un tema affine: *Regole cavalleresche e processo*, ivi, p. 226 ss.

⁸⁴ R. Bordeaux, *Philosophie de la procédure civile, mémoire sur la réformation de la justice*, cit., p. 15.

⁸⁵ Sul quale esiste una ricca letteratura, che non abbiamo intenzione di inventariare. A riprova del legame che li unì vale la pena segnalare lo scritto di Adolf Schönke, *Zum zehnten Todestag von James Goldschmidt*, in *Deutsche Rechts-Zeitschrift*, 5, 1950, 275 ss. Nonché, a proposito della sua origine ebraica (che lo costrinse all'esilio ed alla morte in Uruguay nel 1940 a Montevideo), Wolfgang Sellert: *James Paul Goldschmidt (1874–1940)*, in *Deutsche Juristen jüdischer Herkunft*, a cura di Helmut Heinrichs e altri, München, 1993, 595–613.

⁸⁶ P. Calamandrei, *Un maestro di liberalismo processuale*, in *Riv. dir. proc.*, 1951, p. 1 ss.

⁸⁷ Che della politica – secondo la celebre definizione di Carl von Clausewitz – è una prosecuzione con altri mezzi: «*Der Krieg ist eine bloße Fortsetzung der Politik mit anderen Mitteln*»: *Vom Kriege*, libro primo, capitolo primo, «*Unterkapitel 24*» (*Überschrift*).

⁸⁸ In *Der Prozeß als Rechtslage. Eine Kritik des prozessualen Denkens*, Berlin 1925 (rist. Aalen 1986), p. 292.

Sul volume v. P. Calamandrei, *Il processo come situazione giuridica*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1927, I, p. 219 ss. La «prima parte» del fondamentale volume di Goldschmidt è stata brillantemente tradotta in italiano – con un lavoro veramente notevole – da Marino Marinelli, *Il processo come situazione giuridica. Una critica del pensiero processuale*, Torino, 2019, con introduzione dello stesso M. Marinelli, ivi, IX-XVII.

costituzionale, contraddistinti dalla generale razionalizzazione del potere – per sottrarre la decisione al capriccio del giudicante –, dalla divisione dei poteri – per separare la giustizia dalla politica – e dalla certezza del diritto e dei diritti.

Appassionatamente, nel 1950, nelle parole conclusive del «*Processo come giuoco*», Calamandrei aveva affermato: «bisogna, avvocati e giudici, far di tutto (...) perché veramente il processo serva alla giustizia»⁸⁹. Ora, nel 1952, nelle lezioni messicane, egli osserva che questo è «il principio vitale delle democrazie moderne: che per arrivare alla giustizia⁹⁰ bisogna passare attraverso la libertà; che la libertà è lo strumento indispensabile per conquistare una maggiore giustizia»⁹¹. Anche il processo e le regole processuali hanno o dovrebbero avere questo scopo per Calamandrei⁹².

⁸⁹ P. Calamandrei, *Il processo come giuoco*, cit., p. 562.

⁹⁰ Calamandrei non cessa di deplorare il «divorzio tra la scienza del processo e gli scopi pratici della giustizia». Già nell'*Elogio dei giudici scritto da un avvocato*, Calamandrei aveva scritto: «La giustizia c'è, bisogna che ci sia, voglio che ci sia». La giustizia è tanto importante che può essere paragonata alla salute o all'aria: occupandosi nelle lezioni messicane di un libro di Cahn, il Maestro fiorentino scrive che il senso della giustizia «lo coglie nel suo momento negativo, cioè in quella naturale ribellione che si sveglia nelle coscienze di fronte all'ingiustizia»: «come la malattia, che ci fa desiderare il bene prima inavvertito della salute, o come l'aria, della quale si sente il bisogno solo quando ci viene a mancare, così il senso dell'ingiustizia ci rivela il valore della giustizia quando questa è messa in pericolo».

⁹¹ Poi però Calamandrei scrive la libertà «è parola vana», se a tutti i cittadini non è «assicurata almeno in partenza quel minimo di giustizia sociale, quel minimo di mezzi economici, che gli permetta di servirsi praticamente dei benefici della libertà politica».

⁹² Davvero «primo vero esponente della concezione eminentemente garantistica del processo»: E.F. Ricci, *Calamandrei e la dottrina processualciviltistica del suo tempo*, in AA.VV., *Piero Calamandrei. Ventidue saggi su un grande maestro*, a cura di P. Barile, Milano, 1990, p. 76 ss., p. 96.