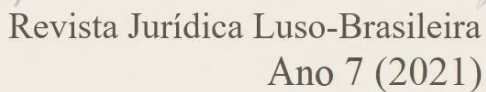




4



RJLB

Troglodytes, *Protopithecus*, *Nannopithecus* ou *Dromilops*. Vol. 37.

Inserido ao protocolo **17.711.187-2** por: **3º Sgt. Qpmg 1-0 Helio Jorge Parana Vieira** em: 04/06/2021 14:16. As assinaturas do Estando do nº 759-833-8, nos 11 e 12, da A Katyeni Priddy da C Doceiro em 18/03/2021 e do 470 Endereço: realizado <https://www.eprtoce.org.br/03/2021/470> Dar Assinatura com o código: **6a30095610e9c0ef5cc877c0123ed21c**.

Ficha Técnica

Publicação do Centro de Investigação de Direito Privado da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (CIDP)



Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa
Alameda da Universidade
1649-014 LISBOA
PORTUGAL
<http://cidp.pt/>
cidp@fd.ulisboa.pt

ISSN: 2183-539X

Director: Fernando Araújo
Sub-Directores: Paula Vaz Freire, Luis Gonçalves da Silva
Redactores: Cláudia Madaleno, Miguel Patrício, Francisco Rocha



Este trabalho foi licenciado com a Licença Creative Commons Atribuição – Não Comercial - Sem Derivados 3.0 Portugal.

[Na capa: Wied-Neuwied, Maximilian (1822), *Voyage au Brésil, dans les Années 1815, 1816 et 1817*. Atlas, Paris, Arthus Bertrand]



Conselho Editorial

Adalberto Pasqualotto
Adir Ubaldo Rech
Alamiro Velludo Salvador Netto
Alexandre Bueno Cateb
Alexandre Dias Pereira
Alexandre Ditzel Faraco
Amanda Flávio de Oliveira
Ana Frazão
Ana Lourenço
Antônio Araújo
Antonio Carlos Efig
Antônio Goucha Soares
Antonio Jose Maristrello Porto
Antonio Magalhães Gomes Filho
Antonio Rulli Jr.
Bruno Meyerhof Salama
Carlos Alberto Ferriani
Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz
Carlos Salles
Celso Campilongo
Cesar Santolim
Cibele Fernandes Dias
Claudio Godoy
Cristiano de Sousa Zanetti
Cristiano Rosa de Carvalho
Daniel Braga Lourenço
Danielle Tetü Rodrigues
Debora Gozzo
Denise Lucena Cavalcante
Deolinda Meira
Diogo Coutinho
Diogo Leite de Campos
Eduardo Biacchi Gomes
Eduardo Bittar
Eduardo Oliveira Leite
Eduardo Santos Júnior (†)
Egon Bockmann Moreira
Elton Venturi

Eugenio Battesini
Eugenio Facchini Neto
Fabiano Mendonça
Fábio Corrêa Souza de Oliveira
Fernanda Medeiros
Fernando Brito
Fernando Gravato Moraes
Fernando Quadros da Silva
Filomeno Moraes
Flávio Luiz Yarshell
Flávio Tartuce
Frederico Glitz
Gerson Luiz Carlos Branco
Gilmar Ferreira Mendes
Gina Pompeu
Gisela Maria Bester
Giselda Hironaka
Giselle Groeninga
Gonçalo de Sampaio e Mello
Guilherme de Oliveira
Gustavo Badaró
Helena Moniz
Heron José Santana Gordilho
Hugo de Brito Machado Segundo
Ingo Sarlet
Isabel Banond (†)
Ives Gandra Martins
Janaina Rigo Santin
Januário Gomes
João Luis Nogueira Matias
João Maurício Adeodato
João Paulo Remédio Marques
Jorge Miranda
José Antônio Peres Gediel
José Antônio Veloso
José Augusto Fontoura Costa
José de Oliveira Ascensão
José Fernando Simão



Estatuto Editorial

A *Revista Jurídica Luso-Brasileira (RJLB)* é uma publicação de âmbito internacional que visa promover a produção e partilha científicas na área do Direito e em áreas afins.

A *Revista Jurídica Luso-Brasileira (RJLB)* procura contribuir prioritariamente para a cultura jurídica de Portugal e do Brasil, facultando o acesso a trabalhos que possam ser entendidos como representativos da vanguarda científica em ambos os países.

A *Revista Jurídica Luso-Brasileira (RJLB)* abre as suas páginas aos estudiosos de todos os ramos do Direito e de todas as matérias que sejam objecto do ensino e da formação jurídicos, e aos de todas as ciências que contribuam para a maturação interdisciplinar da Ciência Jurídica.

A *Revista Jurídica Luso-Brasileira (RJLB)*, no respeito de todas as normas jurídicas e éticas aplicáveis, é um espaço de liberdade, de tolerância e de responsabilidade, aberto ao debate de ideias e à inovação doutrinária, procurando recriar condições ideais de convivência académica, facilitando o conhecimento recíproco, fomentando aproximações e colaborações.



Artigos

Adalberto de Souza Pasqualotto & Bernardo Franke Dahinten, “Reflexões sobre os Impactos Jurídicos da Pandemia da Covid-19 sobre os Planos de Saúde no Brasil”	1
Alessandra Mendes Spalding, Francis Pignatti do Nascimento & Vladimir Brega Filho, “Dos Direitos Fundamentais em Tempos de Pandemia”	35
Alexandre Pontieri, “Tributação e Justiça Social no Brasil Contemporâneo”	53
Amauri Cesar Alves & Daniela Cristine Dias de Oliveira, “Acidentes de Trabalho e Doenças Ocupacionais Na Mineração: Análise de Dados Estatísticos Gerais e Específicos e da Jurisprudência do TRT da 3ª Região”	77
Ana Clara Carraro Santos & Juliana Rui Fernandes dos Reis Gonçalves, “A Responsabilidade Penal por Induzimento ou Instigação ao Suicídio dos Autores de Cyberbullying”	105
Antônio Gomes de Vasconcelos & Nathália Lipovetsky, “O <i>Consenso de Washington</i> e o Estado de Democrático de Direito – O Insuperável Paradoxo entre Premissas Dicotômicas”	131
Ariadna Fernandes Silva & Eduardo Rocha Dias, “Discriminação Genética nas Relações de Trabalho: Violação aos Direitos da Personalidade do Trabalhador”	155
Celso Antonio Pacheco Fiorillo & Beatriz Gomes da Silva Violardi, “O Uso dos Créditos de Carbono no Âmbito do Direito Empresarial Ambiental como Instrumento para a Retomada da Economia no Brasil Pós-Pandemia em Proveito da Dignidade da Pessoa Humana”	199
Christian Del Anhol Pereira Bueno, Eduardo Lemes de Oliveira, João Carlos Antunes Ferreira & Tiago Arantes Franco, “Caso <i>Escher versus Brasil</i> , uma Análise sob a Ótica Constitucional e Convencional dos Direitos Humanos”	225
Daniel Francisco Nagão Menezes & Alessyara Giocássia Resende de Sá Rocha Vidigal, “A Proteção do Indivíduo quanto	251



ao Tratamento de Seus Dados Pessoais em Ambiente Digital:
Um Entrave à Inovação Tecnológica?”

Danyelle Rodrigues de Melo Nunes, Filipe Lôbo Gomes & Natalie Cristyne de Santana Barbosa Farias, “Fato Gerador Tributário à Luz da Teoria do Fato Jurídico”	279
Douglas Vasconcelos Barbosa, “Direito de Ir e Vir de Crianças e Adolescentes no Brasil <i>versus</i> Autorização para Viajar Dentro e Fora do Território Nacional”	297
Edilson Pereira Nobre Júnior, “Administração Pública e Arbitragem a Partir de uma Visão Comparativa com o Sistema Jurídico Lusitano”	327
Eugênio Pacceli de Moraes Bomtempo & Paulo Afonso Cavichioli Carmona, “A Fascinante Hermenêutica Constitucional de Peter Häberle”	389
Fábio Siebeneichler de Andrade & Cecília Alberton Coutinho Silva, “A Exceção de Insegurança como Instrumento de Garantia para o Credor: Limites e Possibilidades de Sua Invocação no Direito Brasileiro à Luz do Modelo Alemão”	419
Federico Nunes de Matos, “Arbitrabilidade Objetiva: Breve Análise Jurídico-Comparada”	471
Fernanda Julie P. F. Rufino, Zulmar Fachin & Walter Lucas Ikeda, “A Crise Mundial entre Religião e o Direito no Século XXI: Uma Análise à Luz da Proibição Do Véu Islâmico Na França”	503
Fernanda Linden Ruaro Peringer & Ricardo Lupion, “A Pandemia do Covid-19 e o Desafio da Incerteza nas Relações Empresariais”	527
Fernando Bonfá de Jesus, Isabela Bonfá de Jesus & Aline M. Hinterlang de Barros Detzel, “A Livre Iniciativa sob Interferência da Extrafiscalidade das Normas Tributárias”	549
Fernando de Brito Alves & Tiago Arantes Franco, “Dupla Supressão do Direito à Liberdade de Expressão no Ambiente da Internet, Redes Sociais e Fakenews”	575



Flávia Regina Gutierrez & Juliana Rui Fernandes dos Reis Gonçalves, “Bebê-Medicamento e a Bioética”	599
Flávio Tartuce & Maurício Bunazar, “A Lei da Liberdade Econômica e os Contratos Agrários”	627
Geovana dos Santos Scavoni & Marcia Andrea Bühring, “Uma Ótica Sobre Cidades Inteligentes”	655
Henrique Augusto Figueiredo Fulgêncio, “O Mandado de Injunção como Argumento Estratégico para o Avanço do Ativismo do Supremo Tribunal Federal”	703
Henrique Infante Herminio, Rafael de Lazari, Bruno Bastos de Oliveira & Alencar Frederico Margraf, “Proteção de Dados e Direitos da Personalidade”	755
Ithala Oliveira Souza & Ana Cristina Almeida Santana, “Nenhuma a Menos: A Mulher Trans como Vítima de Femicídio”	771
Jeronymo Pedro Villas Boas, “Transições na Formação do Ambiente de Coexistência Constitucional das Religiões”	801
Joana Teles Sarmento, “Em Torno do Princípio da Autonomia – O Lugar Particular da Dignidade, na Ética Europeia”	841
João Luis Nogueira Matias & Letícia Queiroz Nascimento, “Responsabilidade Social, Filantropia e o Papel Social da Empresa na Pandemia de Covid-19”	867
João Peixoto Garani & Eveline Denardi, “Técnicas de Negociação e de Transação como Forma de Ampliar a Efetividade dos Meios Extrajudiciais de Solução de Conflitos – Um Estudo sobre Experiências Internacionais”	891
José Eduardo Figueiredo de Andrade Martins, “Dilemas Éticos e Jurídicos do Uso da Inteligência Artificial na Prática Jurídica”	919
José Marinho Séves Santos, “Novos Rumos da Prorrogação Antecipada de Concessões Ferroviárias: Constitucionalidade e Interesse Público à Luz do Acórdão TC nº 2876/2019”	953

Karenina Carvalho Tito, “A Figura do Encarregado de Proteção de Dados no Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados da União Europeia”		989
Leonardo Estevam de Assis Zanini, “Fundamentos do Direito das Coisas na Alemanha”		1017
Letícia de Carvalho, Cleide Calgaro & Ricardo Hermany, “O Parcelamento do Solo e a Regularização Fundiária: As Ocupações Informais no Município de Caxias do Sul/RS”		1067
Lucinda Dias da Silva, “Meios Processuais Especiais de Tutela da Propriedade Industrial no Sistema Jurídico Português”		1105
Luiz Felipe Silveira Difini, “Substituição Tributária Progressiva e Complementação de Valor”		1143
Manoel Gustavo Neubarth Trindade, “Open Banking: Trinômio Portabilidade - Interoperabilidade - Proteção de Dados Pessoais no Âmbito do Sistema Financeiro”		1159
Marcelo Negri Soares & Jéssica Ribeiro de Castro, “Acesso à Justiça: O Princípio da Dignidade Humana na Defesa dos Direitos dos Refugiados no Brasil”		1191
Marcelo Rodrigues da Silva, Maria de Fátima Rodrigues de Oliveira, Talita Medeiros Nicolino & Tatiane Bruna Nonato, “Filiação ao Regime Geral da Previdência Social (RGPS), Sua Equidade e o Momento que Ela Ocorre”		1217
Márcio Steffens & Emerson Wendt, “Do Direito Penal ao Papel Preventivo das Políticas Municipais de Segurança: Circunstâncias e Possibilidades Baseadas em Gestão Estratégica”		1235
Marcos José Pinto, “A Possibilidade de Punição pela Prática do Delito de Desaparecimento Forçado de Pessoas no Brasil”		1261
Mauricio Soares Urti, “O Compartilhamento de Postes de Luz pelas Distribuidoras de Energia Elétrica e as Prestadoras de Serviços de Telecomunicações”		1307



Pablo de Souza Melo, “A (In)Aplicabilidade da Teoria do Nascimento Indevido no Direito Luso-Brasileiro”	1353
Patryck de Araujo Ayala & Vitoria Leopoldina Gomes Mendes, “Justiça Ecológica: Um Modelo de Reserva de Justiça para as Futuras Gerações e para a Natureza na Época do Antropoceno”	1413
Paulo JB Leal, “Sentença Penal Condenatória e Coisa Julgada Material (Sobre a Possibilidade de Execução da Pena depois de Julgado o Recurso de Apelação)”	1447
Pedro Coelho Marques, “A Crise da Democracia em Tempos de Covid-19: Possíveis Perspectivas a Caminho de Estabilidade Social e Econômica na Pós-Modernidade”	1461
Ricardo Schneider Rodrigues & Lean Antônio Ferreira de Araújo, “O Direito à Educação no Contexto do Novo Regime Fiscal: Os Limites aos Limites dos Direitos Fundamentais”	1485
Rocco Antonio Rangel Rosso Nelson, “Dos Tipos Penais no Contexto de Pandemia do Covid-19”	1527
Rodrigo Junqueira Bertoncini & Orlando Celso da Silva Neto, “Uma Visão Econômica da Rescisão do Contrato de Colaboração”	1571
Sérgio Henrique Cordeiro Caldas Fernandes, “O Fim do Livre Convencimento Motivado? Quais Seriam as Novidades Trazidas pelo CPC/15 para a Valoração da Prova pelo Juiz?”	1613
Thadeu Augimeri de Goes Lima, “Uma Releitura Constitucional da Legitimidade para Agir do Ministério Público no Processo Civil Brasileiro”	1627
Tiago Arantes Franco, “O Uso de Vetores Hermenêuticos na Invalidação de Decisões Políticas em Consonância com a Análise Econômica do Direito”	1651
Tiago Nunes da Silva & Maria de Fátima Ribeiro, “Análise da Segurança Jurídica das Moedas Digitais e o Atraso de Regulamentação sob a Ótica Tributária”	1671
Vitor Salino de Moura Eça & Bruno Gomes Borges da Fonseca,	1695



“Direito Humano e Fundamental ao Trabalho: Uma Tentativa de
Concreção Normativa a Partir de Seus Possíveis Sentidos”



Inserido ao protocolo **17.711.187-2** por: **3º Sgt. Opmg 1-0 Hello Jorge Parana Vieira** em: 04/06/2021 14:16. As assinaturas deste documento são de 759 dos quais 155 em 173 por **Karyne Disciplina C** docerem tempo de 03/2022 à 470 e **Endereço:** <https://www.eorprocos.org.br/03/2022/470/daAssinatura> com o código: **6a30095610e9c0ef5cc877c0123ed21c**.



para sua viabilidade. De outra parte, o contrato que estabelece o vínculo entre as empresas assistenciais e os beneficiários é do tipo existencial, o que significa que o seu objeto não é uma mera prestação de serviços material monetarizada, mas lida diretamente com o bem mais preciso da existência humana, que é a saúde.

A esse contexto agrega-se o crescente custo da medicina e serviços correlatos, atestando, por um lado, a evolução da ciência e da tecnologia na preservação da vida e da saúde, mas simultaneamente requerendo financiamento. No caso dos planos de saúde, o custo dos serviços precisa ser distribuído entre os beneficiários, haja vista a natureza empresarial das operadoras. O grande desafio do setor, por conseguinte, é encontrar um ponto de equilíbrio entre custo e qualidade dos serviços, assegurando os direitos dos usuários e simultaneamente mantendo a higidez econômico-financeira indispensável à realização da sua finalidade social. A complexidade desse quadro tornou-se maior com a pandemia do novo coronavírus.

Que a pandemia da Covid-19 trouxe e está trazendo consigo uma verdadeira transformação no mundo, ninguém duvida. Os impactos nas mais diversas áreas da economia e da sociedade são incontestáveis, sendo dignos e comparáveis a pouquíssimos eventos na história humana. E especialmente no Brasil, o setor da saúde suplementar e dos planos de saúde encontra-se entre os mais impactados.

Isto porque os planos de saúde congregam, dependem e relacionam-se diretamente com alguns dos itens mais centralmente envolvidos nesta verdadeira e multifacetada crise: assistência à saúde, prestadores e profissionais de saúde, empregos e contratos. Como decorrência disto, diversas foram, e ainda vêm sendo, as medidas adotadas, especificamente com relação a este mercado, para tentar mitigar os efeitos nefastos da pandemia.

Este texto, no limite dos seus objetivos, busca apontar e tecer algumas considerações sobre estes assuntos, abordando



algumas das principais medidas político-legislativos, judiciais, regulatórias e assistenciais adotadas pelo ou para o sistema de saúde suplementar, frente aos impactos da pandemia.

I. RELACIONANDO A PANDEMIA DA COVID-19 E OS PLANOS DE SAÚDE

1. A PANDEMIA DA COVID-19

O novo coronavírus (Sars-CoV-2) e a patologia que ele acarreta, a Covid-19, caracterizam-se certamente como um inimigo sem precedentes na história recente da humanidade, digno de cenários apocalípticos³, e que acarretou rupturas, crises e mudanças próprias de uma grande guerra mundial: milhões de infectados e de mortos⁴, hospitais lotados, profissionais da saúde morrendo, aeroportos e fronteiras fechadas, crises diplomáticas, economias total ou parcialmente paralisadas, inúmeras empresas e negócios fechando, demissões em massa⁵, escolas e universidades com suas atividades interrompidas, famílias separadas e populações inteiras em isolamento.

Formalmente reconhecida pela Organização Mundial da Saúde (OMS) como uma “emergência de saúde pública de

³ “The global impact of COVID-19 has been profound, and the public health threat it represents is the most serious seen in a respiratory virus since the 1918 H1N1 influenza pandemic” (FERGUSON, Neil M. et al. *Impact of non-pharmaceutical interventions (NPIs) to reduce COVID-19 mortality and healthcare demand*. Report 9. Imperial College COVID-19 Response Team. March. 2020. Disponível em: <<https://www.imperial.ac.uk/media/imperial-college/medicine/sph/ide/gida-fellowships/Imperial-College-COVID19-NPI-modelling-16-03-2020.pdf>>. Acesso em: 15/06/2020).

⁴ Conforme dados de 12 de janeiro de 2021, no mundo já somavam 91.516.797 infectados e 1.957.907 mortos (WORLDOMETER. *COVID-19 CORONAVIRUS PANDEMIC*. Disponível em: <<https://www.worldometers.info/coronavirus/>>. Acesso em: 12/01/2021).

⁵ Sobre os efeitos da Covid-19 nos empregos pelo mundo, ver WORLD ECONOMIC FORUM. *How coronavirus has hit employment in G7 economies*. May. 2020. Disponível em: <<https://www.weforum.org/agenda/2020/05/coronavirus-unemployment-jobs-work-impact-g7-pandemic/>>. Acesso em: 25/07/2020.





crise multifacetada: humanitária, sanitária, social, econômica e política.⁸

Embora os planos de saúde, enquanto serviços de assistência à saúde, dada a sua evidente essencialidade, tenham sido resguardados pelo Decreto nº. 10.282 (pelo que não foram obrigados a suspender suas atividades), os efeitos da pandemia junto ao sistema de saúde suplementar foram - e ainda são - especialmente impactantes.

2. O MERCADO DOS PLANOS DE SAÚDE

O mercado dos planos de saúde configura-se como um sistema de saúde de matriz constitucional⁹, que integra o sistema nacional de saúde e contempla aproximadamente 25% da população – cerca de 47 milhões de pessoas – do que já se denota a sua especial relevância.¹⁰

Da totalidade da massa de beneficiários vinculados a planos de saúde em todo o Brasil, a grande maioria (cerca de 68%) possui tal condição por conta da relação de emprego.¹¹ Ou seja,

⁸ LIMA, Nísia Trindade; BUSS, Paulo Marchiori; PAES-SOUZA, Rômulo. A Pandemia de Covid-19: uma crise sanitária e humanitária. *Caderno de Saúde Pública*. Vol. 36. N. 7. 2020. Disponível em: <<http://cadernos.ensp.fiocruz.br/static/arquivo/1678-4464-csp-36-07-e00177020.pdf>>. Acesso em: 01/08/2020 e CONTI, Thomas V. *Crise Tripla do Covid-19: um olhar econômico sobre políticas públicas de combate à pandemia*. Abril. 2020. Disponível em: <<http://thomasvconti.com.br/wp-content/uploads/2020/04/Conti-Thomas-V.-2020-04-06.-Crise-Tripla-do-Covid-19-olhar-econ%C3%B4mico-sobre-as-pol%C3%ADticas-p%C3%BAblicas-de-combate-%C3%A0-pandemia.-Texto-para-discuss%C3%A3o.-Vers%C3%A3o-1.1.pdf>>. Acesso em: 25/06/2020.

⁹ Sobre o art. 199, da Constituição Federal de 1988, ver SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtner. Comentários ao art. 199. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 2024/2027.

¹⁰ AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR. *Dados Consolidados Saúde Suplementar*. Atualizado em 21 de dezembro de 2020. Disponível em: <<http://www.ans.gov.br/perfil-do-setor/dados-e-indicadores-do-setor>>. Acesso em: 12/01/2021.

¹¹ AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR. *Dados Consolidados*

através de empresas e empresários que contratam um plano de saúde coletivo empresarial em favor dos seus colaboradores.

Não é difícil encontrar, na literatura jurídica, autores defendendo e reconhecendo a essencialidade e a importância dos planos de saúde e do sistema de saúde suplementar como um todo, que notadamente frente às diversas dificuldades do sistema público de saúde é uma alternativa necessária para quem consiga arcar com seus custos.¹²

De fato, o próprio sistema único de saúde e o poder público dependem, em substancial parte, dos planos de saúde, pois esses não apenas desafogam cerca de 25% da demanda por serviços assistenciais, como ressarcem aquele sistema quando beneficiários utilizam a rede pública para serviços a que teriam direito, por força contratual, que fossem executados pelas operadoras.¹³

Os planos de saúde caracterizam-se, em resumo, como contratos de natureza securitária firmados junto a operadoras de planos de saúde, através dos quais os contratantes, ou os beneficiários por aqueles indicados, têm direito à cobertura financeira

Saúde Suplementar. Atualizado em 21 de dezembro de 2020. Disponível em: <<http://www.ans.gov.br/perfil-do-setor/dados-e-indicadores-do-setor>>. Acesso em: 12/01/2021.

¹² Diversos autores reconhecem a indispensabilidade dos planos de saúde, vide, por exemplo, OCKE-REIS, Carlos Octávio; ANDREAZZI, Maria de Fátima Siliansky de; SILVEIRA, Fernando Gaiger. *O Mercado de Saúde no Brasil: uma criação do Estado? Revista de economia contemporânea*. V. 10. n. 1. Rio de Janeiro: Instituto de Economia da Universidade Federal do Rio de Janeiro, jan./abr. 2006. p. 157/185 e OLIVEIRA, Amanda Flávio de. Regulamentação dos Planos de Saúde e Proteção da Pessoa Humana. *Revista de Direito do Consumidor*. V. 51. São Paulo: RT, jul./set. 2004. p. 106.

¹³ Ademais, são diversos os autores que relacionam a interdependência entre a saúde pública e a saúde privada no Brasil. Apenas para exemplificar, citável SCHULMAN, Gabriel. *Planos de Saúde: saúde e contrato na contemporaneidade*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 308, FIGUEIREDO, Mariana Filchtner. *Direito Fundamental à Saúde: parâmetros para sua eficácia e efetividade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 97, GREGORI, Maria Stella. *Planos de Saúde: a ótica da proteção do consumidor*. 3. ed. São Paulo: RT, 2011. p. 39 e SCAFF, Fernando Campos. *Direito à Saúde no Âmbito Privado: contratos de adesão, planos de saúde e seguro-saúde*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 22/24.



de serviços de saúde, prestados via rede de prestadores própria ou contratada, em contrapartida do pagamento de uma contraprestação mensal.¹⁴

Não obstante a extensa regulamentação que incide sobre os planos de saúde, especialmente (mas não apenas) pelas normas da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), e embora boa parte dos principais tópicos (como a amplitude das coberturas assistenciais obrigatórias) esteja amplamente normatizada, as relações estabelecidas no âmbito deste setor constituem-se através de instrumentos contratuais, por meio dos quais são estabelecidos direitos e obrigações das partes.

Através da sua receita, advinda do pagamento das mensalidades dos contratantes e beneficiários, as operadoras pagam os prestadores a ela vinculados, como hospitais, médicos e laboratórios, muitos dos quais dependem integralmente desta forma de faturamento. E, naturalmente, os prestadores prestam seus serviços aos beneficiários desde que as operadoras paguem pelos respectivos serviços.

O mercado e o sistema de saúde suplementar, portanto, pode ser caracterizado como um complexo motor, cujas engrenagens são interdependentes: o não funcionamento de uma compromete o das demais. Portanto, os planos de saúde estão intimamente vinculados e relacionados com o nível de intensidade das demandas assistenciais, com o nível de empregos, com o adimplemento das mensalidades por parte dos seus contratantes e com prestadores de serviços de saúde integrantes da sua rede assistencial.

Neste sentido, em um contexto de fechamento de

¹⁴ Sobre os efeitos da pandemia nas relações contratuais, inclusive da necessidade de verificar os efeitos concretos em cada caso, ver ALBIANI, Christiane Mattos. Os Impactos do Coronavírus nas Relações Contratuais. In: BAHIA, Saulo José Casali; MARTINS, Carlos Eduardo Behrmann Rátis Martins (Coords. e Orgs.). *Direitos e Deveres Fundamentais em Tempos de Coronavírus*. Segundo Volume. São Paulo: IASP, 2020. p. 164/181.

estabelecimentos comerciais e empresas¹⁵, demissões em massa, queda geral de renda e poder de compra, impedimento de contatos físicos, lotação de hospitais, profissionais da saúde em risco, afastados e morrendo, os reflexos direta e indiretamente causados pela Covid-19 no mercado dos planos de saúde deu-se sob diversos aspectos e de maneira bastante nítida.¹⁶ Nada mais natural, frente a este cenário, sobretudo considerando a relevância deste segmento econômico para o país, que as autoridades públicas buscassem – e busquem – adotar medidas voltadas à mitigação destes impactos.

II. REPERCUSSÕES DA COVID-19 NO SISTEMA DE SAÚDE SUPLEMENTAR

1. AS MEDIDAS POLÍTICO-LEGISLATIVAS

A despeito da vastidão de expedientes normativos publicados¹⁷, em praticamente todas as searas e setores, na tentativa

¹⁵ A taxa de desocupação no Brasil alcançou 14,6% no final do terceiro trimestre de 2020, o que equivale a 14,1 milhões de pessoas (INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *PNAD Contínua*: desemprego chega a 14,6% no terceiro trimestre, com alta em 10 estados. Disponível em: <<https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/29520-desemprego-chega-a-14-6-no-terceiro-trimestre-com-alta-em-10-estados#:~:text=A%20taxa%20de%20desocupa%C3%A7%C3%A3o%20chegou,14%2C1%20milh%C3%B5es%20de%20pessoas>>. Acesso em: 12/01/2021).

¹⁶ Não obstante, ao contrário do que se poderia presumir, de acordo com os dados disponibilizados ao longo de 2020, pela ANS, através das edições do seu “Boletim Covid-19 – Saúde Suplementar”, o nível de inadimplência não destoou da média histórica, assim como não houve aumento dos níveis de sinistralidade (e por decorrência dos custos assistenciais das operadoras) em relação aos anos anteriores (AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR. *Coronavírus (Covid-19)*: monitoramento dos impactos da pandemia. Disponível em: <<http://www.ans.gov.br/aans/noticias-ans/coronavirus-covid-19>>. Acesso em: 12/01/2021).

¹⁷ Uma pesquisa realizada pela Centro de Estudos e Pesquisas de Direito Sanitário, da Universidade de São Paulo, junto com a Conectas Direitos Humanos, contabilizou 1.236 normas jurídicas relacionadas à pandemia, elaboradas pela União, entre janeiro e maio de 2020 (CENTRO DE ESTUDOS E PESQUISAS DE DIREITO SANITÁRIO. *Direitos na Pandemia*: mapeamento e análise das normas jurídicas de resposta



de minimizar e enfrentar os efeitos da pandemia - alguns com amplo espectro de alcance, como a Lei Federal nº. 14.010¹⁸ -, é especialmente espantosa a quantidade de medidas político-legislativas, aqui compreendidas como Leis e Projetos de Lei (PLs), que objetivam e objetivaram alterar questões relacionadas aos planos de saúde.

A partir de uma pesquisa junto ao sítio eletrônico da Câmara dos Deputados¹⁹, apenas entre os meses de março e julho de 2020, constata-se que foram apresentados mais de 50 PLs²⁰ relativos especificamente aos planos de saúde e tendo como contexto a pandemia, quase todos pretendendo alterar a Lei Federal nº. 9.656/98 (a Lei dos Planos de Saúde) e/ou a Lei Federal nº. 13.979/2020, e que se encontram, atualmente, em plena tramitação.

A grande maioria dos projetos busca ampliar direitos e garantias dos beneficiários, impedindo, por exemplo, as operadoras de reajustar mensalidades, de suspender atendimentos ou mesmo de rescindir contratos, ainda que frente a situações de inadimplemento. Seguindo esta trilha, citáveis, por exemplo, o PL nº. 846/2020, para vedar a suspensão ou rescisão unilateral dos planos de saúde das pessoas afetadas pelas medidas adotadas no enfrentamento da pandemia; o PL nº. 1.070/2020, para vedar o reajuste das mensalidades de planos de saúde em casos de

à Covid-19 no Brasil. Boletim n. 01. Disponível em: <<http://cepedisa.org.br/publicacoes/>>. Acesso em: 15/07/2020).

¹⁸ Dispõe sobre o Regime Jurídico Emergencial e Transitório das relações jurídicas de Direito Privado (RJET) no período da pandemia do coronavírus (Covid-19).

¹⁹ Disponível em: <https://www.camara.leg.br/buscaProposicoesWeb/pesquisaSimplificada>.

²⁰ O referido número desconsidera os PLs apresentados no período e que, apesar de tratar de planos de saúde, nenhuma relação tem com a pandemia da Covid-19, como por exemplo os PLs nº. 2.285/2020, que busca eliminar os prazos de carências dos planos de saúde, e nº. 3.453/2020, que busca proibir a “discriminação por gênero, raça e credo” quando da contratação de planos de saúde (ambos do deputado federal Alexandre Frota – PSDB/SP) e o PL nº. 3.441/2020, para incluir academias de ginástica e atividades físicas dentre as coberturas obrigatórias (do deputado federal Nereu Crispim - PSL/RS).

epidemias de grande proporção; o PL nº. 1.443/2020, para vedar as operadoras de praticarem reajustes de mensalidade, bem como negar atendimento por motivo de inadimplência, durante o período da emergência sanitária decorrente da pandemia; o PL nº. 2.418/2020, para determinar que os valores das mensalidades de todos os contratos de planos de saúde sejam reduzidos em 30% durante a vigência do estado de calamidade pública decorrente da Covid-19; e o PL nº. 2.154/2020, para tornar obrigatória a cobertura para exames de agentes patogênicos causadores de epidemias e pandemias.²¹

Muitos projetos, por outro lado, buscam garantir que o sistema público de saúde e o Poder Público em geral possa utilizar (fila única²²) ou requisitar²³ a rede de prestadores dos planos de saúde, especialmente os hospitais e leitos de UTI, de modo a ampliar o acesso aos pacientes sem planos. Citáveis, neste

²¹ Entre outros que também tratam de questões semelhantes, citáveis os PLs nº. 955/2020, 1.117/2020, 1.288/2020, 1.318/2020, 1.317/2020, 1.493/2020, 1.474/2020, 1.636/2020, 1.763/2020, 1.892/2020, 1.859/2020, 1.907/2020, 1.944/2020, 2.012/2020, 2.230/2020, 2.250/2020, 2.286/2020, 3.117/2020, 1.542/2020, 3.219/2020, 3.240/2020, 3.504/2020, 3.821/2020, 3.854/2020, 3.846/2020, 3.870/2020 e 3.885/2020.

²² A criação de uma fila única (tanto a proposta de fila única geral, como de uma fila única parcial) de leitos hospitalares, especialmente de UTI, contemplando instituições públicas e privadas, leva em consideração diversos fatores, entre eles a desigualdade no número de leitos disponíveis ao Sistema Único de Saúde frente àqueles disponíveis aos beneficiários de planos de saúde. Sobre o tema, ver MARINHO, Alexandre. *A Proposta de Adoção de Fila Única nas Unidades de Terapia Intensiva e nas Demais Internações Hospitalares, durante a Pandemia de Covid-19 no Brasil: considerações teóricas do campo da economia da saúde sobre as alternativas disponíveis*. Nota Técnica nº. 65. Brasília: IPEA, 2020. Disponível em: <http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/10011/1/NT_65_Diset_%20Proposta%20de%20Adocao%20de%20Fila%20unica%20nas%20Unidades%20de%20Terapia%20Intensiva.pdf>. Acesso em: 28/06/2020.

²³ Em linhas gerais, os alegados fundamentos jurídicos de tal requisição são a Constituição Federal (arts. 5º, inc. XXV e 196), a Lei Federal nº. 8.080/90 (art. 15, inc. XIII) e a Lei Federal nº. 13.979/20 (art. 3º, inc. VII). Citável, também, a Recomendação nº. 26/2020, do Conselho Nacional de Saúde, que “Recomenda aos gestores do SUS, em seu âmbito de competência, que requisitem leitos privados, quando necessário, e procedam à sua regulação única a fim de garantir atendimento igualitário durante a pandemia”.



sentido, por exemplo, o PL nº. 1.254/2020, que cria uma fila única, por unidade federada, de todos os pacientes com indicação médica para internação hospitalar, para ocupação aos leitos hospitalares vagos, em instituições públicas e privadas, durante o período de emergência em saúde pública em função da Covid-19; o PL nº. 1.316/2020, para prever a possibilidade de não apenas leitos hospitalares, mas de alas e até hospitais inteiros serem requisitados pelo Poder Público; o PL nº. 2.301/2020, que garante o acesso dos pacientes diagnosticados com Covid-19 em estado grave a todos os leitos de UTI, seja em hospital público ou privado, de acordo com a gravidade e proximidade geográfica com a instituição, durante o período da emergência em saúde pública; e o PL nº. 3.143/2020, para permitir que operadoras de planos de saúde que tenham dívidas junto ao Fundo Nacional de Saúde, por conta do ressarcimento devido ao Sistema Único de Saúde, possam ser compensadas por meio da oferta de leitos de UTI da sua rede aos gestores do SUS, para atendimento exclusivo de usuários do sistema público.²⁴

Alguns PLs também se destacam por buscarem garantir direitos especiais aos prestadores de serviços, como o PL nº. 1.712/2020, que propõe que durante o período da pandemia as operadoras de planos de saúde garantam o pagamento dos prestadores de serviço hospitalares com base na média do faturamento destes dos últimos 12 meses e o PL nº. 2.145/2020, para determinar que todos os profissionais de saúde tenham direito a desconto de 50% na contratação de plano de saúde, mesmo para aqueles contratos firmados anteriormente à vigência da lei, enquanto alguns (poucos, é verdade) dirigem-se a garantir algum benefício às operadoras, como o PL nº. 1.630/2020, para obrigar bancos públicos e privados a criarem linha de crédito especial para financiamento de folha de pagamento de hospitais, clínicas e operadoras de planos de saúde.

²⁴ Entre outros que também tratam de questões semelhantes, citáveis os PLs nº. 2.176/2020, 2.333/2020, 2.460/2020 e 2.548/2020.



Além dos projetos legislativos em nível federal, em alguns Estados também tramitam ou tramitaram propostas, nas suas respectivas Assembleias Legislativas, que igualmente objetivaram trazer normas excepcionais e temporárias aos planos de saúde. Destas, destacam-se, por exemplo, o PL nº. 162, no Estado do Maranhão, que proíbe a suspensão e o cancelamento dos planos de saúde, por falta de pagamento, durante a pandemia (que resultou na Lei Estadual nº. 11.281); o PL nº. 162, no Estado de São Paulo, que autoriza o Poder Executivo a intervir na rede privada de saúde para garantir atendimento a casos graves de Covid-19; o PL nº. 1.670, no Estado da Paraíba, que proíbe as operadoras de, durante a pandemia, promover reajuste de mensalidades e de interromper serviços mesmo em caso de inadimplimento (já convertido na Lei Estadual n. 11.735); e o PL nº. 2.171, no Estado do Rio de Janeiro, que autoriza o Poder Executivo a proibir os planos de saúde de suspender ou cancelar contratos durante a pandemia (que também já se tornou a Lei

²⁵ Tecendo sólidas críticas à enxurrada de projetos e a sua sistemática desconsideração de elementos jurídicos e econômicos fundamentais dos planos de saúde, ver CARLINI, Angélica. *Planos de saúde*: quando a ação do Estado pode ter efeitos piores que os da pandemia! Junho. 2020. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-contratuais/329337/planos-de-saude-quando-a-acao-do-estado-poder-efeitos-piores-que-os-da-pandemia>>. Acesso em 25/06/2020.



Estadual nº. 8.811).²⁶

2. AS MEDIDAS JUDICIAIS

Apesar das medidas (ou tentativas de medidas) jurídicas adotadas no âmbito da esfera legislativa serem, conforme se viu, numerosas, no âmbito judicial também é possível localizar diversos casos de pleitos relacionados aos planos de saúde durante o período pandêmico, não obstante ainda não se possa mensurar com precisão a quantidade de demandas (especialmente de natureza individual), haja vista não se encontrar, até o momento, um estudo que tenha tentado compilar e analisar tais dados.

De qualquer sorte, a mídia foi responsável por veicular e noticiar a existência de diversas demandas judiciais de natureza coletiva, propostas por entidades representativas e que objetivavam assegurar direitos não previstos em lei ou em normas da ANS aos beneficiários de planos de saúde, sob a justificativa da atipicidade do momento.

Neste sentido, cabe citar, por exemplo, uma ação civil pública proposta pela Defensoria Pública do Distrito Federal²⁷, uma ação civil pública proposta pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo²⁸, uma ação civil pública proposta pela

²⁶ A constitucionalidade de algumas destas lei está sendo contestada, junto ao Supremo Tribunal Federal, através de ações propostas por entidades como a União Nacional das Instituições de Autogestão em Saúde e a Confederação Nacional das Empresas de Seguros Gerais, Previdência Privada, Saúde Suplementar e Capitalização (ex: Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 6.441, 6.443, 6.486, 6.538 e 6.491). Sobre a inconstitucionalidade de normas desta natureza, citável reflexão feita por CONDE, Luiz Felipe; MATTOS, Nathalia Victorino. É inconstitucional a lei fluminense que proíbe a suspensão de planos de saúde. *Revista Consultor Jurídico*. 2 de junho de 2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-jun-02/estado-nao-proibir-suspensao-plano-saude-pandemia>>. Acesso em: 29/06/2020.

²⁷ Processo nº. 0709544-98.2020.8.07.0001, tramitando junto à 15ª Vara Cível de Brasília.

²⁸ Processo nº. 1029663-70.2020.8.26.0100, tramitando junto à 32ª Vara Cível de São Paulo.



Defensoria Pública do Estado de Sergipe²⁹, uma ação civil pública proposta pela Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Norte³⁰ e uma ação civil pública proposta pela Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul³¹, todas em face de diversas operadoras de planos de saúde. As quatro primeiras buscam especialmente a garantia dos atendimentos, sem necessidade de cumprimento de carência, aos beneficiários suspeitos ou diagnosticados com Covid-19 e a quinta a não interrupção dos serviços em razão de inadimplemento das mensalidades.

Cabe destacar a similitude do objeto e propósito entre as suprarreferidas demandas judiciais coletivas e a grande maioria dos Projetos de Lei apresentados no Congresso Nacional, qual seja, proteger e assegurar aos beneficiários, independentemente de previsões contratuais ou normativas, mais direitos e garantir contra possíveis cancelamentos contratuais decorrentes de inadimplemento, contra possíveis reajustes nos valores de mensalidades ou contra negativas de cobertura para procedimentos relacionados à Covid-19.

Foi noticiada na mídia, também, uma inusitada demanda trabalhista³² através da qual empresas prestadoras de serviços para determinados estabelecimentos comerciais pretendiam que o plano de saúde fosse condenado a realizar, quinzenalmente, o teste para a Covid-19 dos seus empregados, independentemente da apresentação de sintomas ou de prescrição médica.

Em se tratando de ações judiciais, cabe referir, ainda, a existência de duas ações propostas pela Associação de Defesa dos Usuários de Seguros, Planos e Sistemas de Saúde em face da ANS, uma pretendendo a alteração da RN nº. 453, para que

²⁹ Processo nº. 20201360079, tramitando junto à 6ª Vara Cível de Aracaju.

³⁰ Processo nº. 0813982-53.2020.8.20.5001, tramitando junto à 4ª Vara Cível de Natal.

³¹ Processo nº. 5031637-21.2020.8.21.0001, tramitando junto à 15ª Vara Cível de Porto Alegre.

³² Processo nº. 0000496-12.2020.5.10.0006, tramitando junto à 6ª Vara de Trabalho de Brasília.



os planos de saúde fossem obrigados a disponibilizar e custear os testes diagnósticos para a Covid-19, independentemente da existência de sintomas ou de requisição médica³³; e outra buscando a obrigatoriedade de cobertura para o teste sorológico para a detecção do novo vírus³⁴. Mencionável, por fim, uma demanda judicial proposta pelo Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor (IDEC), junto à Justiça Federal do Distrito Federal, buscando a ampliação dos efeitos da suspensão dos reajustes de mensalidades determinada pela ANS em agosto.

3. AS MEDIDAS REGULATÓRIAS DA ANS

Para uma agência reguladora reconhecidamente muito ativa e atuante³⁵, em um período de total atipicidade, a ANS não poderia deixar de capitanear diversas medidas junto ao mercado de saúde suplementar para tentar minimizar os efeitos da pandemia, buscando preservar os beneficiários, os contratantes e, também, as próprias operadoras de planos de saúde.

Ainda em janeiro/2020, quando sequer havia notícias de disseminação de casos em território brasileiro, a ANS já havia começado a publicar materiais informativos, dirigidos aos consumidores, sobre a doença, sintomas, formas de transmissão, tratamento, bem como orientações de cuidados para prevenir e evitar a sua propagação. E em março, quando os primeiros casos estavam sendo noticiados, a agência publicou material³⁶

³³ Processo nº. 0807782-77.2020.4.05.8300, tramitando junto à 21ª Vara Federal da Seção Judiciária de Pernambuco.

³⁴ Processo nº. 0810140-15.2020.4.05.8300, tramitando junto à 6ª Vara Federal da Seção Judiciária de Pernambuco.

³⁵ BOTTESINI, Maury Ângelo. Contratos de Planos e Seguros Privados de Assistência à Saúde - Princípios Básicos da Atividade - Suporte Jurídico-Legal e Constitucional. In: CARNEIRO, Luiz Augusto Ferreira (Org. e Coord.). *Planos de Saúde: aspectos jurídicos e econômicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 49.

³⁶ AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR. *ANS Orienta: consultas, exames e cirurgias que não sejam urgentes devem ser adiados*. Março. 2020. Disponível em: <<http://www.ans.gov.br/aans/noticias-ans/consumidor/5426-ans-orienta-consultas-exames-e-cirurgias-que-nao-sejam-urgentes-devem-ser-adiados>>. Acesso



orientando aos consumidores para que adiassem “consultas, exames e cirurgias que não se enquadrem em casos de urgência e emergência”.

A disseminação de informações e orientações adequadas e assertivas, aliás, pode ser referida como uma preocupação central da agência desde os primeiros momentos, podendo ser destacada, neste sentido, a publicação da “Nota Informativa nº. 1 sobre coronavírus – Covid-19³⁷, um documento contendo informações e orientações sobre o novo vírus a serem repassadas, pelas operadoras, aos seus beneficiários e prestadores de serviços.

Além de ter sido protagonista quanto ao aspecto da prestação de informações, a ANS também pode ser reconhecida por outras medidas protetivas e que geraram substancial impacto e mudanças no mercado dos planos de saúde. Uma destas medidas foi a suspensão temporária das atividades presenciais: em 12 de março, foi decidido suspender o atendimento presencial feito ao público junto aos seus Núcleos, sendo mantido apenas atendimento telefônico e pela internet; na sequência, foram canceladas as reuniões técnicas e eventos presenciais; as reuniões ordinárias e extraordinárias da Diretoria Colegiada passaram a ser realizadas remotamente; e a própria regra, prevista na Resolução Normativa (RN/ANS) nº. 395/2016, que obriga as operadoras a garantirem atendimento presencial aos seus beneficiários, foi temporariamente suspensa.³⁸

Outra medida importante que foi adotada, não apenas para preservar as operadoras e os beneficiários, mas também os prestadores de serviços, foi a suspensão de determinados prazos de garantia de atendimento previstos na RN/ANS nº. 295/2011

em: 12/07/2020.

³⁷ AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR. *Nota Informativa da ANS – Número 01 sobre coronavírus – Covid-19*. Disponível em: <http://www.ans.gov.br/images/comunicado01_coronavirus.pdf>. Acesso em: 14/07/2020.

³⁸ Esta foi a medida 1 proposta na Nota Técnica nº 6/2020/DIRAD-DIFIS/DIFIS, e foi aprovada na 524ª Reunião Ordinária da Diretoria Colegiada, ocorrida em 20 de março de 2020.



e a ampliação de outros³⁹, inclusive como forma de permitir que fossem priorizados os recursos e os esforços para o atendimento dos beneficiários acometidos ou com suspeita de acometimento da nova doença, além de evitar sobrecarga dos sistemas de saúde e exposição desnecessária de beneficiários⁴⁰. Tal medida perdurou até meados de junho, e, de acordo com a ANS, só foi revertida a partir de manifestações favoráveis de diversas entidades representativas que, em reunião extraordinária realizada em 03 de junho, no âmbito da Câmara de Saúde Suplementar, concordaram com a retomada dos prazos originais.⁴¹

Além disso, os prazos dos processos e de diversas obrigações administrativas foram excepcionalmente alterados: o prazo para solução de demanda junto ao beneficiário, no âmbito da NIP assistencial, por exemplo, foi ampliado de 5 para 10 dias úteis⁴², os prazos da NIP não assistencial e dos processos sancionadores foram interrompidos⁴³ e os prazos relacionados a obrigações envolvendo, entre outros, SIB, TISS, IDSS e aqueles relativos ao processo de ressarcimento ao SUS foram, todos, prorrogados.⁴⁴ A flexibilização de obrigações econômico-

³⁹ Os prazos previstos nos incisos I, II, III, IV, V, VI, VII, VIII, IX, X e XI, do art. 3º, da RN nº. 259/2011 foram dobrados, os prazos previstos nos incisos XII e XIII foram suspensos, e apenas o prazo relativo aos atendimentos de urgência/emergência foi mantido. O detalhamento disto consta em AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR. *Nota Informativa da ANS – Número 04 sobre coronavírus – Covid-19*. Disponível em <https://www.ans.gov.br/images/stories/noticias/pdf/comunicado04_coronavirus.pdf>. Acesso em: 15/07/2020.

⁴⁰ Tais medidas constaram na Nota Técnica nº 4/2020/GGRAS/DIRAD-DIPRO/DIPRO, e foram aprovadas na 4ª Reunião Extraordinária da Diretoria Colegiada, ocorrida em 25 de março de 2020.

⁴¹ Considerações sobre os fundamentos que conduziram à retomada dos prazos originais constam na Nota Técnica nº 10/2020/ASSNT-DIPRO/DIRAD-DIPRO/DIPRO.

⁴² Esta foi a medida 2 proposta na Nota Técnica nº 6/2020/DIRAD-DIFIS/DIFIS, e foi aprovada na 524ª Reunião Ordinária da Diretoria Colegiada, ocorrida em 20 de março de 2020.

⁴³ Esta foi a medida 3 proposta na Nota Técnica nº 6/2020/DIRAD-DIFIS/DIFIS, e foi aprovada na 524ª Reunião Ordinária da Diretoria Colegiada, ocorrida em 20 de março de 2020.

⁴⁴ Estas medidas constaram na Nota Técnica nº 1/2020/DIRAD-DIDES/DIDES, e foram aprovadas na 524ª Reunião Ordinária da Diretoria Colegiada, ocorrida em 20 de



Outra ação da Agência foi a criação, em abril de 2020, de um Termo de Compromisso para viabilizar a liberação de recursos de reservas técnicas, com o intuito de garantir maior liquidez para as operadoras para que pudessem arcar com seus compromissos, resguardando beneficiários e sua rede prestadora. Em contrapartida, as operadoras que assinassem deveriam comprometer-se a, até 30 de junho, manter os beneficiários vinculados a planos individuais ou familiares, coletivos por adesão e empresariais de até 29 vidas, inclusive possibilitando a renegociação dos contratos e de dívidas, bem como a pagar regularmente seus prestadores de serviço.⁴⁶

Ainda que tenha havido críticas quanto à efetividade de todas essas medidas⁴⁷, em nenhum momento, cabe destacar, houve a permissão ou o incentivo para que as operadoras não garantissem a continuidade dos serviços e coberturas

⁴⁵ As medidas constaram na Nota Técnica nº 5/2020/DIOPE, e foram aprovadas na 6ª Reunião Extraordinária da Diretoria Colegiada, ocorrida em 31 de março de 2020.

⁴⁷ Há quem defenda que tais medidas não foram positivas para a sociedade como um todo: “São medidas em geral pouco claras, isoladas e desconectadas dos esforços empreendidos pelo SUS. Tratam-se de normas por vezes dúbias, não concatenadas com o interesse público, e que explicitam posicionamentos da agência reguladora e do mercado de planos de saúde incompatíveis com a emergência sanitária e com a necessidade imediata de aumentar exponencialmente a assistência em saúde organizada pela hierarquização de serviços e pela gravidade de casos” (GEPS – GRUPO DE ESTUDOS SOBRE PLANOS DE SAÚDE DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO; GPDES – GRUPO DE PESQUISA E DOCUMENTAÇÃO SOBRE EMPRESARIAMENTO NA SAÚDE DA UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO. *As Empresas de Planos de Saúde no Contexto da Pandemia do Coronavírus*: entre a omissão e o oportunismo. Nota Técnica. Abril. 2020. Disponível em: <<http://www.analisepoliticaemsaude.org/oaps/documentos/noticias/coronavirus-planosdesaude-pdf/>>. Acesso em: 17/07/2020).



contratualmente devidas: “[...] em hipótese alguma, as medidas aqui apresentadas têm o intuito de permitir que as operadoras de planos privados de assistências à saúde deixem de garantir os atendimentos médico-hospitalares contratados pelos beneficiários [...] tais garantias permanecem obrigatórias e devidas [...]”⁴⁸.

As medidas mais impactantes e noticiadas foram acerca da ampliação das coberturas assistenciais obrigatórias. Os tratamentos, procedimentos e demais serviços relativos ao tratamento da Covid-19, não obstante esta se configurasse como uma nova doença, foram, desde logo, reconhecidos como dentro das coberturas obrigatórias. Para fulminar qualquer dúvida sobre o tema, aliás, em 12 de março, a ANS publicou uma notícia com perguntas e respostas sobre o tema, na qual afirmou que “Sim, os planos de saúde já têm cobertura obrigatória para consultas, internações, terapias e exames que podem ser empregados no tratamento de problemas causados pelo Coronavírus (Covid-19)”⁴⁹.

As principais discussões, entretanto, disseram respeito à cobertura para os testes e demais exames de diagnóstico. Como a amplitude das coberturas obrigatórias está adstrita aos procedimentos e serviços previstos no Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde da ANS, os procedimentos de diagnóstico da Covid-19, por serem novos, não estavam previstos e, por decorrência, não estavam cobertos. Em razão disso, até por conta do apelo popular, a ANS publicou, em março/2020, a RN nº. 453, e posteriormente, em maio/2020, a RN nº. 457, ambas com o

⁴⁸ AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR. *Nota Técnica nº 4/2020/GGRAS/DIRAD-DIPRO/DIPRO*. Disponível em: <https://www.ans.gov.br/images/stories/noticias/pdf/covid_19/nota-tecnica-4-2020-ggras-dirad-dipro-dipro.pdf>. Acesso: 04/07/2020.

⁴⁹ AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR. *ANS inclui exame para detecção de Coronavírus no Rol de Procedimentos obrigatórios*. Disponível em: <<http://www.ans.gov.br/aans/noticias-ans/consumidor/5405-ans-inclui-exame-para-deteccao-de-coronavirus-no-rol-de-procedimentos-obrigatorios>>. Acesso em: 20/07/2020.



Por fim, uma última medida regulatória atribuível a ANS diz respeito aos estímulos para que as operadoras passassem a viabilizar o atendimento a distância dos seus beneficiários, através das suas redes de prestadores, por meio de tecnologias de informação e comunicação - “telemedicina”.⁵² A agência expressamente manifestou-se no sentido de que “[...] esse meio de atendimento deve ser utilizado sempre que for possível, uma vez que um dos objetivos é evitar a circulação de pessoas expostas ao vírus. As operadoras de saúde devem, junto aos profissionais, envidar esforços para garantir condições adequadas para as

⁵² A questão constou na Nota Técnica nº 3/2020/DIRAD-DIDES/DIDES, na Nota Técnica nº 4/2020/DIRAD-DIDES/DIDES e na Nota Técnica nº 7/2020/GGRAS/DIRAD-DIPRO/DIPRO, aprovadas na 6ª Reunião Extraordinária da Diretoria Colegiada, ocorrida em 31 de março de 2020.

consultas de telemedicina”⁵³.

Sobre a telemedicina, ainda, a Agência explicitou seu entendimento de não ser necessária qualquer alteração no Rol de Procedimentos, em razão de os atendimentos realizados a distância não se configurarem como novos procedimentos, mas apenas como modalidades de procedimentos já previstos e cobertos, pelo que já seria de cobertura obrigatória.⁵⁴ O tópico, pela importância, e por transcender aspectos puramente regulatórios relacionados à ANS, merece ser comentado de forma apartada.

4. AS MEDIDAS SANITÁRIAS E ASSISTENCIAIS – A TELEMEDICINA

Dentre as medidas de natureza sanitária que mais impacto tiveram junto aos planos de saúde destaca-se certamente a autorização normativa para o uso da telemedicina.⁵⁵ O tema foi abordado pela Portaria nº. 467, que, além de permitir a emissão de receitas e atestados médicos a distância, expressamente autorizou a utilização excepcional e temporária da telemedicina, bem como pela Lei Federal nº. 13.989.⁵⁶

⁵³ AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR. *Nota Técnica nº 4/2020/GGRAS/DIRAD-DIPRO/DIPRO*. Disponível em: <https://www.ans.gov.br/images/stories/noticias/pdf/covid_19/nota-tecnica-4-2020-ggras-dirad-dipro-dipro.pdf>. Acesso: 04/07/2020.

⁵⁴ AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR. *Nota Técnica* n° 7/2020/GGRAS/DIRAD-DIPRO/DIPRO. Disponível em: <https://www.ans.gov.br/images/stories/noticias/pdf/covid_19/Nota_Tecnica_n_7_2020_GGRAS_DIRAD-DIPRO_DIPRO.pdf>. Acesso em: 22/07/2020.

⁵⁵ Sobre alguns desdobramentos da implantação de formas de assistência à saúde a distância, através de plataformas e recursos tecnológicos, no combate da Covid-19, ver CAETANO, Rosângela. et al. Desafios e oportunidades para telessaúde em tempos da pandemia pela COVID-19: uma reflexão sobre os espaços e iniciativas no contexto brasileiro. *Cadernos de Saúde Pública*. Vol. 36. N. 5. 2020. Disponível em: <<http://cadernos.ensp.fiocruz.br/static/arquivo/1678-4464-csp-36-05-e00088920.pdf>>. Acesso em: 15/07/2020.

⁵⁶ No mínimo 5 Projetos de Lei, apresentados entre 28/04 e 11/05, também tratam do assunto no contexto da pandemia: o PL nº. 2.271/2020, para garantir aos beneficiários de planos de saúde a cobertura de atendimento com o uso de telemedicina sempre que

A telemedicina é um termo amplo e genérico que engloba diversos outros termos, como a teleconsulta, a teleorientação, o telemonitoramento e a telecirurgia, e diz respeito a formas de assistência e prestação de serviço médico⁵⁷ a distância, através de plataformas tecnológicas de informação e comunicação. Apesar de não constituir uma forma de assistência verdadeiramente nova⁵⁸ e já ser considerada, há algum tempo, como uma das potenciais formas de suprir deficiências nos serviços e sistemas de saúde⁵⁹, a prestação de serviços de saúde a distância atrai

houver compatibilidade do serviço com essa modalidade de serviço; o PL nº. 2.395/2020, para autorizar que planos de saúde garantam cobertura para atendimentos na modalidade remota, ou teleatendimento, na vigência de pandemia declarada pelo Ministério da Saúde; o PL nº. 2.391/2020, para determinar a obrigatoriedade de as operadoras prestarem serviços psicológicos por meio de tecnologia de informação e comunicação; o PL nº. 2.472/2020, para determinar que as operadoras obrigatoriamente ofereçam atendimento remoto/telemedicina, em todas as áreas da saúde, sem possibilidade de cobrança adicional ou imposição de carências, durante o período da pandemia; e o PL nº. 2.541/2020, para determinar as operadoras a autorizarem a realização de teleconsultas e consultas *online* enquanto vigorar o estado de calamidade pública.

⁵⁷ A telemedicina, por sua vez, deve ser compreendida como uma espécie do gênero teleassistência ou telessaúde, o qual abrange atividades e serviços da saúde que não necessariamente médicos, mas de outros profissionais da saúde, como fonoaudiólogos, nutricionistas, cirurgiões-dentistas, enfermeiros, entre outros). Alguns conselhos profissionais, como o dos psicólogos, por exemplo, já regulamentaram tal prática há alguns anos, conforme a Resolução CFP nº. 11/2018, enquanto outros, como o dos nutricionistas, através da Resolução CFN nº. 646/2020, por exemplo, autorizou-a provisoriamente durante a pandemia.

⁵⁸ Acerca do histórico da telemedicina, cujos relatos iniciais remontam ao século XIX, ver HARTZHEIM, Erno. et al. *Guia de Avaliação, Implantação e Monitoramento de Programas e Serviços em Telemedicina e Telessaúde*. Documento produzido em parceria por profissionais do Hospital Alemão Oswaldo Cruz e da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Agosto. 2019. Disponível em: <https://rebrats.saude.gov.br/images/MenuPrincipal/Guia_Avaliacao_telessaude_telemedicina.pdf>. Acesso em 20/07/2020.

⁵⁹ Sobre o tema, inclusive com referência à utilização da telemedicina em outros países, ver SILVA, Amanda Reis Almeida. *A Telemedicina traz benefícios ao sistema de saúde?* Evidências Internacionais das experiências e impactos. Instituto de Estudos de Saúde Suplementar. 2019. Disponível em: <<https://www.ieess.org.br/cms/rep/td-74-telemedicina.pdf>>. Acesso em: 13/07/2020; sobre os desafios e os possíveis benefícios da utilização da telemedicina, especialmente em um país continental como o Brasil, ver MALDONADO, José Manuel Santos de Vargue; MARQUES, Alexandre Barbosa;



debates éticos e jurídicos importantes, razão pela qual não foi, até hoje, largamente implantada⁶⁰.

Diversas formas de teleassistência já são previstas e regulamentadas no Brasil, como, por exemplo, a telepatologia (Resolução CFM nº. 2.264/2019), as consultas médicas em domicílio por aplicativo (Resolução CFM nº. 2.178/2017) e a telerradiologia (Resolução CFM nº. 2.107/2014), tudo isso sem contar outras normas que abordam assuntos adjacentes ao tema, como a Resolução CFM nº. 1.821/2007⁶¹, que trata do prontuário eletrônico/digitalizado e do registro eletrônico em saúde, e as Resoluções CFM nº. 1.983/2012 e nº. 2.233/2019, que normatizam a CRM Digital.

No âmbito normativo, a própria telemedicina, aliás, está prevista no mínimo desde 2012, quando a Resolução CFM nº. 1.643/2002⁶² definiu e disciplinou a matéria, além de estar referida, também, no Código de Ética Médica (Resolução CFM nº. 2.217/2018)⁶³. No entanto, especialmente a consulta típica (teleconsulta), incluindo a formação de diagnóstico e a prescrição a distância, salvo situação de urgência ou emergência, não são eticamente admitidas pelo Conselho Federal de Medicina, seja

CRUZ, Antonio. Telemedicina: desafios à sua difusão no Brasil. *Caderno de Saúde Pública*. Vol. 32. Suplemento 2. 2016. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/csp/v32s2/pt_1678-4464-csp-32-s2-e00155615.pdf>. Acesso em: 28/07/2020.

⁶⁰ Os elementos basilares e fundamentais acerca da telemedicina podem ser resumidamente verificados na Declaração de Tel Aviv sobre Responsabilidades e Normas éticas na Utilização da Telemedicina, adotada pela 51ª Assembleia Geral da Associação Médica Mundial, em 1999, e rescindida em 2006, disponível em <<https://www.wma.net/policies-post/wma-statement-on-accountability-responsibilities-and-ethical-guidelines-in-the-practice-of-telemedicine/>>.

⁶¹ A Resolução CFM nº. 1.638/2002, que define o prontuário médico, já trazia referência à possibilidade de o prontuário ser elaborado em meio eletrônico (art. 5º, inc. D).

⁶² Apenas para referir, no âmbito do Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo, já havia a Resolução nº. 97/2001, que regravava questões sobre esta temática.

⁶³ Conforme a Resolução CFM nº. 2.217/2018, art. 37, §1º: “O atendimento médico a distância, nos moldes da telemedicina ou de outro método, dar-se-á sob regulamentação do Conselho Federal de Medicina”.

por não permitir o exame direto do paciente⁶⁴, seja por não haver, ainda, regulamentação expressa sobre tais práticas⁶⁵.

Com efeito, com fundamento nos diplomas normativos acima citados, e desde que atendidos determinados pressupostos (como a utilização de tecnologia que assegure a integridade, segurança e o sigilo das informações trocadas), a utilização de telemedicina foi formalmente autorizada, ainda que em caráter excepcional e provisório, durante a pandemia⁶⁶.

Apesar de dizer respeito a todo o sistema de saúde brasileiro, e não apenas ao âmbito da saúde suplementar, a autorização para a utilização da telemedicina pode ser caracterizada como um dos mais importantes impactos jurídicos decorrentes da pandemia da Covid-19 junto aos planos de saúde, o que se confirma pelas próprias manifestações da ANS acima comentadas, bem como pelos posicionamentos de Conselhos de Medicina⁶⁷ que se sucederam sobre a questão. Cabe referir que já

⁶⁴ Conforme a Resolução CFM nº. 2.217/2018, art. 37, *caput*: “É vedado ao médico: [...] Prescrever tratamento e outros procedimentos sem exame direto do paciente, salvo em casos de urgência ou emergência e impossibilidade comprovada de realizá-lo, devendo, nesse caso, fazê-lo imediatamente depois de cessado o impedimento, assim como consultar, diagnosticar ou prescrever por qualquer meio de comunicação de massa”.

⁶⁵ Cabe referir que em 2018, o CFM editou a Resolução CFM nº. 2.227/2018 que, enfim, passou a formalmente admitir e definir diversas formas de assistência médica a distância, inclusive a teleconsulta, a teleinterconsulta, o telediagnóstico, a telecirurgia, a teletriagem e o telemonitoramento. No entanto, frente às diversas manifestações contrárias por parte de médicos em todo o país, poucos dias depois o próprio CFM publicou a Resolução nº. 2.228/2019, revogando a norma anterior.

⁶⁶ Uma das grandes problemáticas que a implantação da tecnologia na prestação de serviços médicos acarreta diz respeito à segurança e à proteção de dados pessoais sensíveis dos pacientes, haja vista as repercussões jurídicas advindas de potenciais violações (e vazamentos) de tais dados, mormente após o início da vigência da Lei Federal nº. 13.709, a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Sobre o tema, ver FALEIROS JÚNIOR, José Luiz de Moura; NOGAROLI, Rafaella; CAVET, Caroline Amadori. Telemedicina e Proteção de Dados: reflexões sobre a pandemia da Covid-19 e os impactos jurídicos da tecnologia aplicada à saúde. *Revista dos Tribunais*. V. 1016. São Paulo: RT, jun./2020. p. 327/362.

⁶⁷ No âmbito do Conselho Regional de Medicina do Rio Grande do Sul, por exemplo, foi emitida uma nota oficial acerca da importância utilização da telemedicina no combate da pandemia (CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DO RIO GRANDE



existe, atualmente, tramitando no Congresso Nacional, no mínimo um Projeto de Lei⁶⁸ que pretende autorizar a prática da telemedicina de forma permanente, ou seja, inclusive após o período da pandemia.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Muitos foram os impactos e medidas jurídico-normativas decorrentes da pandemia da Covid-19 no mercado dos planos de saúde: desde algumas Leis federais e estaduais a inúmeros projetos legislativos; demandas judiciais em face de operadoras, especialmente ações civis públicas buscando ampliação de direitos e garantias em prol de beneficiários; diversas medidas regulatórias propostas pela ANS, com suspensão, prorrogação e ampliação de obrigações previstas na regulamentação; e a liberação legal, ainda que provisória, da utilização da telemedicina.

É certo, outrossim, que os exemplos e as referências trazidas neste artigo são apenas uma pequena parcela dos impactos neste mercado e que, ademais, continuam a ocorrer, ainda sem data para terminarem. Apesar de a vacinação da população já ter iniciado em diversos países, no Brasil ainda não há definição e certeza de quando e como isso ocorrerá; paralelamente, os números de infectados e de mortos, especialmente a partir da segunda quinzena de dezembro continuam crescendo.

E mesmo com a vacinação e a redução do número de infectados, o que se espera ocorra com brevidade, as repercussões jurídicas sobre os planos de saúde, direta e indiretamente decorrentes da pandemia, certamente serão percebidas ainda por

DO SUL. *Nota sobre o Coronavírus e Telemedicina*. 19 de março de 2020. Disponível em: <<https://cremers.org.br/wp-content/uploads/2020/03/19.03.2020-Nota-Cremers-Telemedicina.pdf>>. Acesso em: 17/07/2020).

⁶⁸ Refere-se ao PL nº. 1.998/2020, de autoria da deputada federal Adriana Ventura (NOVO/SP) e do deputado federal Marcel Van Hattem (NOVO/RS), apresentado em 17/04/2020. Entre as justificadas explicitadas no documento estão ampliar o acesso, aumentar a qualidade e reduzir os custos dos serviços de saúde no Brasil.



Se as medidas e alterações propostas efetivamente geraram (ou gerarão) benefício, estabilidade e sustentabilidade ao setor, ou se foram (ou serão) suficientes, pertinentes, necessárias e adequadas, apenas os próximos meses permitirão saber.



AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR. *ANS inclui exame para detecção de Coronavírus no Rol de Procedimentos obrigatórios*. Disponível em: <<http://www.ans.gov.br/aans/noticias-ans/consumidor/5405-ans-inclui-exame-para-deteccao-de-coronavirus-no-rol-de-procedimentos-obrigatorios>>. Acesso em: 20/07/2020.



- _____. *Coronavírus (Covid-19): monitoramento dos impactos da pandemia.* Disponível em: <<http://www.ans.gov.br/aans/noticias-ans/coronavirus-covid-19>>. Acesso em: 12/01/2021.
- _____. *ANS Orienta: consultas, exames e cirurgias que não sejam urgentes devem ser adiados.* Março. 2020. Disponível em: <<http://www.ans.gov.br/aans/noticias-ans/consumidor/5426-ans-orienta-consultas-exames-e-cirurgias-que-nao-sejam-urgentes-devem-ser-adiados>>. Acesso em: 12/07/2020.
- _____. *Dados Consolidados Saúde Suplementar.* Atualizado em 21 de dezembro de 2020. Disponível em: <<http://www.ans.gov.br/perfil-do-setor/dados-e-indicadores-do-setor>> Acesso em: 12/01/2021.
- _____. *Nota Informativa da ANS – Número 01 sobre coronavírus – Covid-19.* Disponível em: <http://www.ans.gov.br/images/comunicado01_coronavirus.pdf>. Acesso em: 14/07/2020.
- _____. *Nota Informativa da ANS – Número 04 sobre coronavírus – Covid-19.* Disponível em <https://www.ans.gov.br/images/stories/noticias/pdf/comunicado04_coronavirus.pdf>. Acesso em: 15/07/2020.
- _____. *Nota Técnica nº 4/2020/GGRAS/DIRAD-DIPRO/DIPRO.* Disponível em: <https://www.ans.gov.br/imagens/stories/noticias/pdf/covid_19/nota-tecnica-4-2020-ggras-dirad-dipro-dipro.pdf>. Acesso: 04/07/2020.
- _____. *Nota Técnica nº 7/2020/GGRAS/DIRAD-DIPRO/DIPRO.* Disponível em: < [https://www.ans.gov.br/imagens/stories/noticias/pdf/covid_19/Nota Tecnica_n_7_2020_GGRAS_DIRAD-DIPRO_DIPRO.pdf](https://www.ans.gov.br/imagens/stories/noticias/pdf/covid_19/Nota_Tecnica_n_7_2020_GGRAS_DIRAD-DIPRO_DIPRO.pdf) >. Acesso em: 22/07/2020.
- _____. *Suspensão de reajustes 2020.* Disponível em: <<http://www.ans.gov.br/aans/noticias-ans/consumidor/5920-suspensao-de-reajustes-2020>>. Acesso em:

29/08/2020.

ALBIANI, Christiane Mattos. Os Impactos do Coronavírus nas Relações Contratuais. In: BAHIA, Saulo José Casali; MARTINS, Carlos Eduardo Behrmann Rátis Martins (Coords. e Orgs.). *Direitos e Deveres Fundamentais em Tempos de Coronavírus*. Segundo Volume. São Paulo: IASP, 2020. p. 164/181.

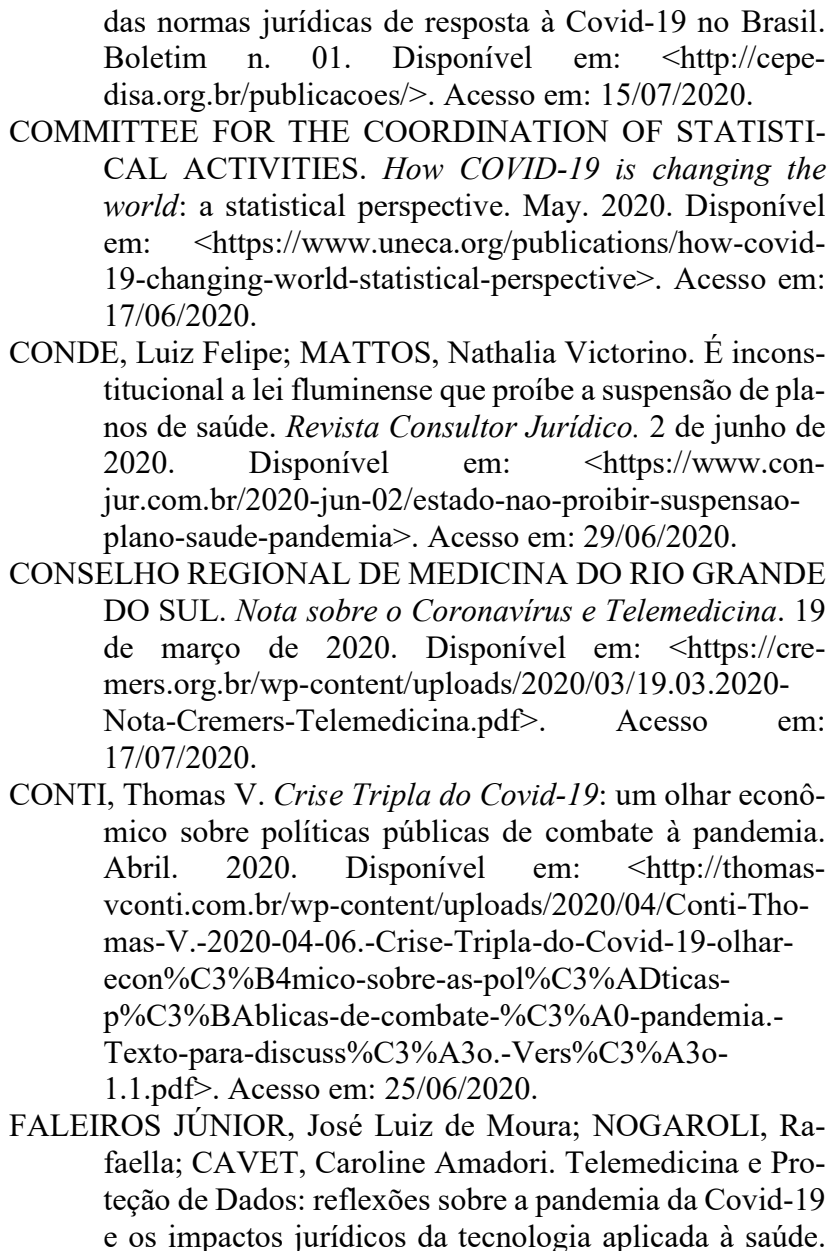
BAIG, Aamer. et al. *The COVID-19 recovery will be digital: A plan for the first 90 days*. May. 2020. Disponível em: <<https://www.mckinsey.com/business-functions/mckinsey-digital/our-insights/the-covid-19-recovery-will-be-digital-a-plan-for-the-first-90-days#>>. Acesso em: 05/06/2020.

BOTTESINI, Maury Ângelo. Contratos de Planos e Seguros Privados de Assistência à Saúde - Princípios Básicos da Atividade - Suporte Jurídico-Legal e Constitucional. In: CARNEIRO, Luiz Augusto Ferreira (Org. e Coord.). *Planos de Saúde: aspectos jurídicos e econômicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 49.

CAETANO, Rosângela. et al. Desafios e oportunidades para tessaúde em tempos da pandemia pela COVID-19: uma reflexão sobre os espaços e iniciativas no contexto brasileiro. *Cadernos de Saúde Pública*. Vol. 36. N. 5. 2020. Disponível em: <<http://cadernos.ensp.fiocruz.br/static/arquivo/1678-4464-csp-36-05-e00088920.pdf>>. Acesso em: 15/07/2020.

CARLINI, Angélica. *Planos de saúde: quando a ação do Estado pode ter efeitos piores que os da pandemia!* Junho. 2020. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-contratuais/329337/planos-de-saude-quando-a-acao-do-estado-pode-ter-efeitos-piores-que-os-da-pandemia>>. Acesso em 25/06/2020.

CENTRO DE ESTUDOS E PESQUISAS DE DIREITO SANITÁRIO. *Direitos na Pandemia: mapeamento e análise*





- Revista dos Tribunais*. V. 1016. São Paulo: RT, jun./2020. p. 327/362.
- FERGUSON, Neil M. et al. *Impact of non-pharmaceutical interventions (NPIs) to reduce COVID-19 mortality and healthcare demand*. Report 9. Imperial College COVID-19 Responde Team. March. 2020. Disponível em: <<https://www.imperial.ac.uk/media/imperial-college/medicine/sph/ide/gida-fellowships/Imperial-College-COVID19-NPI-modelling-16-03-2020.pdf>>. Acesso em: 15/06/2020.
- FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Direito Fundamental à Saúde: parâmetros para sua eficácia e efetividade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 97.
- GEPS – GRUPO DE ESTUDOS SOBRE PLANOS DE SAÚDE DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO; GPDES – GRUPO DE PESQUISA E DOCUMENTAÇÃO SOBRE EMPRESARIAMENTO NA SAÚDE DA UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO. *As Empresas de Planos de Saúde no Contexto da Pandemia do Coronavírus: entre a omissão e o oportunismo*. Nota Técnica. Abril. 2020. Disponível em: <<http://www.analisepoliticaemsaude.org/oaps/documentos/noticias/coronavirus-planosdesaude-pdf/>>. Acesso em: 17/07/2020.
- GREGORI, Maria Stella. *Planos de Saúde: a ótica da proteção do consumidor*. 3. ed. São Paulo: RT, 2011.
- _____. Exames Obrigatórios para Identificar o Novo Coronavírus. *Revista de Direito do Consumidor*. V. 132. São Paulo: RT, nov./dez. 2020. p. 17/30.
- HARZHEIM, Erno. et al. *Guia de Avaliação, Implantação e Monitoramento de Programas e Serviços em Telemedicina e Telessaúde*. Documento produzido em parceria por profissionais do Hospital Alemão Oswaldo Cruz e da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Agosto. 2019. Disponível em:



<https://rebrats.saude.gov.br/images/MenuPrincipal/Guia_Avaliacao_telessaude_telemedicina.pdf>.
Acesso em 20/07/2020.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *PNAD Contínua*: desemprego chega a 14,6% no terceiro trimestre, com alta em 10 estados. Disponível em: <<https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/29520-desemprego-chega-a-14-6-no-terceiro-trimestre-com-alta-em-10-estados#:~:text=A%20taxa%20de%20desocupacao%20%C3%A7%C3%A3o%20chegou,14%20C1%20mil%C3%B5es%20de%20pessoas>>.
Acesso em: 12/01/2021.

LIMA, Nísia Trindade; BUSS, Paulo Marchiori; PAES-SOUZA, Rômulo. A Pandemia de Covid-19: uma crise sanitária e humanitária. *Caderno de Saúde Pública*. Vol. 36. N. 7. 2020. Disponível em: <<http://cadernos.ensp.fiocruz.br/static/arquivo/1678-4464-csp-36-07-e00177020.pdf>>. Acesso em: 01/08/2020.

MALDONADO, José Manual Santos de Varge; MARQUES, Alexandre Barbosa; CRUZ, Antonio. Telemedicina: desafios à sua difusão no Brasil. *Caderno de Saúde Pública*. Vol. 32. Suplemento 2. 2016. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/csp/v32s2/pt_1678-4464-csp-32-s2-e00155615.pdf>. Acesso em: 28/07/2020.

MARINHO, Alexandre. *A Proposta de Adoção de Fila Única nas Unidades de Terapia Intensiva e nas Demais Internações Hospitalares, durante a Pandemia de Covid-19 no Brasil*: considerações teóricas do campo da economia da saúde sobre as alternativas disponíveis. Nota Técnica nº. 65. Brasília: IPEA, 2020. Disponível em:



<http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/10011/1/NT_65_Di-set_%20Proposta%20de%20Adocao%20de%20Fila%20unica%20nas%20Unidades%20de%20Terapia%20Intensiva.pdf>. Acesso em: 28/06/2020.

- OCKE-REIS, Carlos Octávio; ANDREAZZI, Maria de Fátima Siliansky de; SILVEIRA, Fernando Gaiger. *O Mercado de Saúde no Brasil: uma criação do Estado? Revista de economia contemporânea*. V. 10. n. 1. Rio de Janeiro: Instituto de Economia da Universidade Federal do Rio de Janeiro, jan./abr. 2006. p. 157/185.
- OLIVEIRA, Amanda Flávio de. Regulamentação dos Planos de Saúde e Proteção da Pessoa Humana. *Revista de Direito do Consumidor*. V. 51. São Paulo: RT, jul./set. 2004. p. 101/111.
- SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Comentários ao art. 199. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2018.
- SCAFF, Fernando Campos. *Direito à Saúde no Âmbito Privado: contratos de adesão, planos de saúde e seguro-saúde*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- SCHULMAN, Gabriel. *Planos de Saúde: saúde e contrato na contemporaneidade*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.
- SILVA, Amanda Reis Almeida. *A Telemedicina traz benefícios ao sistema de saúde? Evidências Internacionais das experiências e impactos*. Instituto de Estudos de Saúde Suplementar. 2019. Disponível em: <<https://www.iess.org.br/cms/rep/td-74-telemedicina.pdf>>. Acesso em: 13/07/2020.
- WORLD ECONOMIC FORUM. *How coronavirus has hit employment in G7 economies*. May. 2020. Disponível em:



<<https://www.weforum.org/agenda/2020/05/coronavirus-unemployment-jobs-work-impact-g7-pandemic/>>.

Acesso em: 25/07/2020.

WORLDOMETER. *COVID-19 CORONAVIRUS PANDEMIC*.

Disponível em: <<https://www.worldometers.info/coronavirus/>>. Acesso em: 12/01/2021.



segunda e terceira geração no texto constitucional. Para a realização da pesquisa utilizou-se do método dedutivo bibliográfico, fazendo-se intensa revisão bibliográfica de conceituados doutrinadores que abordam o tema. A proteção dos direitos fundamentais depende da continua fiscalização, como dizia Thomas Jefferson: “o preço da liberdade é a eterna vigilância”.

Palavras-Chave: direitos fundamentais, fiscalização, proteção.

FUNDAMENTAL RIGHTS IN PANDEMIC TIMES

Abstract: The purpose of this article is to demonstrate that fundamental rights are preserved in times of a pandemic, demonstrating that the evolution of the right itself leads to the impossibility of establishing a taxable role. In the sphere of implicit rights, we can see how the permanent reconstruction of the constitutional catalog of rights grows. Fundamental rights become more vulnerable. The only certainty that exists is not to try to exploit the state of abnormality, using as an excuse the authorization of a state of defense or even a state of siege. With the research it is evidenced that the fundamental rights remain in constant evolution, being altered according to the development of the society, being, currently, divided in rights of first, second and third generation in the constitutional text. To carry out the research, we used the bibliographic deductive method, making an intense bibliographic review of renowned doctrines that approach the theme. The protection of fundamental rights depends on continuous inspection, as Thomas Jefferson said: "the price of freedom is eternal surveillance".

Keywords: fundamental rights, inspection, protection.

INTRODUÇÃO



s direitos fundamentais previstos na Constituição Federal destinam-se a estabelecer direitos, garantias e deveres aos cidadãos. As normas relativas aos direitos fundamentais e individuais são de eficácia e aplicabilidade imediata, conforme observamos ao artigo 5º, §1º da Constituição Federal de 1988. Os direitos fundamentais podem ser classificados em direitos de primeira, segunda e terceira geração. Os direitos fundamentais não pertencem ao rol taxativo do direito, acompanhando o desenvolvimento da sociedade e os estágios evolutivos. Também conhecidos como direitos humanos, direitos subjetivos públicos, direitos do homem, direitos individuais, liberdades fundamentais ou liberdades públicas, conforme traz a própria Constituição Federal brasileira (BRASIL, 1988).

Os direitos fundamentais expressos na Constituição Federal têm como justificativa não somente a importância de tais direitos para o cidadão, mas também a própria manutenção do Estado Democrático de Direito. O conceito de democracia pode ser definido por diversos aspectos. Diz-se que “a democracia é a pior forma de governo exceto todas as outras formas que foram testadas de tempos em tempos” – Winston Churchill (1874 – 1965), estadista, militar e historiador britânico.

Os direitos fundamentais serão preservados em tempos de pandemia, demonstrando que a evolução do próprio direito conduz a impossibilidade do retrocesso de tais direitos. Os direitos fundamentais se tornam mais vulneráveis face o cenário mundial do novo CoronaVírus. A única certeza que existe é não tentar instrumentalizar o estado de anormalidade, utilizando como pretexto autorização de um estado de defesa ou mesmo de um estado de sítio. A proteção dos direitos fundamentais depende da continua fiscalização. O Estado de Defesa e o Estado de Sítio são medidas extraordinárias previstas pela Constituição Federal, buscando restabelecer ou garantir a continuidade da normalidade constitucional ameaçada. Esses instrumentos são



estados de exceção, que devem ocorrer apenas quando estritamente necessários e por um prazo temporal determinado, sob o risco de darem vazão a impulsos autoritários.

DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

O cenário pandêmico pelo novo Coronavírus apresenta um colapso na economia global e uma crise sanitária e social violadora dos próprios Direitos Fundamentais, acertando drasticamente o sistema de saúde, gerando uma calamidade assustadora. É necessário entender que as medidas de proteção ao Direito à Saúde são de âmbito nacional, estadual e municipal, haja vista que a Constituição Federal de 1988 estabelece no inciso II do artigo 23 que "cuidar da saúde e assistência pública" é de "competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos municípios". Ao mesmo tempo, o inciso XII do artigo 24 do texto constitucional prevê que "compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente" sobre "previdência social, proteção e defesa da saúde" (BRASIL, 1988).

Os três entes federativos podem exercer essas competências simultaneamente. A Constituição ainda prevê, no artigo 196, que "a saúde é um direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença". O Direito à saúde é responsabilidade de todos, constitui direito fundamental, de natureza social, consoante preceitua o art. 6º, caput, da Constituição da República e está associada ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, um dos pilares da República Federativa do Brasil (BRASIL, 1988).

É certo afirmar que os direitos fundamentais se tornam mais vulneráveis às restrições em tempos tenebrosos como vivemos atualmente, o que é observado com o distanciamento social, o fechamento do comércio, a proibição de frequentar determinados locais, e tantos outros exemplos. As situações como as quais



se está vivenciando, tornam secundárias milhares de questões e problemas com os quais lida o Direito, ocorrendo uma mudança do foco para a necessidade urgente de equacionar centenas de desafios ao próprio direito constitucional.

Qual é o caminho certo face todos estes desafios? É necessário considerar as diversas medidas tomadas pelos vários atores que fazem parte desta Democracia brasileira no intuito de estabelecer o melhor caminho face todos os desafios enfrentados. A única certeza que existe é não tentar instrumentalizar o estado de anormalidade, utilizando como pretexto autorização de um estado de defesa ou mesmo de um estado de sítio. Dentro da decretação formal de qualquer um dos estados de exceção constitucional previstos na Constituição Federal de 1988 é inimaginável a quantidade de direitos fundamentais que poderão sofrer limitações. A característica da limitabilidade ensina que os direitos não são absolutos, podem sofrer restrições em momentos de crise (Estado de Sítio) ou diante de interesses que sejam mais importantes (BRASIL, 1988).

As medidas de combate vão desde estudo e investigação epidemiológica, requisição de bens e serviços de pessoas naturais e jurídicas até medidas extremas de determinação de realização compulsória de exames médicos, testes laboratoriais, vacinação e outras medidas profiláticas. A Lei 13.979/2020 (Lei Federal) previu medidas coercitivas para o combate à pandemia, que foram replicadas pela legislação Estadual e Municipal (BRASIL, 2020).

Sem saúde ou sem a assistência à saúde não se pode dizer que exista uma vida digna. É de quem a responsabilidade por garantir saúde ao cidadão? A responsabilidade é de todos os entes estatais. Os direitos individuais e coletivos ligados à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, sendo estes invioláveis aos brasileiros os estrangeiros residentes no País. Assim apresenta a redação do Artigo 5º da Constituição Federal de 1988, parágrafos I, II, IV, XIII, XIV e XV:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de



qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: I – homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição; II – ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei; IV – é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato XIII – é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer; XIV – é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional; XV – é livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens; (BRASIL, 1988).

A prática da força normativa da Constituição traduz os fundamentos da teoria neoconstitucionalista. Conforme Hesse (1991, p. 20) “quanto mais o conteúdo de uma Constituição lograr corresponder à natureza singular do presente, tanto mais seguro há de ser o desenvolvimento de sua força normativa”.

A democracia é o terreno mais fértil para o desenvolvimento dos direitos fundamentais. A dualidade (regime democrático x direitos fundamentais) poderá ser problematizado no plano teórico, por questões tais como: 1) Sea vontade da maioria mediante legítimo processo participativo (até mesmo direto) uma norma que fira um direito fundamental, esta norma é válida? 2) É frequente a percepção de que mesmo em democracias consolidadas observa-se reiterado descaso com direitos aos quais a ordem constitucional atribui a natureza de fundamental!

A história dos Direitos Humanos é a história da luta pela implementação da maneira mais adequada de lidar com as hostilidades nas relações intersubjetivas: “o conflito é uma condição inerente ao ser humano e as diferenças decorrentes dos distintos estados de conhecimento dos sujeitos em comunicação mantêm um permanente estado conflitivo” (PUGLIESE, 2009, p. 223).

Parte da doutrina entende que somente se pode falar em direitos fundamentais a partir do séc. XVIII, mais



Tanto os direitos humanos quanto os direitos fundamentais foram conquistas históricas. A doutrina costuma falar em gerações, ou seja, marcos históricos que destacaram a sucessiva progressão de direitos até a definição hoje entendida por direitos e garantias fundamentais e positivada na Constituição. São, portanto, exemplos de gerações de direitos e garantias fundamentais:

- a) Direitos civis e políticos: foram os primeiros direitos conquistados e incluem o direito ao voto e as liberdades civis, como a liberdade religiosa;
- b) Sociais e coletivos: conquistados pelos movimentos sociais, incluem, sobretudo, o direito à igualdade e a positivação de outros direitos humanos;
- c) Transindividuais: referem-se a direitos mais amplos e recentes, como o direito ao meio ambiente e a preocupação crescente com a infância e a juventude.

Essa classificação, contudo, varia de acordo com a doutrina. Alguns chegam a incluir uma quarta ou quinta geração, embora as três mencionadas sejam as mais clássicas. Nos ensinamentos de Brega Filho (2002, p. 72): “tradicionalmente os documentos internacionais relativos aos direitos fundamentais utilizam a expressão direitos humanos ou direitos do homem, fazendo referência aos direitos de primeira, segunda e terceira gerações”.

DAS CARACTERISTICAS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os direitos fundamentais são "direitos público-



subjetivos de pessoas (físicas ou jurídicas), contidos em dispositivos constitucionais e, portanto, que encerram caráter normativo supremo dentro do Estado, tendo como finalidade limitar o exercício do poder estatal em face da liberdade individual" (DI-MOULIS, 2011, p. 49).

Diante todos os eventos evolutivos e do próprio desenvolvimento social os Direitos Humanos vão surgindo com a caminhada da vida. O questionamento central é como algo se torna direito fundamental? Não se limita a um conceito formal, haja vista que existem direitos implícitos. Na esfera dos direitos implícitos é que se percebe o quanto a reconstrução permanente do catálogo constitucional de direitos cresce.

As características dos direitos fundamentais são elencadas pela doutrina constitucionalista e dentre as diversas opções mencionadas, vamos explicar as principais, quais sejam: Universalidade e Internacionalização; Autonomia; indivisibilidade; historicidade; positividade; sistematicidade; abertura; aplicabilidade imediata; proibição do retrocesso.

A) UNIVERSALIDADE E INTERNACIONALIZAÇÃO

A universalidade dos direitos fundamentais são dirigidos a todo ser humano em geral sem restrições, independente de sua raça, credo, nacionalidade ou convicção política. Os direitos fundamentais têm sua essência no valor do homem. Em decorrência desse valor agregado ao ser humano desenvolve-se o conceito de que a pessoa humana, pelo só fato de sê-la, faz jus à que se lhe respeitem certos direitos essenciais à sua existência digna.

B) AUTONOMIA

A autonomia está fundamentada na “dignidade da pessoa humana”, se relacionando com os demais direitos como a liberdade, igualdade, privacidade, educação, segurança e condições



materiais.

C) INDIVISIBILIDADE

A indivisibilidade dos direitos fundamentais ensina a necessidade de respeito e desenvolvimento de todas suas categorias, existindo uma interdependência e a inter-relação desses direitos.

D) HISTORICIDADE

Os direitos fundamentais são produtos da história, estando sujeito aos avanços e também ao retrocesso. Fica o entendimento que todos somos responsáveis pela preservação destes direitos.

E) POSITIVIDADE

Os direitos fundamentais são anteriores à positivação e por ela não podem ser esgotados. Os direitos fundamentais estão relacionados com a positivação histórica do próprio Ordenamento Jurídico. Ultrapassando as fronteiras dos países, a positividade dos direitos fundamentais conhece atualmente uma dimensão internacional (internacionalização), por intermédio de convenções, declarações e similares.

F) SISTEMATICIDADE

Existe uma concepção lógica de modo a ter sua compreensão de modo lógico, ou seja, a inter-relação e interdependência entre os direitos fundamentais é elemento essencial de preservação do próprio direito em sua individualidade.

G) ABERTURA E INEXAURIBILIDADE



Os direitos fundamentais são dotados de abertura possibilitando uma “abertura numérica” do seu conteúdo, haja vista que admite o surgimento de novos direitos. Conforme o próprio desenvolvimento social, cultural, científico e ético é possível o surgimento de novos direitos, por tal razão os direitos fundamentais não se exaurem.

H) APLICABILIDADE IMEDIATA

Os direitos fundamentais têm aplicação imediata. Nos termos do art. 5º, § 1º da Constituição Federal de 1988 “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata” (BRASIL, 1988). Embora haja diversas correntes sobre a aplicação imediata dos direitos fundamentais e posicionamentos divergentes na jurisprudência, assim tem entendido o Supremo Tribunal Federal e maior parte dos nossos tribunais sobre o tema.

I) PROIBIÇÃO DO RETROCESSO

A ideia da proibição do retrocesso legal está diretamente ligada ao pensamento do constitucionalismo dirigente que estabelece as tarefas de ação futura ao Estado e à sociedade com a finalidade de dar maior alcance aos direitos sociais e diminuir as desigualdades. Nos ensinamentos de Canotilho (2006, p. 177):

Neste sentido se fala também de cláusulas de proibição de evolução reaccionária ou de retrocesso social (ex. consagradas legalmente as prestações de assistência social, o legislador não pode eliminá-las posteriormente sem alternativas ou compensações «retornando sobre seus passos»; reconhecido, através de lei, o subsídio de desemprego como dimensão do direito ao trabalho, não pode o legislador extinguir este direito, violando o núcleo essencial do direito social constitucionalmente protegido).



DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS EM TEMPO DE PANDE- MIA

Os direitos fundamentais estão intrinsecamente ligados ao princípio da dignidade da pessoa humana, envolvendo aspectos dos direitos individuais, políticos e sociais. (BARROSO, 2002). Na celebrada proposição de BOBBIO (1992, p. 26), a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 confere "lastro axiológico e unidade valorativa a esse campo do Direito, com ênfase na universalidade, indivisibilidade e interdependência dos direitos humanos".

Impõe-se a necessidade do esforço para que os direitos fundamentais sejam respeitados. O acesso a internet e a própria inclusão digital em tempo de pandemia mostra o desenvolvimento do direito fundamental de acesso aos novos meios tecnológicos, principalmente quando o mundo científico certifica a importância do distanciamento social na preservação da vida. A própria democracia é um direito fundamental. O desenvolvimento conceitual dos direitos fundamentais mostra que apesar de a universalidade ser uma característica essencial desses direitos, existirá momentos que esta efetivação dependerá de adoção de políticas públicas voltadas a determinados grupos.

Neste sentido, o nobre Alves apud Denora e Machado (2017, p. 22), a fim de sedimentar a proposição da democracia como um direito fundamental em definição e adequação conceitual à necessidade de países de modernidade tardia, defende que do ponto de vista político, ensina:

a democracia contemporânea é apta a subverter a lógica do sistema de classe e assegurar um conjunto de instituições com verdadeiro potencial emancipatório, possuindo a democracia contemporânea capacidade na ocorrência de direitos fundamentais, sendo a própria democracia um direito fundamental.

As constituições brasileiras são retratos de uma sociedade em movimento:

O fato é que a cada passo, novos horizontes descortinam-se revelando novos desafios ou novos aspectos dos mesmos



desafios. Daí que, se a apaixonada defesa de ‘direitos humanos para humanos direitos’ fere de morte a própria lógica dos conceitos envolvidos, de outro cria a oportunidade para a reconstrução desses direitos em bases cada vez mais sólidas e atuais. Assim, tal qual Prometeu – defensor da humanidade na mitologia grega e condenado pelos deuses a ter seu fígado devorado por uma águia todos os dias pela eternidade –, a sociedade brasileira, enquanto uma sociedade dos intérpretes da Constituição, tem renovado dia a dia o desafio de reafirmar os direitos fundamentais (SILVA; BREGA FILHO, 2016, p. 26).

A crise econômica mundial, que a cada vez ocorre em ciclos menores e com efeitos permanentes em determinados estratos sociais, tem impulsionando o crescimento da desigualdade social em diferentes partes do mundo. As diferenças existirão, mas o “Direito” buscará combater à indignidade. Todas as desigualdades sociais latentes no mundo atual mostram que alguns indivíduos são merecedores de atenção especial, exigida pelo princípio do respeito à dignidade humana (MENDES; COELHO; BRANCO, 2008, p. 254).

Em países como o Brasil, em que a desigualdade social permeou toda a sua história, o Estado cumpre um papel fundamental na garantia do acesso a condições inerentes a uma situação cidadã. Por tal razão a Constituição da República de 1988 que estabelece, em seu artigo 1º, que a República Federativa do Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito, tendo como fundamento a soberania e a cidadania (incisos I e II), conceitos umbilicalmente ligados ao conceito de democracia, prevê serem fundamentos de igual importância, a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (incisos III e IV), estes últimos valores que guardam conexão intrínseca com os direitos fundamentais (BRASIL, 1988).

O Presidente da República Federativa do Brasil editou a lei temporária 13.979, de 06 de fevereiro de 2020, alterada em 20/03/2020 pela Medida Provisória nº 926, a qual não se auto-aplica. Por isso, para viabilizar sua execução financeira, foi decretado o Estado de Calamidade Pública. A decretação de

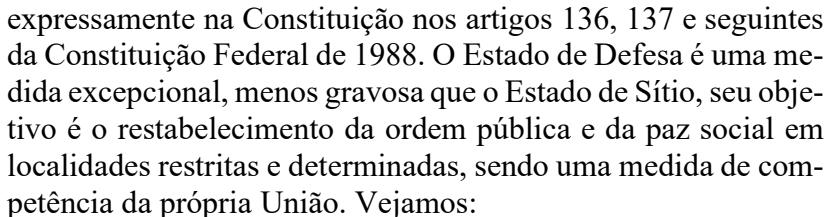


calamidade pública viabiliza a execução financeira da Lei 13.979/2020. É necessário salientar que o Estado de Calamidade pode ser decretado por qualquer ente federativo (BRASIL, 2020).

Tal lei temporária deu ensejo para a propositura da ADI 6341, em que se invocou a inconstitucionalidade da nova redação com base em duas teses: 1) que por se tratar de norma geral editada pela União Federal em matéria de competência comum (saúde), o instrumento hábil deveria ser o da lei complementar, nos termos do artigo 23, parágrafo único, da Constituição Federal; e 2) além disso, tendo em vista tratar-se de matéria de competência comum, as medidas previstas na lei federal não poderiam excluir outras eventualmente decretadas nas esferas estadual e municipal (BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADI n. 6341. Processo Eletrônico Público. Número Único: 0088693-70.2020.1.00.0000. Relator: Min., Marco Aurélio, Redator do acórdão: Min. Edson Fachin, Relator do último incidente: Min. Marco Aurélio, Protocolada em: 23/03/2020).

O Supremo Tribunal Federal na pessoa do Ministro Marco Aurélio em sua decisão nada trouxe de novo, visto que a Constituição Federal de 1988 já era clara em definir que o tema da saúde é da competência comum entre União, Estados, Distrito Federal e municípios e, no plano legislativo, é de competência concorrente, sendo pacífico o entendimento de que a União é responsável pela edição das normas gerais. Em território nacional a única certeza que existe é não tentar instrumentalizar o estado de anormalidade, utilizando como pretexto autorização de um estado de defesa ou mesmo de um estado de sítio (BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADI n. 6341. Processo Eletrônico Público. Número Único: 0088693-70.2020.1.00.0000. Relator: Min., Marco Aurélio, Redator do acórdão: Min. Edson Fachin, Relator do último incidente: Min. Marco Aurélio, Protocolada em: 23/03/2020).

Os Estados de Defesa e de Sítio estão previstos



Art. 136. O Presidente da República pode, ouvidos o Conselho da República e o Conselho de Defesa Nacional, decretar estado de defesa para preservar ou prontamente restabelecer, em locais restritos e determinados, a ordem pública ou a paz social ameaçadas por grave e iminente instabilidade institucional ou atingidas por calamidades de grandes proporções na natureza (BRASIL, 1988).

Já o Estado de Sítio é aquele decretado em situações que geram grave comoção nacional, conflito armado envolvendo países estrangeiros ou quando o Estado de Defesa se mostrar insuficiente ou inadequado. É decretado pelo Presidente da República, com posterior autorização do Congresso Nacional. Vejamos:

Art. 137. O Presidente da República pode, ouvidos o Conselho da República e o Conselho de Defesa Nacional, solicitar ao Congresso Nacional autorização para decretar o estado de sítio nos casos de: I - comoção grave de repercussão nacional ou ocorrência de fatos que comprovem a ineficácia de medida tomada durante o estado de defesa; II - declaração de estado de guerra ou resposta a agressão armada estrangeira. Parágrafo único. O Presidente da República, ao solicitar autorização para decretar o estado de sítio ou sua prorrogação, relatará os motivos determinantes do pedido, devendo o Congresso Nacional decidir por maioria absoluta (BRASIL, 1988).

A Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar 101/2000), impõe que a União observe as metas fiscais e os limites de gastos determinados para cada ano, o que limitaria o quanto o Governo poderia gastar no combate ao Coronavírus. Entretanto, a própria lei prevê que na ocorrência de calamidade pública reconhecida pelo Congresso Nacional, o Governo é dispensado de atingir a meta fiscal anteriormente imposta (artigo



65). Vejamos:

Art. 65. Na ocorrência de calamidade pública reconhecida pelo Congresso Nacional, no caso da União, ou pelas Assembléias Legislativas, na hipótese dos Estados e Municípios, enquanto perdurar a situação: I - serão suspensas a contagem dos prazos e as disposições estabelecidas nos arts. 23, 31 e 70; II - serão dispensados o atingimento dos resultados fiscais e a limitação de empenho prevista no art. 9 (BRASIL, 2000).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os direitos fundamentais nada mais são do que a incorporação dos direitos do homem no ordenamento jurídico de um Estado, mas não basta que estes direitos sejam positivados, é fundamental que tenham efetividade. Na Constituição Federal de 1988 os Direitos Fundamentais receberam o merecido destaque no Ordenamento Jurídico pátrio, impondo garantias aos cidadãos e deveres ao Estado, que se mostram indispensáveis à defesa da cidadania.

A Constituição Federal de 1988 não deve ser apenas teórica e utópica, mas possível de ser colocada em prática, sempre tendo como principal finalidade atender os anseios e necessidades sociais do Estado. A força normativa da Constituição na atuação e defesa dos direitos fundamentais é essencial. A efetivação dos direitos fundamentais somente será atingida mediante a conscientização, fiscalização e punição dos que desrespeitam a lei maior da República Federativa do Brasil.

Os direitos fundamentais serão preservados em tempos de pandemia em respeito à impossibilidade do retrocesso de tais direitos. A única certeza que existe é não tentar instrumentalizar o estado de anormalidade, utilizando como pretexto autorização de um estado de defesa ou mesmo de um estado de sítio. A proteção dos direitos fundamentais depende da continua fiscalização. O Estado de Defesa e o Estado de Sítio são medidas extraordinárias previstas pela Constituição Federal, buscando restabelecer ou garantir a continuidade da normalidade constitucional



ameaçada.

A Constituição Federal de 1988 atribuiu aos direitos fundamentais o merecido destaque, ante a natural importância destes para a vida em sociedade, impondo diversas garantias aos cidadãos, assim como deveres ao Estado. A força normativa da Constituição refere-se à efetividade plena das normas contidas na Carta Magna de um Estado. Tal princípio foi vislumbrado por Konrad Hesse, que afirmava que toda norma Constitucional deve ser revestida de um mínimo de eficácia, sob pena de figurar “letra morta em papel”.

Nos países onde prevalecem as Constituições rígidas, a lei ordinária incompatível com a Lei Maior não se aplica por ser inválida, enquanto que, em relação aos países onde adotam as Constituições flexíveis, em face da inexistência de hierarquia ou supremacia entre essas normas, o problema não se resolve pela via da invalidade da norma por vícios de inconstitucionalidade e, sim, pelo instituto da revogação da norma anterior pela norma posterior (lex posterior derogat priori).



REFERÊNCIAS

- BARROSO, Luís Roberto. *Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro*. 2002. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/3208>> Acesso em 22 jan. 2021
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- BRASIL. Constituição (1998). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: DF, Senado, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em 15 ago.



_____. Lei Complementar n. 101, de 4 de maio de 2000. Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Poder Executivo, Brasília, DF, 4 de maio de 2020. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp101.htm> Acesso em 30 ago. 2020.

_____. Lei n. 13.979, de 6 de fevereiro de 2020. Dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Poder Executivo, Brasília, DF, 6 fev. 2020. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/13979.htm> Acesso em 30 ago. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADI n. 6341*. Processo Eletrônico Público. Número Único: 0088693-70.2020.1.00.0000. Relator: Min., Marco Aurélio, Redator do acórdão: Min. Edson Fachin, Relator do último incidente: Min. Marco Aurélio, Protocolada em: 23/03/2020. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5880765>> Acesso em: 22 jan. 2021.

BREGA FILHO, Vladimir. *Direitos fundamentais na Constituição de 1988 – conteúdo jurídico das expressões*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

CANOTILHO, José Joaquim. *Direito Constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 2006

DENORA, Emmanuella Magro; MACHADO, Edinilson Donisete. Direitos das mulheres como inclusão social de minorias a partir da teoria geral dos direitos fundamentais. *Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas*, Porto Alegre, v. 33, n. 2, p. 119-134, jun./dez. 2017.



- DIMOULIS, Dimitri. A relevância prática do positivismo jurídico. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, n. 102, p. 215-253, jan./jun. 2011.
- HESSE, Konrad. *Die Normative Kraft der Verfassung*. A força normativa da Constituição. Tradução Gilmar Mendes. Porto Alegre, 1991.
- PUGLIESE, Marcio. *Vinte anos da constituição brasileira*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2008.
- SILVA, Diego Nassif da.; BREGA FILHO, Vladimir. Direitos fundamentais no Brasil: uma história de inefetividade. *Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM*, Santa Maria, v. 11, n. 3, p. 999-1028, 2016.



TRIBUTAÇÃO E JUSTIÇA SOCIAL NO BRASIL CONTEMPORÂNEO*

Alexandre Pontieri**

Resumo: O presente artigo tem como objetivo tratar sobre a questão da tributação e a justiça social no Brasil contemporâneo. Para isso serão apresentados conceitos doutrinários sobre justiça social, tributação e sobre a finalidade da tributação.

Palavras-Chave: Tributação no Brasil; Justiça Social; Tributação e Justiça Social no Brasil Contemporâneo.

Abstract: This article to address the issue of taxation and social justice in contemporary Brazil. This will be presented doctrinal concept about social justice, taxation and the purpose of taxation.

Keywords: Taxation in Brazil; Social Justice; Taxation and Social Justice in Contemporary Brazil.

Sumário: 1. Introdução–2. Conceitos de Justiça Social –3. Tributação e Justiça Social no Brasil Contemporâneo –4. Conclusão – 5. Referências.

"As pessoas estão morrendo de fome porque são esmagadas pelo Estado com seus impostos."
Lao Tsé (século IV a. C.)

* O presente artigo foi entregue originalmente no Mestrado em Direito da UNB – Universidade de Brasília na disciplina Matriz Tributária Brasileira: equidade e eficiência do Professor Valcir Gassen no ano de 2019.

** Advogado Pós-Graduado em Direito Tributário pelo CPPG – Centro de Pesquisas e Pós-Graduação da UnifMU, em São Paulo; Pós- Graduado em Direito Penal pela ESMP-SP – Escola Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo. Aluno Especial do Mestrado em Direito da UNB – Universidade de Brasília.





O artigo 23, X, da Constituição Federal traz em seu texto como competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios o combate às “causas da pobreza e os fatores de marginalização, promovendo a integração social dos setores desfavorecidos”.

E apenas para registro, importante lembrar alguns incisos do artigo 170 da Constituição Federal (título referente a Ordem Econômica e Financeira): inciso III (função social da propriedade); VII (redução das desigualdades regionais e sociais); VIII (busca do pleno emprego).

No capítulo do texto constitucional referente ao Sistema Tributário Nacional, diversos artigos da Matriz Tributária Brasileira tratam sobre capacidade contributiva, ideais de justiça e igualdade: 150, II (vedação à instituição de tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente, proibida qualquer distinção em razão de ocupação profissional ou função por eles exercida, independentemente da denominação jurídica dos rendimentos, títulos ou direitos), IV (vedação à utilização de tributo com efeito de confisco), 153, III, § 2º, I (critérios da generalidade, da universalidade, e da progressividade), 156, § 1º (progressividade no tempo) c/c 182, § 4º, II (IPTU progressivo no tempo), 153, IV, § 3º, I (seletividade em função da essencialidade do produto) e II (não-cumulatividade), 155, II, § 2º, I (não-cumulatividade do ICMS) e III (isenção ou não-incidência).

Também os artigos 153, 154, 155 e 156 – competência tributária dos entes (União, Estados e Distrito Federal, e Municípios), levando-se em consideração a capacidade contributiva dos contribuintes.

No § 1º, do artigo 145, da CF, tem-se que:

“Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultando à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar,



respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte.”

Por isso a Constituição Federal de 1988 é chamada de Constituição Cidadã.

A questão principal que se coloca nesse artigo acadêmico é saber se a tributação no Brasil contemporâneo (CF/1988) traz efetivamente uma justiça social aos cidadãos brasileiros?

Para tentar responder esse questionamento, o presente artigo será dividido nos seguintes tópicos: Conceitos de Justiça Social; Tributação no Brasil - Tributação e Justiça Social no Brasil Contemporâneo; e Conclusão.

2. CONCEITOS DE JUSTIÇA SOCIAL

Como cediço, o termo “Justiça Social” é muito amplo e comporta diversas conceituações.

De acordo com o professor Carlos Araújo Leonetti, “o primeiro autor a usar a expressão Justiça Social na sua atual acepção teria sido o padre jesuíta italiano Luigi Taparelli D’Azeglio, em seu livro Saggio Teoretico de Diritto Naturale, de 1840, no qual aquela categoria é conceituada como a forma de Justiça que “deve tornar, efetivamente, todos os homens iguais em tudo quanto se refere aos direitos da humanidade, como o Criador os fez perfeitamente iguais na sua natureza”¹.

A obra do professor Carlos Araújo Leonetti é extremamente rica e interessante, principalmente nesse aspecto de conceituação de “Justiça Social”, pois traz considerações preliminares sobre o tema, traz também um histórico do uso da expressão Justiça Social, e apresenta as visões de diversos pensadores e autores que pensaram e escreveram a respeito: Aristóteles,

¹ LEONETTI, Carlos Araújo. O Imposto sobre a renda das pessoas físicas como instrumento de Justiça Social no Brasil atual (tese apresentada ao Curso de Pós-Graduação em Direito – CPGD da Universidade Federal de Santa Catarina, como requisito à obtenção do título de Doutor em Direito), p. 175.



Doutrina Cristã (Tomás de Aquino, Alf Ross, Papa Pio XI, Bernard Häring, Johanes Messner, Donat e Isidro Gandía, Jacques Leclercq, Jean Yves Calvez, Joseph Höffner, Eberhard Welty, Jeremiah Newmann, Papa João Paulo II etc.), John Rawls, Friedrich August von Hayek, Hans Kelsen, e, ao final de sua obra, apresenta seu conceito próprio sobre Justiça Social.

Para termos uma ideia do conceito de “Justiça Social”, apresentaremos as principais conceituações apresentadas pelo professor Carlos Araújo Leonetti.

2.1. ARISTÓTELES

“A) A Justiça pode ser geral (também chamada de legal) ou particular; esta, por seu turno se divide em: distributiva ou corretiva: A Justiça distributiva consiste na distribuição das coisas comuns entre as pessoas de acordo com o respectivo mérito e repousa na idéia de proporcionalidade. Já a Justiça corretiva se manifesta pela ação do Estado na punição dos atos ilegais e na reparação dos danos que tais atos causaram a terceiros. Seu núcleo é a igualdade.

B) Na aplicação da Justiça particular, seja distributiva seja corretiva, deve-se levar em conta a situação política dos envolvidos, isto é, o status de cada um no tocante a direitos. Ou seja, conforme as pessoas envolvidas tenham ou não o mesmo status a solução ditada pela Justiça poderá ser diferente. Como decorrência, tem-se que a Justiça nem sempre se confunde com reciprocidade.

C) De modo geral, agir com Justiça é agir conforme à lei ou com retidão, de sorte que o ato injusto ou é contrário à lei ou é iníquo.

D) A Justiça e a equidade nem sempre se confundem, embora tenham o mesmo objetivo. De modo geral, agir com Justiça implica em dar a solução prescrita pela lei, dotada obviamente de cunho genérico e que por isto, nem sempre se revela adequada a todas as situações. A estas situações se aplicaria a equidade: i. é adotar-se-ia uma solução que embora não seja a prevista na lei se revela mais adequada às circunstâncias



peculiares do caso.”²

2.2. JUSTIÇA SOCIAL NA DOCTRINA CRISTÃ

Há três grandes posições distintas para os teólogos católicos:

Para Bernar Häring e Johaness Messner “a Justiça Social se caracterizaria por atribuir a cada grupo social, e a seus membros, a parte a que fazem jus no resultado do esforço comum, de acordo com a participação de cada um”³.

Para Jacques Leclercq, Jean Yves Calvez e Joseph Höffner, “a Justiça Social exigiria que todos os indivíduos, governantes e governados, cooperassem para o bem comum e estaria fundada não apenas em normas de direito positivo mas também de direito natural”⁴.

Para Eberhard Welty e Jeremiah Newmann, “a Justiça Social obrigaria tanto a divisão proporcional dos bens e encargos comuns entre os membros da comunidade, como a contribuição de cada um para o bem geral”⁵.

2.3. A JUSTIÇA SOCIAL EM JOHN RAWLS

O professor da Universidade de Harvard, John Rawls, tem uma concepção de Justiça que pode ser denominada de “Justiça como equidade” – concepção filosófica para uma democracia constitucional.

No aspecto da tributação, o professor John Rawls destaca os seguintes aspectos:

“a) tributação extrafiscal: a carga de impostos progressivos sobre heranças e doações, assim como restrições ao direito de legar, com o objetivo precípua de corrigir a distribuição da

² LEONETTI, Carlos Araújo, op. cit., p. 190.

³ LEONETTI, Carlos Araújo, op. cit., p. 195.

⁴ LEONETTI, Carlos Araújo, op. cit., p. 196.

⁵ LEONETTI, Carlos Araújo, op. cit., p. 196.



b) *tributação tipicamente fiscal: responsável pela arrecadação dos recursos necessários à consecução da Justiça. Rawls sugere uma “tributação proporcional sobre as despesas” que, no seu entender, seria preferível a um imposto sobre a renda, “já que impõe uma tributação sobre o quanto uma pessoa retira do estoque comum de bens, e não sobre o quanto ela contribui (supondo-se aqui que a renda é ganha de forma justa.) Tal imposto sobre o consumo total, por exemplo, a cada ano, deveria contemplar isenções como dos gastos com dependentes”⁶.*

A visão do economista, filósofo e cientista político austro/britânico Friedrich August von Hayek sobre Justiça Social é a mais radical de todas. Veja-se, em síntese:

“Não existe teste capaz de indicar o que é ‘socialmente injusto’ porque não há sujeito que possa praticar esta injustiça e não há regras de conduta individual cuja observância no ordenamento de mercado possa garantir aos indivíduos e aos grupos uma posição (distinta do procedimento pelo qual ela foi determinada) que nos parecesse justa. Ela [a Justiça Social] não pertence à categoria do erro mas, à do não-senso, como a expressão ‘pedra moral’.”⁷

Em apertada síntese, trazemos breve trecho de palestra proferida pelo ilustre filósofo do direito Hans Kelsen na Universidade da Califórnia (Berkeley), em 1952:

“Justiça é em primeiro lugar, uma possível, mas não

⁶RAWLS, John. A theory of justice. ed. rev. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1999 (impressão 2000), p. 307. In: Leonetti, Carlos Araújo, op. cit. P. 205.

⁷HAYEK, Friedrich A. O caminho da servidão. Tradução de Leonel Vallandro. 2. ed. Porto Alegre: Globo, 1977. In: Leonetti, Carlos Araújo, op. cit., p. 211.



necessária, qualidade de uma ordem social que regula as relações mútuas entre as pessoas. Apenas secundariamente é uma virtude da pessoa, desde que esta seja justa, desde que seu comportamento seja conforme as normas de uma ordem social supostamente justa...Justiça é felicidade social. É a felicidade garantida por uma ordem social."⁸

2.6. JUSTIÇA SOCIAL NA VISÃO DO PROFESSOR CARLOS ARAÚJO LEONETTI

A leitura da obra do professor Carlos Araújo Leonetti é muito profícua, e em seus estudos ele define que a Justiça Social é praticada quando, simultaneamente:

*“a) os ônus e os bônus do todo social são repartidos entre todos, de acordo com critérios previa e democraticamente definidos e segundo a capacidade e a necessidade de cada um; e b) é assegurado a cada indivíduo o mínimo indispensável a uma vida digna”.*⁹

Como vimos na introdução do presente texto, diversos artigos do texto constitucional prestigiam a questão da cidadania e a busca da justiça social como pilares do Estado Brasileiro.

Mas, como questionado no início, o ponto central do presente artigo é saber se a tributação no Brasil contemporâneo (CF/1988) traz efetivamente uma justiça social aos cidadãos brasileiros? - pois, como cediço, a Constituição Federal tem como objetivos fundamentais a construção de uma sociedade justa e solidária, a erradicação da pobreza e a marginalização, a redução das desigualdades sociais e a promoção do bem de todos.

3. TRIBUTAÇÃO E JUSTIÇA SOCIAL NO BRASIL CONTEMPORÂNEO

Na busca por uma efetiva Justiça Social, a tributação assume (ou deveria assumir – principalmente no Brasil) um papel

⁸LEONETTI, Carlos Araújo, op. cit., p. 221.

⁹LEONETTI, Carlos Araújo, op. cit., p. 224.



de grande destaque.

O professor Valcir Gassen, da Universidade de Brasília (UNB), conceitua a matriz tributária como “as escolhas feitas em um determinado momento histórico no campo da ação social, no que diz respeito ao fenômeno tributário”¹⁰.

Na visão do professor Valcir Gassen, “a matriz tributária brasileira constitui um inegável sistema de perpetuação de desigualdades e de injustiça social”¹¹.

E, de forma muito firme, o professor da UNB afirma que “infelizmente, não é de conhecimento da maior parte da população que a tributação no Brasil é regressiva, isto é, tributa de forma menos onerosa os que detêm renda elevada e de forma mais onerosa as pessoas com menor capacidade contributiva, despreocupada, inclusiva, com o mínimo existencial”¹².

A tributação tem papel extremamente importante para que se dê efetivo cumprimento aos princípios e garantias constitucionais da Constituição Cidadã (CF/88), uma vez que também é através dela que se estruturam realidades políticas, sociais e econômicas do país.

Os professores Liam Murphy e Thomas Nagel trazem o seguinte ensinamento sobre tributação e a questão da justiça econômica e distributiva:

“(...) numa economia capitalista, os impostos não são um simples método de pagamento pelos serviços públicos e governamentais: são também o instrumento mais importante por meio do qual o sistema político põe em prática uma determinada concepção de justiça econômica e distributiva”¹³.

¹⁰GASSEN, Valcir. Matriz tributária brasileira: uma perspectiva para pensar o Estado, a Constituição e o Direito Tributário. Equidade e eficiência da matriz tributária brasileira: diálogos sobre Estado, Constituição e Direito Tributário. Brasília: Consulex, 202. P. 27-50.

¹¹GASSEN, Valcir. A tributação do patrimônio como instrumento de Justiça Social. In: GASSEN, Valcir (Organizador e autor). Equidade e Eficiência da Matriz Tributária Brasileira – diálogos sobre Estado, Constituição e Direito Tributário. Brasília. Editora Consulex, 2012. p. 247.

¹²Op. cit., p. 247.

¹³MURPHY, Liam; NAGEL, Thomas. O mito da propriedade. Tradução: Marcelo



A concepção de justiça econômica e distributiva, salvo melhor juízo, vai de encontro com o que está insculpido na Constituição Federal: cidadania e justiça social como pilares do Estado Brasileiro – objetivos fundamentais para a construção de sua sociedade justa e solidária, para a erradicação da pobreza e a marginalização, a busca da redução das desigualdades sociais e a promoção de bem de todos, pois, como cediço, a Constituição Federal tem como objetivos fundamentais a construção de uma sociedade justa e solidária, a erradicação da pobreza e a marginalização, a redução das desigualdades sociais e a promoção do bem de todos (artigo 3º, I, III e IV).

Ora, mas se a Constituição Federal, texto maior do ordenamento jurídico pátrio, traz em seu texto tantos artigos, princípios, garantias etc., que dão suporte para a busca e efetivação de uma maior justiça social, por que então há tanta desigualdade no país?

O direito tributário em fundamental importância na busca da realização da justiça social. Mas para isso, é necessário que haja um sistema distributivo com garantias à dignidade humana (mínimo existencial).

Trazemos trecho da decisão do Ministro Celso de Mello, do Supremo Tribunal Federal, no AG REG RE AG 639.337/SP, onde coloca o que entende como o “mínimo existencial”:

“(...) (o mínimo existencial) compreende um complexo de prerrogativas cuja concretização revela-se capaz de garantir condições adequadas de existência digna, em ordem a assegurar, à pessoa, acesso efetivo ao direito geral de liberdade e, também, a prestações positivas originárias do Estado, viabilizadoras da plena fruição de direitos sociais básicos, tais como o direito à educação, o direito à proteção integral da criança e do adolescente, o direito à saúde, o direito à assistência social, o direito à moradia, o direito à alimentação e o direito à segurança.”¹⁴

Brandão Cipolla. Martins Fontes, São Paulo, 2015. p. 5.

¹⁴Supremo Tribunal Federal: AG REG RE AG 639.337/SP, Rel. Ministro Celso de Mello, j. 23/08/2011, p. 156.

O Ministro Celso de Mello disse ainda que “sem o mínimo existencial a dignidade da pessoa humana é mera utopia”.

3.1. REGRESSIVIDADE TRIBUTÁRIA

Todavia, o que se vê é que o sistema tributário brasileiro é altamente regressivo – o que acaba afetando rigorosamente os cidadãos de mais baixa renda, pois esses acabam suportando uma carga tributária maior do que os cidadãos com maior renda (ex.: os impostos sobre o consumo são regressivos e oneram mais os salários mais baixos – alta regressividade).

A matriz tributária brasileira é altamente regressiva, “na qual as pessoas com menor capacidade contributiva arcam com a maior parte dos tributos arrecadados em nosso país. Isso se dá, em boa parte, devido à importância dada à incidência de tributos sobre o consumo de bens e serviços. Em geral, esse tipo de tributação não considera a capacidade contributiva do indivíduo para efeitos de tributação, o que acaba por ser responsável pela maior parte do ônus atribuído às camadas menos abastadas de nossa população”¹⁵.

Ou seja, a matriz tributária brasileira tem forte tributação sobre o consumo (com a alocação de percentuais atribuídos à seguridade social, os percentuais são: 3,52% - sobre o patrimônio, 24,14% - sobre a renda, e 68,20% - sobre o consumo).¹⁶

Apenas para registro, a tributação sobre o consumo no Brasil é composta principalmente por três tipos de impostos:

- IPI – Imposto sobre Produtos Industrializados
- ICMS – Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e Serviços de Transporte Interestadual e

¹⁵GASSEN, Valcir; D'ARAÚJO, Pedro Júlio Sales. PAULINO, Sandra Regina da F. Tributação sobre Consumo: o esforço em onerar mais quem ganha menos. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/seq/n66/09.pdf>

¹⁶GASSEN, Valcir; D'ARAÚJO, Pedro Júlio Sales. PAULINO, Sandra Regina da F. Tributação sobre Consumo: o esforço em onerar mais quem ganha menos. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/seq/n66/09.pdf>



Intermunicipal e de Comunicação (lembrando que o ICMS incide sobre alimentos, cesta básica etc.)

- ISS – Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza

Do artigo dos professores D'Araújo, Paulino e Gassen (Tributação sobre Consumo: o esforço em onerar mais quem ganha menos), mais especificamente do tópico intitulado “Cenário Atual: o peso da tributação sobre o consumo na renda da população e possíveis alternativas”¹⁷, colhemos as seguintes ideias, em síntese:

- Alta tributação sobre o consumo de bens e serviços: 3,52% sobre o patrimônio; 24,14% sobre a renda; 68,20% sobre o consumo.

- Dados do IPEA indicam que a tributação sobre o consumo da população brasileira representa a maior parcela na arrecadação de tributos (IPI, ICMS, ISS, IOF, PIS, COFINS).

- Ainda de acordo com a pesquisa do IPEA, foi identificado que o sistema tributário brasileiro tributa proporcionalmente mais os pobres. Ou seja, há a regressividade dos impostos.

- Mais pobres: 32,8% da renda para o pagamento de tributos.

Mais ricos: 22,7% da renda.

- Famílias com renda de até dois salários mínimos: 48,8% da renda em tributos.

- Famílias com renda acima de 30 salários mínimos: 26,3% da renda em tributos.

Ou seja, a carga tributária para as famílias de mais baixa renda é maior, o que faz com que tenham menor poder de comprar, e, conseqüentemente, afeta o princípio da capacidade

¹⁷GASSEN, Valcir; D'ARAÚJO, Pedro Júlio Sales. PAULINO, Sandra Regina da F. Tributação sobre Consumo: o esforço em onerar mais quem ganha menos. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/seq/n66/09.pdf>

contributiva e o mínimo existencial.

Como dizem os autores:

*“Significa dizer que, em certa medida, que os problemas de distribuição de renda no Brasil são frutos de uma matriz tributária regressiva.”*¹⁸

Os autores trazem ainda que *“combater as distorções causadas pela atual estrutura fiscal deve ser prioridade na agenda de nossa nação uma vez que a busca pela justiça social passa, necessariamente, pela realização da justiça tributária”*.¹⁹

Para isso indicam que seria necessária uma *“profunda mudança na estrutura da tributação, que proporcione uma melhor distribuição dos tributos existentes, principalmente aqueles incidentes sobre o consumo”*²⁰ (visando uma maior progressividade da matriz tributária brasileira).

Um dos caminhos para isso: valorização do princípio da transparência tributária (art. 150, § 5º, CF).

Outros caminhos: simplificação do sistema de arrecadação (unificação dos tributos sobre consumo em torno de um único imposto sobre o valor agregado); adoção de uma alíquota proporcionalmente maior para os Estados de destino nas transações interestaduais; implantação de uma maior seletividade na tributação sobre o consumo (variação da alíquota do imposto de acordo com a essencialidade do bem – ex.: tributar-se com alíquotas maiores o caviar do que o arroz e o feijão).

Busca-se, com isso, formas de se reequilibrar a matriz tributária brasileira – para que seja cada vez menos regressiva (*“a fim de melhor distribuir o encargo fiscal em nossa sociedade, deixando de onerar mais aquela fração da população que menos deveria contribuir”*²¹).

Também concordamos que a matriz tributária brasileira

¹⁸Op. cit., p. 225.

¹⁹Op. cit., p. 225.

²⁰Op. cit., p. 225.

²¹Op. cit., p. 230.



é desigual e uma das causas da enorme desigualdade fiscal e social brasileira, pois quem ganha menos acaba pagando mais impostos proporcionalmente ao que ganham mais (a busca tem que ser por mais equidade e eficiência da matriz tributária brasileira).

O mínimo existencial, a dignidade da pessoa humana, e a busca da justiça social também através da tributação (finalidade social da tributação como objetivo fundamental da República) devem ser plenamente efetivados – assim como preconizado pela Constituição Federal.

E quais mais caminhos e/ou mecanismos tributários a se adotar para a busca efetiva dessa justiça social?

Interessante a posição dos professores Ricardo Vieira de Carvalho Fernandes e Valcir Gassen:

“(...) conclui-se pela necessidade de compatibilização da política fiscal (leia-se: reforma em sentido lato ou soluções de legislação) com os objetivos fundamentais da República, notadamente com a redução da desigualdade social, a equidade da matriz tributária e a justiça fiscal. Isso pode se dar, entre outras medidas, pelas seguintes ações tributárias:

- 1. redução da carga tributária sobre o consumo e sua compensação sobre a renda;*
- 2. aumento da progressividade da tributação sobre a renda e a propriedade;*
- 3. participação efetiva dos três Poderes no desenho tributário nacional em prol da redução da desigualdade social;*
- 4. utilização de incentivos fiscais para promoção do desenvolvimento social e regional, com meios de controle da guerra fiscal, acoplada a mecanismos de incentivo ao equilíbrio ativo a favor dos estados pobres;*
- 5. tratamento das isenções não somente pela ótica do desenvolvimento, mas também sob o olhar da finalidade social da tributação;*
- 6. criação de dispositivos de aplicação vinculante na esfera administrativa de precedentes repetitivos (recursos repetitivos e IRDR) pelos estados e municípios;*
- 7. aumento da transparência fiscal;*
- 8. redução da complexidade do sistema tributário nacional, entre outros.*

Algumas das medidas são simples e óbvias, mas sua

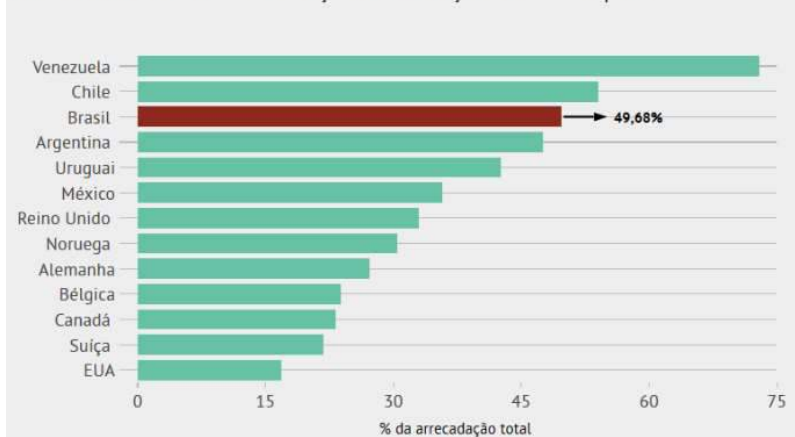
introdução é capaz de gerar, direta e indiretamente, a implementação dos objetivos fundamentais da nação. Desenvolvimento é importante, mas desenvolvimento para todos é ainda mais.”²²

3.2. GRAFICAMENTE

Para se ter uma ideia do peso dos impostos indiretos no Brasil em comparação com outros países do mundo, apresentamos os seguintes gráficos:

O peso dos impostos indiretos

Fatia dos tributos sobre bens e serviços na arrecadação total de cada país



Fontes: OCDE e Receita Federal

Dados referentes a 2015

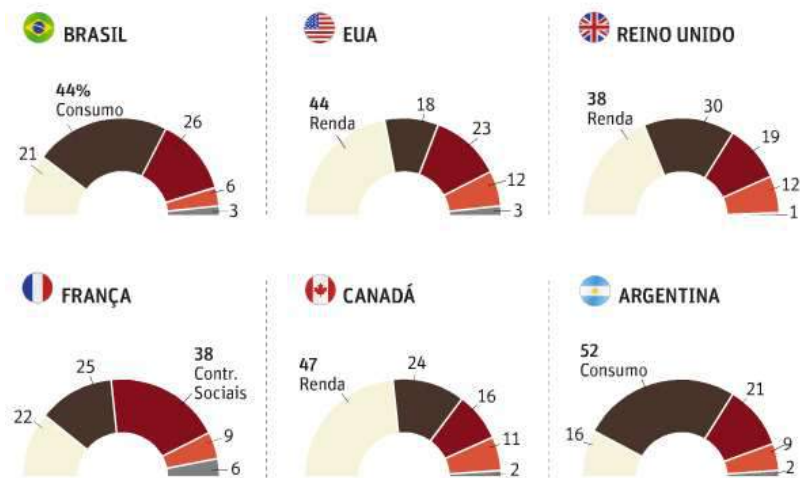
playfair

Fonte: <https://economia.estadao.com.br/blogs/nos-eixos/as-injusticas-tributarias-do-brasil-em-5-graficos/>

²²FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho; GASSEN, Valcir. Tributação, desigualdade social e reforma tributária: os três Poderes e os objetivos da República. p. 375 e 376. Disponível em: file:///C:/Users/alexandre.pontieri/Downloads/1200-3218-1-PB.pdf

Composição da arrecadação, em %

Renda Consumo Contribuições sociais Propriedade Outros



Fonte: <http://direito.folha.uol.com.br/blog/imposto-sobre-consumo-x-imposto-sobre-renda>

3.3. DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 582.461

Apenas como exemplo jurisprudencial, trazemos uma ementa de julgado do colendo Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário nº 582.461 – tratando da tributação em cascata – e, salvo melhor juízo, proporcionando uma maior oneração a fornecedores e consumidores de bens de consumo:

- “1. Recurso extraordinário. Repercussão geral.
2. Taxa Selic. Incidência para atualização de débitos tributários. Legitimidade. Inexistência de violação aos princípios da legalidade e da anterioridade. Necessidade de adoção de critério isonômico. No julgamento da ADI 2.214, Rel. Min. Maurício Corrêa, Tribunal Pleno, DJ 19.4.2002, ao apreciar o tema, esta Corte assentou que a medida traduz rigorosa igualdade de tratamento entre contribuinte e fisco e que não se trata de imposição tributária.
3. ICMS. Inclusão do montante do tributo em sua própria base

de cálculo. Constitucionalidade. Precedentes. A base de cálculo do ICMS, definida como o valor da operação da circulação de mercadorias (art. 155, II, da CF/1988, c/c arts. 2º, I, e 8º, I, da LC 87/1996), inclui o próprio montante do ICMS incidente, pois ele faz parte da importância paga pelo comprador e recebida pelo vendedor na operação. A Emenda Constitucional nº 33, de 2001, inseriu a alínea “i” no inciso XII do § 2º do art. 155 da Constituição Federal, para fazer constar que cabe à lei complementar “fixar a base de cálculo, de modo que o montante do imposto a integre, também na importação do exterior de bem, mercadoria ou serviço”. Ora, se o texto dispõe que o ICMS deve ser calculado com o montante do imposto inserido em sua própria base de cálculo também na importação de bens, naturalmente a interpretação que há de ser feita é que o imposto já era calculado dessa forma em relação às operações internas. Com a alteração constitucional a Lei Complementar ficou autorizada a dar tratamento isonômico na determinação da base de cálculo entre as operações ou prestações internas com as importações do exterior, de modo que o ICMS será calculado “por dentro” em ambos os casos.

4. Multa moratória. Patamar de 20%. Razoabilidade. Inexistência de efeito confiscatório. Precedentes. A aplicação da multa moratória tem o objetivo de sancionar o contribuinte que não cumpre suas obrigações tributárias, prestigiando a conduta daqueles que pagam em dia seus tributos aos cofres públicos. Assim, para que a multa moratória cumpra sua função de desencorajar a elisão fiscal, de um lado não pode ser pífia, mas, de outro, não pode ter um importe que lhe confira característica confiscatória, inviabilizando inclusive o recolhimento de futuros tributos. O acórdão recorrido encontra amparo na jurisprudência desta Suprema Corte, segundo a qual não é confiscatória a multa moratória no importe de 20% (vinte por cento).

5. Recurso extraordinário a que se nega provimento.”²³

²³*Decisão:* O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Relator, conheceu do recurso extraordinário, contra o voto da Senhora Ministra Cármen Lúcia, que dele conhecia apenas em parte. No mérito, o Tribunal, por maioria, negou provimento ao recurso extraordinário, contra os votos dos Senhores Ministros Marco Aurélio e Celso de Mello. Votou o Presidente, Ministro Cezar Peluso. Em seguida, o Presidente apresentou proposta de redação de súmula vinculante, a ser encaminhada à Comissão de Jurisprudência, com o seguinte teor: “É constitucional a inclusão do valor do Imposto Sobre Circulação de Mercadorias e Serviços – ICMS na sua própria base de cálculo.”

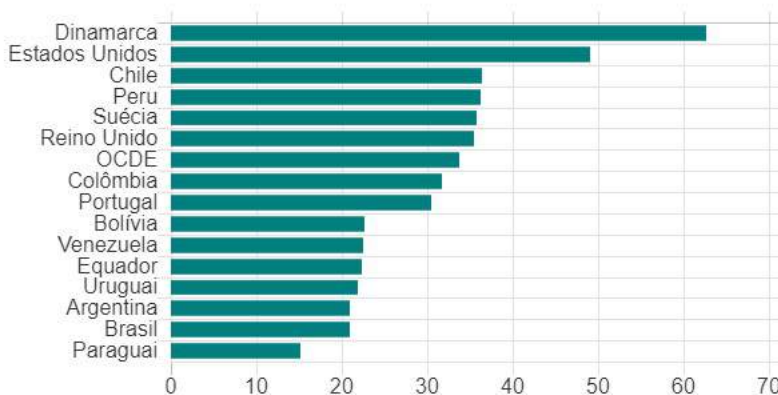


3.4. TRIBUTAÇÃO SOBRE A RENDA DAS PESSOAS FÍSICAS NO BRASIL

No aspecto da tributação sobre a renda das pessoas físicas no Brasil, temos a percepção de que o cenário não seja diferente da questão envolvendo a regressividade tributária, pois, o que se vê no Brasil há muito tempo é que o imposto sobre a renda não atua efetivamente como um instrumento de Justiça Social.

Comparativamente a outros países temos os seguintes gráficos:

Participação dos impostos sobre renda na arrecadação (em %)



Fonte: OCDE (Revenue Statistics in Latin America and the Caribbean 2017)

BBC

<https://www.bbc.com/portuguese/brasil-40895471>

Falaram, pelo recorrido, o Dr. Aylton Marcelo Barbosa da Silva, Procurador do Estado e, pelo *amicus curiae*, a Dra. Cláudia Aparecida de Souza Trindade, Procuradora da Fazenda Nacional. Ausentes, justificadamente, o Senhor Ministro Joaquim Barbosa e, em viagem oficial à Federação da Rússia, o Senhor Ministro Ricardo Lewandowski. Plenário, 18.05.2011.



Em outras palavras, concluiu-se que, em boa medida, as prescrições exaradas pelo constituinte de 1988 não foram devida e adequadamente seguidas pelo legislador, em se de tributação da renda das pessoas físicas. Assim é que, conforme se pôde constatar, princípios tributários basilares, tais como os da legalidade, da igualdade, da capacidade contributiva e da pessoalidade não são integralmente atendidos pela legislação aplicável ao imposto sobre a renda – pessoa física.

Por seu turno, o tributo em comento também não está devidamente informado pelo critério da progressividade, a despeito do que determina a Constituição.

De outra parte, viu-se que, mesmo em países de tradição mais liberal e, neste passo, menos “social”, que o nosso, como os Estados Unidos da América, por exemplo, a tributação da renda das pessoas físicas atua, em certa medida, como instrumento de Justiça Social, colaborando na melhoria da distribuição da renda e na manutenção do mínimo social.

Igualmente restou claro, na presente Tese, que a fórmula adotada pelas autoridades brasileiras, na estruturação do imposto sobre a renda das pessoas físicas, revela-se mais rigorosa, em sede de número, progressividade e valores de alíquotas, do que a preconizada por instituições como o Fundo Monetário Internacional – FMI.

Boa parte, ainda que não a totalidade, da discrepância entre o modelo de imposto sobre a renda ditado pela Constituição de 1988 e aquele efetivamente adotado pela legislação dever ser debitada à simplificação da sistemática relativa a apuração do tributo, encetada a partir da edição da Lei 7.713/88. Tal simplificação implicou a desfiguração do instituto, com sacrifício, principalmente, do atendimento à progressividade e à pessoalidade.

Contudo, apesar deste quadro sombrio, as esperanças de que o imposto brasileiro sobre a renda das pessoas físicas venha a atuar eficazmente como instrumento de Justiça Social não se encontram integralmente soterradas. Como visto e demonstrado ao longo deste trabalho, não é preciso nenhuma reforma constitucional para que este desiderato seja alcançado. Ao contrário, o que se faz necessário é justamente o efetivo e integral respeito à nossa Carta Política. Ou seja: a atuação do imposto sobre a renda das pessoas físicas como eficaz instrumento de Justiça Social depende “apenas” de que os membros



Ou seja, o Brasil, infelizmente, ainda tem muito a buscar para a real efetivação da Justiça Social através da tributação.

Como colocado no início, a dúvida central do presente artigo é saber se a tributação no Brasil contemporâneo (CF/1988) traz efetivamente uma justiça social aos cidadãos brasileiros?

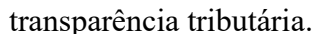
Em minha opinião a matriz tributária brasileira é desigual e uma das causas da enorme desigualdade tributária e social brasileira.

Vimos, como exemplo, que a sociedade americana (EUA - país com forte característica liberal na economia), aceita muito mais a ideia de que a tributação deve ter alguma função social, principalmente na distribuição da renda, do que a sociedade brasileira.

O mínimo existencial, a dignidade da pessoa humana, e a Justiça Social pela tributação parecem ser questões cada vez mais esquecidas pelos “donos do poder”.

É necessário que se efetivem as garantias de direitos fundamentais e também que se busque maior aplicação prática dos efeitos sociais da tributação – com a observância real da capacidade contributiva, da legalidade, da segurança jurídica e da

²⁵LEONETTI, Carlos Araújo, op. cit., p. 266-267.



Também gostaria de ver a Carta da República efetivamente sendo cumprida e com uma melhor distribuição de renda (justiça distributiva) e com a Justiça Social sendo verdade colocada em prática para todos os cidadãos de nosso país (cidadania, dignidade da pessoa humana, erradicação da pobreza, da marginalização, redução das desigualdades sociais e regionais, promoção do bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade, e quaisquer outras formas de discriminação etc.).

Já tive mais esperanças de mudanças em nosso país, inclusive no aspecto da matriz tributária brasileira e na melhor distribuição de renda e melhor tributação (com proporcionalidade justa e menor regressividade aos cidadãos mais pobres).

Hoje em dia, infelizmente, sou mais pessimista em relação a mudanças dessa natureza, pois acredito que “os donos do poder” jamais se preocuparão de verdade com essa mudança. Ou, se isso vier a acontecer algum dia, as resistências legislativas serão imensas para impedir suas aprovações.

Oxalá eu esteja enganado!

Lutemos por uma melhor e mais justa distribuição de renda em nosso país! Lutemos pela efetivação da Justiça Social!



5. REFERÊNCIAS

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



BRASIL. Código Tributário Nacional. Lei nº 5.175, de 25 de outubro de 1966. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5172.htm

FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho; GASSEN, Valcir. Tributação, desigualdade social e reforma tributária: os três Poderes e os objetivos da República. p. 375 e 376. Disponível em: <file:///C:/Users/alexandre.ponti-eri/Downloads/1200-3218-1-PB.pdf>

GASSEN, Valcir. Matriz tributária brasileira: uma perspectiva para pensar o Estado, a Constituição e o Direito Tributário. Equidade e eficiência da matriz tributária brasileira: diálogos sobre Estado, Constituição e Direito Tributário. Brasília: Consulex, 202.

GASSEN, Valcir. A tributação do patrimônio como instrumento de Justiça Social. In: GASSEN, Valcir (Organizador e autor). Equidade e Eficiência da Matriz Tributária Brasileira – diálogos sobre Estado, Constituição e Direito Tributário. Brasília. Editora Consulex, 2012.

GASSEN, Valcir; D'ARAÚJO, Pedro Júlio Sales. PAULINO, Sandra Regina da F. Tributação sobre Consumo: o esforço em onerar mais quem ganha menos. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/seq/n66/09.pdf>

HAYEK, Friedrich A. O caminho da servidão. Tradução de Leonel Vallandro. 2. ed. Porto Alegre: Globo, 1977.

LEONETTI, Carlos Araújo. O Imposto sobre a renda das pessoas físicas como instrumento de Justiça Social no Brasil atual (tese apresentada ao Curso de Pós-Graduação em Direito – CPGD da Universidade Federal de Santa Catarina, como requisito à obtenção do título de Doutor em Direito).

MURPHY, Liam; NAGEL, Thomas. O mito da propriedade. Tradução: Marcelo Brandão Cipolla. Martins Fontes, São Paulo, 2015

RAWLS, John. A theory of justice. ed. rev. Cambridge, MA:



Harvard University Press, 1999 (impressão 2000).

ROGERS, Diane Lim. Federal income tax policy: issues of distribution and equity. In: HILDRETH, W.B.; RICHARDSON, J.A. (Org.). Handbook on taxation. New York, NY: Marcel Dekker, 1999, p. 579-607.

Portal do STF - Supremo Tribunal Federal. www.stf.jus.br

Portal do STJ - Superior Tribunal de Justiça. www.stj.jus.br

FONTES DOS GRÁFICOS:

<https://economia.estadao.com.br/blogs/nos-eixos/as-injusticas-tributarias-do-brasil-em-5-graficos/>

<http://direito.folha.uol.com.br/blog/imposto-sobre-consumo-x-imposto-sobre-renda>

<https://www.bbc.com/portuguese/brasil-40895471>

<https://economia.estadao.com.br/blogs/nos-eixos/as-injusticas-tributarias-do-brasil-em-5-graficos/>

ACIDENTES DE TRABALHO E DOENÇAS OCUPACIONAIS NA MINERAÇÃO: ANÁLISE DE DADOS ESTATÍSTICOS GERAIS E ESPECÍFICOS E DA JURISPRUDÊNCIA DO TRT DA 3ª REGIÃO

Amauri Cesar Alves*

Daniela Cristine Dias de Oliveira**

I. INTRODUÇÃO.



presente artigo pretende analisar dados estatísticos referentes aos acidentes de trabalho e doenças ocupacionais ocorridos no Brasil entre 2013 a 2015, com destaque para Minas Gerais, polo da atividade minerária no país. Importante também, do ponto de vista jurídico, analisar os julgados do TRT da 3ª Região sobre acidentes de trabalho na mineração no ano de 2017. Tais dados permitirão ao leitor compreender situações fáticas e jurídicas que vitimam trabalhadores da mineração em Minas Gerais e no Brasil, o que pode colaborar para a conscientização dos envolvidos, principalmente trabalhadores, e redução dos riscos inerentes à atividade, o que compete sobretudo ao empregador.

De início será importante destacar aspectos psicossociais dos acidentes de trabalho e doenças ocupacionais, pois o trabalho é atividade vital ao homem e integra o processo de estruturação e formação de seu mundo psíquico. A ocorrência de um evento abrupto ou inesperado como um acidente de trabalho

* Doutor, Mestre e Bacharel em Direito pela PUC.Minas. Professor da Universidade Federal de Ouro Preto (Graduação e Mestrado em Direito).

** Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Ouro Preto. Graduada em Terapia Ocupacional pela Universidade Federal de Minas Gerais.



pode colocar a pessoa em uma posição de marginalização, excluindo-a do aspecto social e produtivo, o que em regra traz tanto impacto na vida do trabalhador quanto as sequelas físicas decorrentes de acidentes ou doenças.

Antes de compreender as especificidades da mineração em Minas Gerais será empreendida análise mais ampla, dos acidentes de trabalho em geral no Brasil. A expressão “acidentes de trabalho” será utilizada como gênero que comporta as espécies acidente de trabalho típico, acidente de trabalho atípico (trajeto) e doenças ocupacionais ou do trabalho.

Importante compreender os dados estatísticos à luz do princípio da proteção jurídica à saúde e segurança do trabalhador, que tem origem constitucional e deve servir de fundamento para os julgados que versam sobre a matéria, com destaque, aqui, para a jurisprudência do TRT da 3ª Região no ano de 2017. Explica-se a delimitação temporal em razão da data elaboração da monografia de conclusão de curso que deu origem ao presente artigo.

II. ASPECTOS PSICOSSOCIAIS DOS ACIDENTES DE TRABALHO E DOENÇAS OCUPACIONAIS.

O trabalho é atividade vital ao homem e integra o processo de estruturação e formação do mundo psíquico do sujeito, sendo que a ocorrência de um evento abrupto ou inesperado como um acidente de trabalho pode colocar a pessoa em uma posição de marginalização, excluindo-a do aspecto social e produtivo. “Em um contexto pós-moderno marcado pelo individualismo e valorização da capacidade produtiva, estar doente pode representar, para o trabalhador, ser indesejável ou socialmente desvalorizado” (MARQUES, 2015, p.67).

Os acidentes de trabalho e as doenças ocupacionais, a depender do nível de sequelas e incapacidades instauradas, podem ser geradores de danos imateriais que afetam diretamente a autoestima, a imagem e a identidade social do trabalhador no mundo



e na sociedade, acarretando sentimentos de inutilidade, já que a sociedade capitalista apenas valoriza aquele que tem capacidade de vender sua força de trabalho e que em decorrência disso pode “consumir”.

As expectativas, os sonhos, a autonomia, os papéis sociais e familiares após um acidente de trabalho necessitam ser ressignificados, sua existência é totalmente afetada, há uma inversão completa do papel do trabalhador, que deixa de ser o provedor, o chefe de família, e passa a ser o doente, o incapaz.

A perda do papel profissional acaba por determinar um certo afastamento da sociedade, o que muitas vezes pode gerar quadros depressivos graves, chegando ao nível da morte social. (OLIVEIRA; QUEIROZ, 2017, p.79).

Destaca-se o adoecimento dos trabalhadores submetidos ao denominado “novo espírito do capitalismo”. A hegemonia do capital financeiro afeta e pressiona os trabalhadores, por meio de novas formas de organização das empresas e de gestão de pessoas, que cada vez mais exige dos trabalhadores competitividade, rapidez e flexibilidade. Franco, Druck e Seligmann-Silva tratam da “psicopatologia da precarização”:

Os estudos microssociais em empresas e organizações, no campo da Saúde Mental relacionada ao Trabalho, definem uma “psicopatologia da precarização”, produto da violência no ambiente de trabalho, gerada pela imposição da busca de excelência como ideologia da perfeição humana, que pressiona os trabalhadores ignorando seus limites e dificuldades, junto a uma radical defesa e implementação da flexibilidade como “norma” do presente. Isso exige uma adaptação contínua a mudanças e novas exigências de polivalência, de um indivíduo “volátil”, sem laços, sem vínculos e sem caráter, isto é, flexível. (FRANCO; DRUCK; SELIGMANN-SILVA, 2010, p.229-248).

Os acidentes de trabalho, para além dos efeitos e consequências deletérias à saúde física e mental do trabalhador, tendem a influenciar negativamente seu espaço social, visto que a atividade laborativa em regra determina o estilo de vida e é gerador de valores e padrões de comportamentos sociais.

Segundo Tomazini (1996):

(...) o trabalho é fonte de objetivação do ser humano e através



dele os homens transformam o mundo e se transformam, enquanto sujeitos sociais. (...) O trabalho define a condição humana e situa a pessoa no complexo conjunto das representações sociais, definindo a posição do homem nas relações de produção, nas relações sociais e na sociedade como um todo.

MENDES e WÜNSCH apontam que:

Ao refletirmos sobre saúde, acidente, doença e trabalho na vida dos indivíduos e da coletividade, fica cada vez mais difícil falarmos de um mundo do trabalho que pertença, unicamente, à esfera da fábrica e de outro mundo externo ao trabalho, pertencente à esfera da rua. (MENDES; WÜNSCH apud MARQUES, 2015, p.68).

No mesmo sentido, sustenta Sebastião Geraldo de Oliveira (2011, p.66) que “as condições e o meio ambiente de trabalho não são constituídos de fenômenos isolados, desconectados entre si e sem relação com o resto da vida do trabalhador.” Assim, os acidentes de trabalho não podem ser compreendidos como mero resultado de processos inerentes às atividades laborais executadas no cotidiano de um trabalhador. Da mesma forma, seus efeitos não são restritos à relação de trabalho firmada com seu contratante. Sendo assim, a proteção do trabalhador no que concerne à sua saúde e segurança no ambiente de prestação laborativa deve ser preocupação não só de empregados e empregadores, mas também do Estado e de toda a sociedade. Compreender as causas e os efeitos de acidentes de trabalho e doenças ocupacionais deve ser estratégia que torna possível colaborar com a proteção laborativa almejada socialmente e preconizada constitucionalmente.

III. ACIDENTES DE TRABALHO NA MINERAÇÃO.

O presente item compreende parte do trabalho monográfico de Daniela Cristine Dias de Oliveira¹, sob orientação do

¹ Com base nas informações disponíveis no âmbito do Ministério da Previdência Social (MPS). Essa base de dados possui informações sobre acidentes típicos e acidentes de trajeto com Comunicação de Acidente de Trabalho (CAT), óbitos por acidente de



No Brasil, segundo dados do Anuário Estatístico de Acidentes de Trabalho: AEAT- 2015 (BRASIL, 2015), ocorreram 612.632 (seiscentos e doze mil, seiscentos e trinta e dois) acidentes de trabalho registrados em Comunicado de Acidentes de Trabalho (CAT) em 2015, sendo 383.663 caracterizados como acidentes típicos, 106.039 como acidentes de trajeto, com 13.240 registros de doenças ocupacionais e 109.690 ocorrências sem CAT registrada. Considerando o período de 2013-2015 ocorreram 2.050.598 (dois milhões, cinquenta mil e quinhentos e noventa e oito) acidentes de trabalho, uma média de 683.000 acidentes/ano. Segundo o Sistema de Informação de Mortalidade - SIM do DATASUS (BRASIL, 2018), no período de 2012-2015 ocorreram 14.468 óbitos por acidentes de trabalho, o que representa 2,4% do total de mortes por causas externas no

Inserido ao protocolo **17.711.187-2** por: **3º Sgt. Qpmg 1-0 Helio Jorge Parana Vieira** em: 04/06/2021 14:16. As assinaturas deste documento são de: **3º Sarg. Qpmg 1-0 Karlyne Priddy da C. Doceiro** em: 08/03/2021 14:47. Endereço: <https://www.e-protocons.org.br/03/2021/4/12/daAssinatura> com o código: **6a30095610e9c0ef5cc877c0123ed21c**.



Brasil (612.774), entre elas óbitos por acidentes de trânsito, agressões e suicídios. Comparativamente, o número de mortes por ano no trânsito brasileiro é em média de 40.000 desde 2010, sendo que em média ocorrem 3.600 óbitos/ano em razão de acidentes de trabalho (BRASIL, 2018).

O Observatório Digital de Saúde e Segurança do Trabalho MPT-OIT (2017) estima que no Brasil desde 2012 até hoje ocorre 1 acidente de trabalho a cada 51 segundos, com 1 morte em acidente a cada 3 horas, 49 minutos e 57 segundos. Apesar de alarmantes, estes dados não retratam a totalidade do problema no Brasil, considerando as subnotificações, sub-registros e principalmente a invisibilidade dos trabalhadores informais. Acidentes de trânsito e violência, exemplificativa e comparativamente, são em regra bem registrados e contabilizados. São objeto de campanhas, reflexões, reportagens, alertas, programas, projetos, legislações, como na verdade tem que ser mesmo. Ocorre que em sentido contrário os acidentes de trabalho, também muito significativos no Brasil, não alcançam a mídia e a preocupação cotidiana do Estado e da sociedade, ficando quase sempre restritos silenciosamente aos processos trabalhistas.

No que se refere à frequência de acidentes de trabalho por Unidade Federativa observa-se que Mina Geral é o segundo Estado com maior número de acidentes de trabalho (10,5% dos acidentes), patamar inferior apenas ao do Estado de São Paulo, que concentra 34,2% dos acidentes no país no período 2013-2015, conforme Gráfico 1.

Gráfico 1: Percentual de acidentes de trabalho, por UF. Brasil. 2013-2015.

Inserido ao protocolo **17.711.187-2** por: **3º Sgt. Qpmg 1-0 Helio Jorge Parana Vieira** em: 04/06/2021 14:16. As assinaturas deste documento são: **1º Sarg. PM 1-0 Dora Karlyne Priddy da C. Doceira** em: 08/06/2021 14:47. Endereço: <https://www.e-proto.com.br/03/2021/4124> Assinatura com o código: **6a30095610e9c0ef5cc877c0123ed21c**.



dos trabalhadores por setor de atividade econômica. Considerando o rol das atividades econômicas classificadas pelo CNAE 2.0, no período de 2013 a 2015 em todo o território brasileiro, a extração de minério de ferro, alumínio, estanho, manganês e metais preciosos ocupa a posição 89 no ranking de maior frequência de acidentes de trabalho.

Em relação aos acidentes de trabalho na atividade de extração de minério de ferro, alumínio, estanho, manganês e metais preciosos ocorridos no Brasil no período 2013-2015 verifica-se que dos 4.341 acidentes de trabalho registrados em Comunicado de Acidentes de Trabalho (CAT), 3.313 foram caracterizados como acidentes típicos, 483 como acidentes de trajeto, 319 registros de doenças ocupacionais e 226 sem CAT registrada. (Tabela 1)

Tabela 1: Frequência de acidentes do trabalho. Classificação Nacional de Atividades Econômicas (CNAE). Brasil. 2013-2015.

<i>Classe do CNAE 2.0</i>	<i>Típico com CAT</i>	<i>Trajetos com CAT</i>	<i>Doença do Traba- lho com CAT</i>	<i>Sem CAT</i>	<i>Total</i>
Extração de Minério de Ferro	2.071	390	280	106	2.847
Extração de Minério de Alumínio	181	8	3	7	199
Extração de Minério de Estanho	163	9	0	6	178
Extração de Minério de Manganês	11	1	1	0	13
Extração de Minério de Metais Preciosos	887	75	35	107	1.104
Total	3.313	483	319	226	4.341

Fonte: Elaborada por Daniela Cristine Dias de Oliveira, com dados extraídos de DATAPREV. AEAT InfoLogo.

Consideradas todas as atividades extrativas minerais a extração de minério de ferro e de metais preciosos apresenta o maior número de notificações de acidentes de trabalho,



Em relação à frequência de acidentes de trabalho por faixa etária no período de 2013-2015 no Brasil, verifica-se que a maior incidência ocorre na faixa etária jovem adulta, de 20 a 39 anos, o que corresponde a 61,4% em relação ao total de acidentes nas demais faixas etárias, consideradas todas as atividades econômicas. (Tabela 2).

<i>Faixa Idade</i>	<i>de</i>	<i>Típico com CAT</i>	<i>Trajetos com CAT</i>	<i>Doença do Trabalho com CAT</i>	<i>Sem CAT</i>	<i>Total</i>
Total		1.248.456	334.452	48.021	419.669	2.050.598
30 a 34 Anos		215.643	60.199	8.150	59.804	343.796
25 a 29 Anos		219.585	64.948	5.415	49.189	339.137
35 a 39 Anos		177.152	44.864	8.372	60.173	290.561
20 a 24 Anos		191.804	57.480	2.330	34.689	286.303
40 a 44 Anos		135.360	32.195	7.546	57.596	232.697
45 a 49 Anos		108.934	25.363	7.383	57.895	199.575
50 a 54 Anos		80.292	18.923	5.177	50.177	154.569
55 a 59 Anos		48.268	11.424	2.368	31.256	93.316
Até 19 Anos		44.443	12.715	331	7.466	64.955
60 a 64 Anos		20.285	4.595	751	10.089	35.720
65 a 69 Anos		5.010	1.258	151	1.186	7.605



70 Anos e mais	1.543	467	46	126	2.182
Ignorada	137	21	1	23	182

Fonte: Elaborada por Daniela Cristine Dias de Oliveira, com dados extraídos de DATAPREV. AEAT InfoLogo.

A tabela 3 abaixo demonstra que no período de 2013-2015 a ocorrência de acidentes de trabalho é maior no sexo masculino, que corresponde a 68% do total da amostra.

Tabela 3: Frequência de acidentes do trabalho, por motivo, segundo sexo. Brasil. 2013-2015.

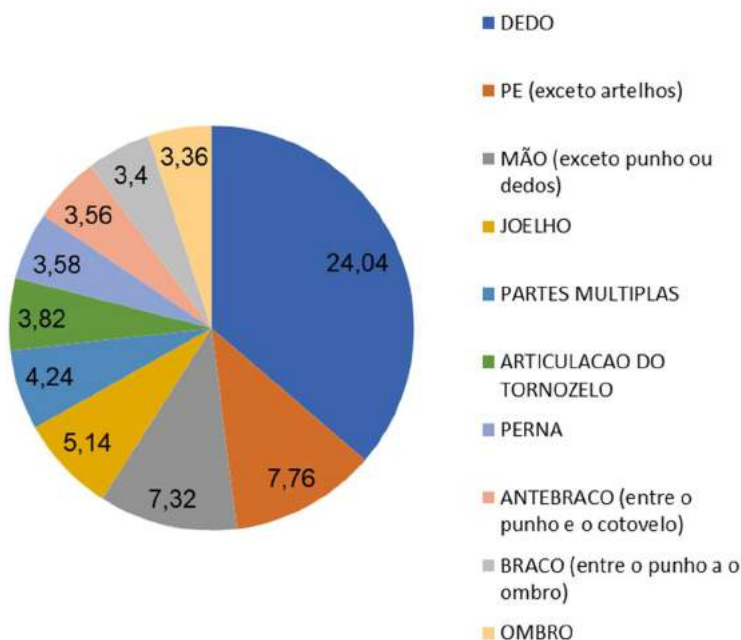
Motivo/Situação	Masculino	Feminino	Ignorado	Total
Típico com CAT	895.931	352.483	42	1.248.456
Trajetos com CAT	204.895	129.554	3	334.452
Doença do Trabalho com CAT	27.526	20.495	0	48.021
Sem CAT	266.850	152.819	0	419.669
Total	1.395.202	655.351	45	2.050.598

Fonte: Elaborada por Daniela Cristine Dias de Oliveira, com dados extraídos de DATAPREV. AEAT InfoLogo.

Em relação à Classificação Internacional de Doenças – CID, verifica-se que no período de 2013-2015, no Brasil, os traumatismos em geral foram responsáveis por um total de 1.376.368 (um milhão trezentos e setenta e seis mil e trezentos e sessenta e oito) acidentes de trabalho, o que corresponde a 67,1% do total de acidentes (2.050.598).

Segundo os dados do Observatório Digital de Saúde e Segurança do Trabalho MPT-OIT, as 10 partes do corpo mais atingidas nos acidentes de trabalho, no período de 2012-2016, são os dedos, pés (exceto artelhos), mãos (exceto punho ou dedos), joelhos, partes múltiplas (aplica-se quando mais de uma parte está envolvida), articulação do tornozelo, perna, antebraço (entre o punho e o cotovelo), braço (entre o punho ao ombro) e ombro.

Gráfico 2: As 10 partes do corpo mais atingidas nos acidentes de trabalho. Brasil. 2012-2016.



Fonte: Observatório Digital de Saúde e Segurança no Trabalho. MPT - OIT. 2017

Considerando todas as causas do agrupamento do CID, destaca-se que de modo geral no período de 2013-2015 tem ocorrido aumento de transtornos neuróticos, relacionados com o stress e transtornos somatoformes, que apresentaram um crescimento de 9,7% no período da análise (OLIVEIRA, 2018, p.38).

Segundo relatório técnico nº 18 elaborado pelo Ministério de Minas e Energia (BRASIL, 2009, p.4) dentre as atividades minerárias a extração de minério de ferro é a que mais arrecada impostos, sendo importante também por movimentar o mercado devido aos seus desdobramentos em outras atividades como nos setores de energia, transportes rodoviários, marítimos e ferroviários, sendo consequentemente responsáveis pela geração significativa de postos de trabalho.

Minas Gerais é o Estado que concentra o maior número



de empresas do setor de minério de ferro, cuja produção corresponde a quase 70% do que é extraído em todo o país, alcançando o status de maior empregador no setor de extração de minério de ferro em 2012 (MINAS GERAIS, 2011).

Os indicadores do Anuário Estatístico de Acidentes de Trabalho – AEAT- 2015, elaborado conjuntamente pelos Ministérios da Previdência Social e do Trabalho e Emprego apontam que no ano de 2014 a incidência de acidentes de trabalho por 1000 vínculos de trabalho em Minas Gerais foi de 15,47, considerando todos os segmentos de atividades econômicas, sendo que o setor minerário foi responsável por uma média de 20,9 acidentes de trabalho por 1000 vínculos trabalhistas, ou seja, 35,1% superior ao total da incidência de todo o Estado de Minas Gerais (BRASIL, 2015, p.15).

Segundo o Departamento Nacional de Produção Mineral - DNPM, em seu último relatório (BRASIL, 2016), as principais empresas produtoras de minério de ferro no Brasil estão localizadas em Minas Gerais, especificamente nas cidades do quadrilátero ferrífero: Barão de Cocais, Brumadinho, Caeté, Catas Altas, Congonhas, Conselheiro Lafaiete, Itabira, Itabirito, Itatiuaçu, Itaúna, Mariana, Nova Lima, Ouro Preto, Raposos, Rio Acima, Sabará, Santa Bárbara, São Gonçalo do Rio Abaixo e Sarzedo.

No ano de 2015 o Estado de Minas Gerais apresentou o total de 62.566 acidentes de trabalho, o que corresponde a 10,2% do total de acidentes no país. Em Minas Gerais, no período de 2013 a 2015, das 625 atividades econômicas classificadas pelo CNAE 2.0, a atividade de Extração de minério de ferro, alumínio, estanho, manganês e metais preciosos ocupa a 14ª posição no ranking de atividades com maior frequência de acidentes de trabalho (OLIVEIRA, 2018, p.48).

A tabela 4 permite observar que no período de 2013-2015 em Minas Gerais a extração de minério de ferro foi responsável por 75,3% (1.775) dos acidentes de trabalho no segmento



Tabela 4: Frequência de acidentes do trabalho, por motivo, segundo a UF e CNAE. Minas Gerais. 2013-2015.

Motivo/Situação	Extração de Minério de Ferro	Extração de Minério de Alumínio	Extração de Minério de Manganês	Extração de Minério de Metais Preciosos	Total
Típico com CAT	1.300	51	4	321	1.676
Trajetos com CAT	186	4	0	25	215
Doença do Trabalho com CAT	252	1	1	25	279
Sem CAT	37	2	0	16	55
Total	1.775	58	5	387	2.225

Em relação à Classificação Internacional de Doenças – CID verifica-se que no período de 2013-2015, em Minas Gerais, a soma dos traumatismos em geral foi responsável por um total de 140.495 acidentes de trabalho, o que corresponde a 65,5% do total de acidentes (214.495), sendo os traumatismos de punho e da mão os campeões no ranking, ocupando o 1º lugar. (OLIVEIRA, 2018, p.49)

Comparativamente aos dados do Brasil, os indicadores apresentados até aqui confirmam a relevância da atividade de extração de minério de ferro para o significativo número de traumas que adoeceram ou incapacitaram os trabalhadores da mineração, principalmente no Estado de Minas Gerais.

O estudo atento e cuidadoso dos dados estatísticos poderá sinalizar ou até mesmo permitir a compreensão de que acidentes de trabalho e doenças ocupacionais ocorrem destacadamente por inobservância patronal ao princípio da proteção jurídica à saúde e segurança do trabalhador. Fato é que a prevenção aos acidentes e doenças relacionados ao trabalho deveria ser cada vez mais preocupação do Estado brasileiro e da sociedade, vista a centralidade da pessoa humana no sistema capitalista. O



acidente de trabalho não pode ser compreendido como algo natural e inerente à exploração econômica, merecendo o enfrentamento que a dignidade da pessoa humana exige. Diante do exposto, então, é sempre importante estudar o princípio da proteção jurídica à saúde e segurança do trabalhador, o que se dará, no presente artigo, no próximo item.

IV. O PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO JURÍDICA À SAÚDE E SEGURANÇA DO TRABALHADOR.

A superioridade econômica do dono do capital e a relação de opressão histórica sobre a parte hipossuficiente nas relações de emprego acabaram por gerar um importante princípio do Direito do Trabalho, que é o princípio da proteção ao trabalhador. Em decorrência de tal princípio compreendem o Estado brasileiro (pelo menos antes da “Reforma Trabalhista”) e a OIT a necessidade da criação de normas gerais e especiais de tutela do empregado, com vistas a atenuar juridicamente as desigualdades fáticas havidas entre os contratantes.

No contexto da ampla proteção, a segurança do trabalhador constitui a terceira dimensão do que se denomina Trabalho Decente pela OIT. Segundo Laís Abramo (2010), Diretora do escritório da OIT no Brasil, o trabalho decente envolve emprego de qualidade, proteção social, voz e representação. A referida pesquisadora destaca que

A OIT calcula que mais de 6.000 pessoas morrem diariamente no mundo em consequência de acidentes ou enfermidades do trabalho, o que perfaz um total anual de 2,3 milhões de mortes por esses motivos. Calcula também que se produzem anualmente 337 milhões de acidentes de trabalho no mundo. Muitas ocupações são inseguras porque são irregulares ou provisórias, porque a sua remuneração é instável, porque envolvem riscos físicos ou expõem trabalhadores e trabalhadoras a diversos tipos de enfermidades físicas ou psíquicas. (ABRAMO, 2010, p.154).

Para se ter uma ideia da relevância do número de mortes



O texto constitucional evidencia o dever do empregador na adoção de estratégias visando a redução de acidentes de trabalho e o cuidado com a saúde e segurança do trabalhador. No mesmo sentido o artigo 200 da Constituição Federal expressa a prioridade da saúde do trabalhador enquanto Política Pública de Saúde. O artigo 225 da Carta Magna prevê que todas as pessoas têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, visando à saúde e a qualidade de vida. O meio ambiente do trabalho está inserido no meio ambiente geral, de modo que é



impossível alcançar qualidade de vida sem que haja qualidade de trabalho, nem se pode atingir meio ambiente equilibrado e sustentável ignorando o meio ambiente do trabalho.

O meio ambiente do trabalho pode ser definido como o local onde as pessoas desempenham suas atividades laborais, remuneradas ou não, cujo equilíbrio está baseado na salubridade do meio e na ausência de agentes que comprometem a incolumidade física e psíquica dos trabalhadores, independentemente de sua condição (empregados, servidores públicos, autônomos etc.). (MELO, 2006 apud SILVA, 2012, v.339, p.101).

A Consolidação da Leis do Trabalho – CLT também dispõe de diversos dispositivos visando a proteção ao trabalhador e ao meio ambiente de trabalho saudável. O capítulo V, que trata da Segurança e da Medicina do Trabalho, apresenta um rol de dispositivos que obrigam os empregadores a observarem normas de proteção, sob pena de cometerem falta grave.

A CLT determina ainda que nenhum estabelecimento poderá iniciar suas atividades sem prévia inspeção e aprovação das instalações pelas autoridades em matéria de segurança e medicina do trabalho. Dispõe sobre a obrigatoriedade de manter serviços especializados em segurança e em medicina do trabalho, por meio da Comissão Interna de Prevenção de Acidentes (CIPA), bem como do fornecimento de Equipamentos de Proteção Individual – EPI para proteção da integridade física do trabalhador. Ademais, a CLT dispõe sobre as regras de ambiência que devem ser observadas no que tange às edificações, à iluminação, ao conforto térmico, às instalações elétricas, movimentação, armazenagem e manuseio de materiais, máquinas e equipamentos, caldeiras, fornos e recipientes sob pressão e a prevenção da fadiga (BRASIL, 2017a).

Além da previsão constitucional e da CLT, existem as Normas Regulamentadoras (NRs), aprovadas pela Portaria 3.214/78 do Ministério do Trabalho e Emprego (MTE), que estabelecem critérios técnicos na prevenção de acidentes do trabalho.

Os trabalhadores da mineração convivem com fatores de



A NR-22 disciplina os preceitos a serem observados na organização e no ambiente de trabalho, de forma a tornar compatível o planejamento e o desenvolvimento da atividade mine-rária com a busca permanente da segurança e saúde dos traba-lhadores. Apesar de a norma regulamentadora ser abrangente e tratar das responsabilidades da empresa e do permissionário de lavra garimpeira, das responsabilidades dos trabalhadores e seus direitos, bem como apresentar um rol de obrigações do empre-gador para garantir a segurança e a proteção do trabalhador na atividade minerária, o enfoque é apenas na prevenção de aciden-tes no âmbito da saúde física do trabalhador (BRASIL, 2017c).

Segundo Professor Sebastião Geraldo de Oliveira (2011), a Constituição da República assegura que a saúde é direito de todos e dever do Estado, sendo que no campo do Direito do Trabalho a interpretação deve ser no sentido de que a manutenção do ambiente de trabalho saudável é direito do trabalhador e dever do empregador, que tem a “prerrogativa de livre-iniciativa, da escolha da atividade econômica e dos equipamentos de trabalho, mas, correlatamente, tem obrigação de manter o ambiente de trabalho saudável.” (OLIVEIRA, 2011, p.143).



O Princípio da redução dos riscos inerentes ao trabalho está expresso no artigo 7º, XXII da Constituição da República e para o Professor Sebastião Geraldo de Oliveira sempre foi o norte, a preocupação central, o ponto de partida e de chegada de qualquer programa sério sobre prevenção de acidentes do trabalho ou doenças ocupacionais:

Em razão dessa constatação axiomática, a Constituição de 1988 expressamente estabeleceu como direito dos trabalhadores a “redução dos riscos inerentes ao trabalho por meio de normas de saúde, higiene e segurança” (art.7º, XXII). Estamos, portanto, diante de um princípio fundamental sobre a promoção de medidas preventivas nos locais de trabalho (OLIVEIRA, 2011, p.147).

Este contexto legislativo, apesar de estar alinhado com o Princípio da Proteção ao trabalhador, não tem sido suficiente para limitar a ocorrência dos acidentes de trabalho, já que não é possível eliminar por completo o risco inerente a determinadas atividades laborais, principalmente porque os riscos não são exclusivamente físicos, biológicos, químicos e mecânicos, mas, também, fisiológicos, psíquicos, de operações e processos de trabalho. Entretanto, tal constatação não exime o empregador nem da responsabilidade decorrente de acidente (ou doença relacionada ao trabalho) e nem tampouco de cuidar, sempre, da proteção ao meio ambiente de prestação laborativa. A responsabilização do empregador é quase sempre perseguida pelo empregado em sede judicial trabalhista. O próximo item do presente artigo traz, ilustrativamente, situações fáticas enfrentadas pelo Poder Judiciário Trabalhista na 3ª Região, no ano de 2017.

V. ACIDENTES DE TRABALHO NA MINERAÇÃO: JURISPRUDÊNCIA DO TRT DA 3ª REGIÃO, 2017.

A responsabilização do empregador em relação à segurança do ambiente de trabalho enseja indenização a ser paga ao empregado ou seus sucessores (no caso de morte) suficiente à reparação dos danos causados por sua ação ou omissão. O



presente estudo trará análise das principais causas e consequências de acidentes de trabalho e doenças ocupacionais em julgados do TRT da 3ª Região no ano de 2017.

Pesquisa jurisprudencial no site do TRT da 3ª Região permitiu identificar 116 acórdãos que versaram, em 2017, sobre “acidente de trabalho” na mineração. A estratégia metodológica foi da utilização do gênero “acidente de trabalho” como expressão chave de busca, ao lado da palavra “mineração”. Obviamente que o resultado obtido não permite afirmar que todos os casos de acidentes de trabalho e doenças ocupacionais julgados no TRT da 3ª Região em sede de RO foram contemplados. Permite apenas observar situações fáticas em que o trabalhador da mineração buscou o Poder Judiciário para apresentar sua pretensão relativa à matéria aqui em exame. Também por estratégia foram analisados apenas Recursos Ordinários com relato de matéria fática referente ao acidente de trabalho ou doença ocupacional, para que fosse possível identificar as causas (fáticas) e, quase sempre, suas consequências (fáticas e/ou jurídicas) para o trabalhador ou seus familiares.

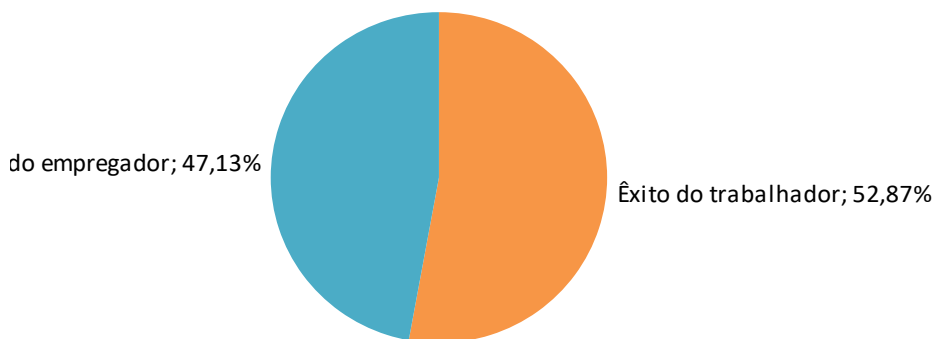
A análise de cada acórdão em sede de Recurso Ordinário permitiu identificar 86 narrativas em que o relator trata da situação fática do trabalhador pretensamente vitimado. São 50 casos de doenças pretensamente relacionadas ao trabalho e 36 casos que trataram de acidente de trabalho, muito embora tenha sido esta e não aquela a expressão de busca no site.

Outra opção foi analisar não o resultado jurídico de cada Recurso Ordinário (conhecido, não conhecido, provido, não provido), mas, sim, se o trabalhador ou seus familiares conseguiram obter na Justiça do Trabalho mineira o reconhecimento de que houve um acidente de trabalho ou doença ocupacional, com consequências diversas (reparação, garantia provisória de emprego, reintegração e outras). O resultado neste ponto, não surpreendentemente, confirma ser falaciosa a tese patronal de que a Justiça do Trabalho existe apenas para favorecer os trabalhadores.



Nos 86 processos em que foi possível extrair narrativa fática, em 46 o trabalhador conseguiu comprovar acidente ou doença e ter seus consectários, total ou parcialmente. Em 41 casos o trabalhador não conseguiu realizar sua pretensão. Eis o Gráfico 3:

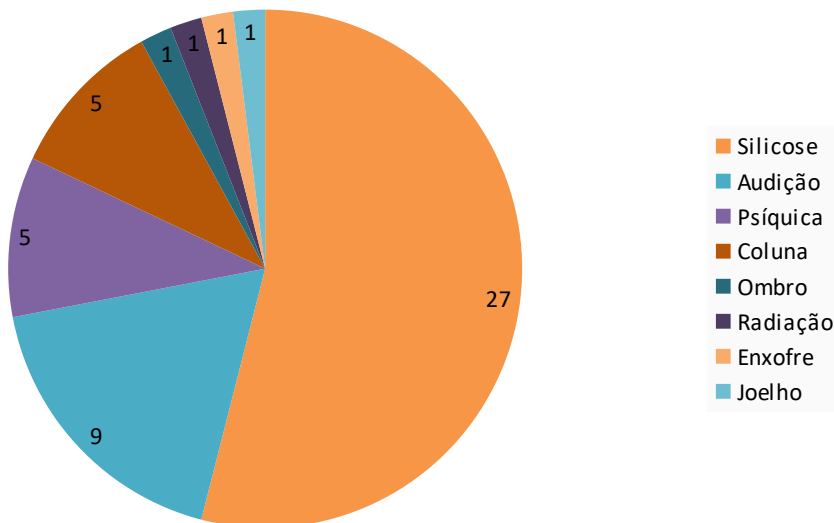
Gráfico 3 – Resultados de processos trabalhistas no TRT da 3ª Região. Acidentes de trabalho na mineração (geral), 2017.



Fonte: elaborado pelos autores a partir de dados extraídos em www.trt3.jus.br

Com relação ao cerne da pretensão do trabalhador ou de sua família, a pesquisa trouxe majoritariamente situações de doenças ocupacionais, como visto, e dentre elas destacadamente a silicose. Dos 50 processos em que trabalhadores ou seus familiares alegaram adoecimento relacionado à profissão, 27 deles trataram de silicose. Os demais 23 processos narram adoecimentos diversos: 09 trabalhadores com problemas de audição, 05 com doenças psiquiátricas, 05 com problemas na coluna e, por fim, ombro, radiação, enxofre e joelho, com uma ocorrência cada, conforme Gráfico 4:

Gráfico 4 – Resultados de processos trabalhistas no TRT da 3ª Região. Doenças Ocupacionais na mineração, 2017.



Fonte: elaborado pelos autores a partir de dados extraídos em www.trt3.jus.br

Sobre a silicose, exemplificativamente a seguinte ementa:

DOENÇA OCUPACIONAL – ÓBITO DO EMPREGADO – RESPONSABILIDADE DO EMPREGADOR – DANOS MORAIS. Permitindo a empresa a realização do trabalho em condições nocivas à saúde, não se escusa do reconhecimento da culpa que lhe é atribuível pela enfermidade que acometeu o empregado e ocasionou seu falecimento, em razão dessas condições adversas em que prestado o labor, mormente quando se trata de silicose, doença ocupacional crônica e incurável. Desse modo, inequívoca a responsabilidade empresária pelo pagamento de indenização por danos morais aos herdeiros do trabalhador. (TRT, 3ª Região, 4ª Turma, Processo 0010855-57.2017.5.03.0091 (RO), relatora Desembargadora Denise Alves Horta, publi DEJT 18/12/2017, disponível em www.trt3.jus.br, consulta em 01/02/2018)

A íntegra do acórdão abaixo, de relatoria do Desembargador Luiz Otávio Linhares Renault também trata do drama da silicose em Minas Gerais:

Sendo incontroverso que o trabalhador foi submetido a condições laborativas que contribuíram, em virtude da inalação de pó de sílica por longo período, para o seu adoecimento, resta



induvidosa a prática de ato ilícito pela Reclamada, que certamente não diligenciou para evitar o infortúnio, ignorando a obrigação legal de zelar pelo bom cumprimento das normas de segurança do trabalho (art. 157 da CLT).

A realidade dos ex-empregados da Mineração Morro Velho se tornou degradante e ofensiva aos direitos básicos da saúde e da dignidade humana (artigos 1º, III, e 6º, da CF/88), tendo sido amplamente divulgada pela mídia, culminando, inclusive, com CPI na Assembleia Legislativa de Minas Gerais.

Para os efeitos da lei, considera-se ilícito aquele ato consistente em ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, que viole direito e cause dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, artigo 186, do Código Civil de 2002, ao qual pode ainda ser agregado o artigo 187, do mesmo diploma legal.

Assim, necessário verificar o nexo de causalidade existente entre a doença profissional do trabalhador e seu falecimento, que certamente impingiu sofrimento e angústia às Autoras, esposa e filha do ex-empregado.

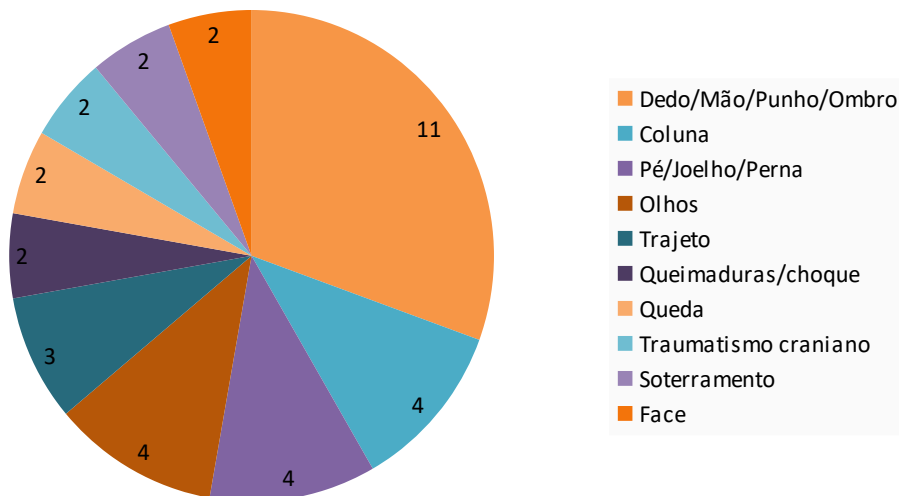
De acordo com a certidão de óbito de Id d69b745, o Sr. GERARDO BARBOSA GOMES faleceu em 15/4/2012, em virtude de "Insuficiência Respiratória, Crise Convulsiva e Hipertensão Arterial" (Id bf696a8)".

Não se pode olvidar que a silicose é doença que tem a particularidade de ter efeitos cumulativos, de acordo com o grau e o tempo de exposição ao agente causador doença, e que o comprometimento do sistema respiratório do portador da patologia reverbera no restante do organismo. É notório que o pulmão lesado submete o coração a um esforço excessivo e pode causar insuficiência cardíaca, a qual, por sua vez, pode evoluir para a morte. (TRT, 3ª Região, 1ª Turma, processo n. 0011619-14.2015.5.03.0091, publicação em 06/09/2017, disponível em www.trt3.jus.br, acesso em 01/02/2018)

Acidentes, típicos ou atípicos, foram narrados pelo relator em 36 acórdãos, com efeitos diversos sobre o corpo do trabalhador. A situação mais comum é a de contusões em dedo, mão, punho e ombro, com 11 casos. Problemas na coluna em decorrência de acidente foram relatados pelo trabalhador em 04 processos, mesmo número de casos em que a parte do corpo afetada diz respeito aos membros inferiores (pé, joelho, perna). Acidentes de trajeto foram narrados 03 vezes. Com duas ocorrências

cada, queimaduras, quedas, traumatismo craniano, soterramento e traumas na face:

Gráfico 5 – Resultados de processos trabalhistas no TRT da 3ª Região. Acidentes de trabalho (típicos e atípicos) na mineração, 2017.



Fonte: elaborado pelos autores a partir de dados extraídos em www.trt3.jus.br

No que concerne aos acidentes de trabalho trazidos na amostra, típicos e atípicos, há uma relação direta com os dados estatísticos nacionais gerais, conforme Gráfico 2, supra, em relação às partes do corpo mais atingidas.

Na maioria dos casos em que o trabalhador ou seus familiares não conseguiram perceber indenização decorrente de acidente ou doença, tal se deu em razão de ausência de comprovação de nexo de causalidade entre o prejuízo suportado e o agir culposos do empregador, ou seja, ausência de comprovação da responsabilidade subjetiva do empregador. Presente também na amostra controvérsias referentes à prescrição.²

Exemplificativamente com relação à improcedência por inexistência de prova de nexo de causalidade ou culpa do

² Sobre o assunto veja VIANA, Márcio Túlio. Os paradoxos da prescrição: quando o trabalhador se faz cúmplice involuntário da perda de seus direitos. *Revista LTr. Legislação do Trabalho*, v. 78, p. 670-675, 2014.



empregador, interessante situação. Um jovem de 21 anos entrou em um túnel existente no local de trabalho para fechar um de seus acessos e morreu. O juiz de primeiro grau, com base na prova dos autos, entendeu ter havido eletrocussão. O TRT da 3ª Região sustentou que não se sabe exatamente a causa da morte ocorrida no ambiente de trabalho, durante a jornada, no desempenho de tarefa, e afastou a reparação de danos deferida em primeiro grau. Segue aqui a ementa, com recomendação de leitura das demais peças processuais disponíveis no site do referido Tribunal:

RESPONSABILIDADE CIVIL. PRESSUPOSTOS CARACTERIZADORES DO DEVER DE INDENIZAR. MORTE DE CAUSA INDETERMINADA. AUSÊNCIA DE NEXO DE CAUSALIDADE COM O TRABALHO EXERCIDO. INDENIZAÇÕES INDEVIDAS. A obrigação de indenizar decorre da prática de um ato ilícito, que se configura quando alguém, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, viola direito e causa dano a outrem. Também ocorre ato ilícito quando o titular de um direito, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa fé ou pelos bons costumes. São as definições dadas pela Lei Civil, artigos 927, 186 e 187. In casu, à míngua de elementos que permitam afirmar, com o grau de certeza necessário a uma condenação judicial que a causa da morte do ex-empregado tenha sido a eletrocussão, é imperioso acatar a conclusão do relatório de necropsia elaborado pelo IML, no sentido de que a causa do falecimento é indeterminada, impondo-se a absolvição dos reclamados quanto ao pagamento de indenizações por danos morais e materiais. (TRT, 3ª Região, 9ª Turma, processo n. 00775-2011-029-03-00-1 RO, relator Desembargador João Bosco Pinto Lara, publicação em 29/03/2017, disponível em www.trt3.jus.br, acesso em 26/01/2018).

Com relação à prescrição, o seguinte julgado do Tribunal Pleno, razoavelmente comum na amostra, tratando de óbito de trabalhador vitimado por silicose:

PRESCRIÇÃO. DANO EM RICOCHETE. Na presente ação são os filhos e a viúva do ex-empregado que pleiteiam, em nome próprio, reparação por danos morais sofridos pelo



falecimento de seu pai, causado por doença ocupacional (silicose), pelo que se impõe a conclusão de que, a despeito de ser a matéria da competência desta Especializada, nos termos da Emenda Constitucional 45/2004 e da Súmula vinculante 22 do STF, tem aplicação o prazo prescricional civil previsto no artigo 206, § 3º, V, do CC, por se tratar de crédito de natureza civil, e não trabalhista. (TRT, 3ª Região, Tribunal Pleno, processo n. 0010 0010847-86.2016.5.03.0165 RO, Relator Desembargador Milton V. Thibau de Almeida, publicação em 23/01/2017, DEJT, p. 1471, disponível em www.trt3.jus.br, acesso em 26/01/2018).

Diante do exposto é possível perceber que não é simples para o trabalhador ver reconhecido seu direito decorrente de acidente de trabalho ou doença ocupacional. Muitos são os entraves jurídicos à realização da pretensão de trabalhadores e seus familiares, principalmente nos casos em que o Poder Judiciário privilegia a forma e/ou o tempo em detrimento da dignidade da pessoa humana.

VI. CONSIDERAÇÕES FINAIS.

Os acidentes de trabalho, para além dos efeitos e consequências deletérias à saúde física e mental do trabalhador, tendem a influenciar negativamente seu espaço social, visto que a atividade laborativa em regra determina o estilo de vida e é gerador de valores e padrões de comportamentos sociais. Por isso deve o assunto sempre estar na pauta não só acadêmica e daqueles diretamente envolvidos em atividades laborativas mas, principalmente, da sociedade em geral. Dar visibilidade, compreender causas e consequências, debater o problema não só em perspectiva sociológica mas também jurídica é contribuir, ainda que minimamente, para a redução de acidentes e doenças ocupacionais. O acidente de trabalho não pode ser compreendido como algo natural e inerente à exploração econômica, merecendo o enfrentamento que a dignidade da pessoa humana exige.



REFERÊNCIAS.

- ABRAMO, Laís. *Trabalho Decente: o itinerário de uma proposta*. Bahia anál. dados, Salvador, v. 20, n. 2/3, p.151-171, jul./set. 2010.
- BAHIA. MORBIMORTALIDADE por acidentes de trabalho entre trabalhadores da mineração - Brasil, 2007-2015. *Boletim epidemiológico*, Bahia, n. 11, ano VII, maio. 2017.
- BRASIL. Ministério de Minas e Energia. *Perfil da mineração de ferro*. Relatório Técnico 18. 2009.
- BRASIL. Ministério da Fazenda... [et al]. *Anuário Estatístico de Acidentes de Trabalho: AEAT 2015*. Brasília: MF, 2015.
- BRASIL. Departamento Nacional de Produção Mineral. *Anuário Mineral Brasileiro: Principais Substâncias Metálicas* / Coord. Geral Wagner Fernandes Pinheiro, Osvaldo Barbosa Ferreira Filho, Carlos Augusto Ramos Neves; Equipe Técnica por Marina Marques Dalla Costa... [et. Al.]; – Brasília: DNPM, 2016.
- BRASIL. Presidência da República. *Decreto-lei nº 5.452 de 1 de maio de 1943*. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm. Acesso em: 10-09-2017a.
- BRASIL. Ministério do Trabalho e Emprego. *NR 22 – Segurança e Saúde Ocupacional na Mineração*. Redação dada pela Portaria MTE n.º 2.037, de 15 de dezembro de 1999. Disponível em: <http://trabalho.gov.br/images//Documentos/SST/NR/NR-22-atualizada-2016.pdf>. Acesso em: 20-10-2017b.

BRASIL. Ministério da Saúde. *Sistema de Informações sobre mortalidade*. Disponível em: <http://tabnet.datasus.gov.br/cgi/tabcgi.exe?sim/cnv/ext10uf.def>. Acesso em: 06 de janeiro de 2018.

FRANCO, T; DRUCK, G. SELIGMANN-SILVA, E. *As novas relações de trabalho, o desgaste mental do trabalhador e os transtornos mentais no trabalho precarizado*. Revista Brasileira de Saúde Ocupacional, São Paulo, Fundacentro, v.35, n.122, p.229-248, 2010.

MARQUES, V. P. *O capitalismo flexível e a saúde do trabalhador: novos paradigmas e o problema da efetividade do direito*. Justiça do Trabalho, v. 381, p. 67, 2015.

MENDES, Jussara Maria Rosa; WÜNSCH, Dolores Sanches. Elementos para uma nova cultura em segurança e saúde no trabalho. Revista Brasileira de Saúde Ocupacional, São Paulo, v.32, n.115, p.156, 2007. In: MARQUES, V. P. *O capitalismo flexível e a saúde do trabalhador: novos paradigmas e o problema da efetividade do direito*. Justiça do Trabalho, v. 381, 2015.

MINAS GERAIS. Fundação João Pinheiro. *Perfil de Minas Gerais*. 2011.

OBSERVATÓRIO DIGITAL DE SAÚDE E SEGURANÇA NO TRABALHO – Smartlab de Trabalho Decente MPT - OIT. 2017. Dados acessados em 20-10-2017. Disponível online no seguinte endereço: <http://observatoriosst.mpt.mp.br>.

OLIVEIRA. Sebastião Geraldo de. *Proteção Jurídica à Saúde do Trabalhador*. 6.ed. São Paulo: LTr, 2011.

OLIVEIRA, Daniela Cristine Dias de; QUEIROZ, Carlos Eduardo G.de. *Responsabilidade civil e o dano existencial nos acidentes de trabalho: A importância do limite de jornada para a preservação da integridade física e psíquica do trabalhador*. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DO TRABALHO, 57º, 2017, São Paulo.



Jornal do 57º Congresso Brasileiro de Direito do Trabalho. São Paulo, LTr, 2017.

OLIVEIRA, Daniela Cristine Dias de. *AS PRINCIPAIS CAUSAS DE ACIDENTES DE TRABALHO NO SETOR MINERÁRIO DAS CIDADES DE MARIANA E OURO PRETO, NO PERÍODO DE 2013 – 2015*: violações ao Princípio da Proteção Jurídica à Saúde do Trabalhador. Monografia (Graduação em Direito). Departamento de Direito, EDTM/UFOP, Ouro Preto, 2018.

SILVA, Paulo Renato Fernandes da. *Os efeitos dos acidentes de trabalho*. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região. Justiça do Trabalho, v. 339, 29.

TOMAZINI, M. E. A. *Trabalho e deficiência: uma questão a ser repensada*. Palestra ministrada no II Seminário Paranaense de Educação Especial. [Tema: Educação, Trabalho e Cidadania], realizado em Curitiba, de 5-8 de novembro de 1996.

VIANA, Márcio Túlio. Os paradoxos da prescrição: quando o trabalhador se faz cúmplice involuntário da perda de seus direitos. *Revista LTr. Legislação do Trabalho*, v. 78, p. 670-675, 2014.

WORLD HEALTH ORGANIZATION. *Health Statistics and information systems*. Disponível em: www.who.int/healthinfo/global_burden_disease/estimates/en/index1.html. Acesso em: 06 de janeiro de 2018.



A RESPONSABILIDADE PENAL POR INDUZIMENTO OU INSTIGAÇÃO AO SUICÍDIO DOS AUTORES DE CYBERBULLYING¹

Ana Clara Carraro Santos²

Juliana Rui Fernandes dos Reis Gonçalves³

Resumo: O presente artigo científico tem como principal objetivo alertar a cerca de algo que vem acontecendo bem diante dos nossos olhos, mas que nada tem sido feito a respeito, o *cyberbullying*, o qual cresce na mesma proporção que os avanços tecnológicos e atinge proporções devastadoras e catastróficas para a vida de suas vítimas, em muitos casos sendo o gatilho necessário para a instigação ao suicídio. Esse ponto carece uma análise mais detalhada, verificar-se-á a responsabilização penal dos autores de *cyberbullying* quando suas atitudes levam ao suicídio de suas vítimas e como esses agressores podem incorrer nas disposições do artigo 122, do Código Penal, vale dizer, o crime de instigação ao suicídio.

Palavras-Chave: *Cyberbullying*. Induzimento. Instigação. Suicídio. Responsabilização penal.

CRIMINAL RESPONSIBILITY FOR INDUCTING OR

¹ Artigo apresentado na Semana Jurídica do Centro Universitário Cidade Verde – UniFCV – 2019.

² Graduanda do 5º ano de Direito, pela Universidade Estadual de Maringá - UEM.

³ Mestre em Direito pela Universidade Estadual de Maringá (UEM) e Pós-graduada em Bioética pela Universidade Estadual de Londrina (UEL), Graduada em Direito pela Universidade Estadual de Maringá – UEM, e em Teologia pela Faculdade Teológica Sul Americana – FTSA. Professora de graduação, pós graduação e Coordenadora da pós graduação em Direito Médico e da Saúde do Centro Universitário Cidade Verde – UniFCV.



INSTITUTING THE SUICIDE OF CYBERBULLYING AUTHORS.

Abstract: The main objective of this scientific article is to warn about something that has been happening right before our eyes, but that nothing has been done about it, the cyberbullying, which grows in the same proportion as technological advances and reaches devastating and catastrophic proportions for the lives of its victims, in many cases being the trigger necessary for the instigation of suicide. This point requires a more detailed analysis, it will be verified the criminal responsibility of the perpetrators of cyberbullying when their attitudes lead to the suicide of their victims and how these perpetrators may incur the provisions of article 122 of the Penal Code, that is, the crime of instigation to suicide.

Keywords: Cyberbullying. Inducement. Instigation. Suicide. criminal accountability.

INTRODUÇÃO



tecnologia e seus avanços trouxeram inúmeros benefícios para a sociedade em geral, como velocidade de se obter informações, aproximar pessoas e longas distâncias, entretanto, como tudo na vida tem dois lados, a era digital também foi responsável por ampliar a gama de abrangência dos delitos, trazendo-os para o mundo virtual. Nesta seara encontra-se o chamado *cyberbullying*, considerado em muitos países crime, mas ainda um pouco negligenciado no Brasil.

Interpretada por muitos como brincadeira de criança ou briga de adolescentes que logo passa, o *cyberbullying* vem se tornando cada vez mais comum, no entanto ainda possui grande resistência em receber a devida importância que lhe deve ser



atribuída, isso porque a gama de crimes que se incluem no termo *cyberbullying* são diversos e, muitos deles, de extrema gravidade.

Dentre os crimes englobados no mencionado termo, aparentemente o de maior gravidade, cujas consequências são devastadoras, diz respeito ao induzimento ou instigação ao cometimento de suicídio, o qual está previsto no artigo 122, do Código Penal, para o qual haverá uma detida análise a seguir.

Ademais, para fins de responsabilização penal pelo cometimento do referido delito, deve levar-se em consideração a faixa etária de maior ocorrência deste fato típico, tendo em vista que em determinados casos faz-se necessária uma responsabilização através de Lei Penal Especial, a qual seja, Estatuto da Criança e do Adolescente.

1 O BULLYING, CYBERBULLYING E SUA ÁREA DE ABRANGÊNCIA

O denominado *Bullying* é um termo de origem inglesa, advindo da palavra “*bully*” que significa “brigão”, o qual corresponde ao conjunto de atitudes violentas de caráter intencional e repetitivo, realizado por um ou mais agressores, contra suas vítimas, a qual é realizada tanto por garotos quanto por garotas, frequente entre crianças e adolescentes, com o fim de agredir intencionalmente uma pessoa ou um grupo de pessoas, considerado pelos agressores, como pessoas fracas e que “destoam” do meio onde estão inseridas.

Por se tratar de um termo emprestado da língua inglesa, não há uma tradução simplista, se tratando de um vocábulo complexo que traz em seu bojo uma quantidade imensa de informações, como bem salienta a educadora Cleo Fante:

Não existe tradução em nosso idioma para o termo *bullying*, por referir-se a um conjunto de comportamentos. O *bullying* é definido como sendo um conjunto de comportamentos agressivos, intencionais e repetitivos, adotado por uma ou mais



peçoas contra outra(s), sem motivos evidentes, causando dor e sofrimento, e executado dentro de uma relação desigual de poder, o que possibilita a intimidação. Por consenso entre os pesquisadores brasileiros, o termo *bullying* é utilizado somente na relação entre crianças e adolescentes. Entre pares adultos é utilizado o termo assédio moral.⁴

Ainda que pareça um termo moderno, consequentemente recente, embora sua nomenclatura realmente tenha ganhado forma e voz nas últimas décadas, as práticas a que se referem acontecem há muito tempo, advindas do natural convívio social, porém sem que recebessem a devida atenção, ganhando os holofotes após episódios midiáticos que atraíram a atenção da sociedade para esse problema.

Não há um limite, ou uma restrição a um espaço físico específico, no entanto o *bullying* possui maior ocorrência no âmbito escolar, isso porque os polos ativo e passivo são crianças e adolescentes, de modo que seu espaço de maior convivência é a escola.

O perfil dos agressores, os denominados “valentões” pelas próprias vítimas, têm como alvos pessoas que tem baixa autoestima por não se enquadrarem nos padrões apresentados pelo grupo, seja por uma característica física; gosto ou estilo, pouca habilidade de socialização, sendo, em geral, tímidas e frágeis, portanto, mais vulneráveis em relação aos agressores, não conseguindo reagir à violência a elas dirigida, colocando-se em uma situação de permanente submissão àqueles que lhes agredem.⁵

Importante se faz mencionar que o *bullying*, se torna um ciclo vicioso, onde as vítimas, quando crescem, motivadas por um espírito de vingança, acabam realizando verdadeiras

⁴ FANTE, Cleodelice Aparecida Zonato. *Entrevista: Os perigos do Cyberbullying nas escolas*. Disponível em: <http://www.conexaoprofessor.rj.gov.br/educacao-entrevista-00.asp?EditeCodigoDaPagina=4591>. Acesso em 07 de julho de 2019.

⁵ GONÇALVES, Juliana Rui Fernandes dos Reis. *Bullying: o comportamento violento no âmbito escolar, sua interferência no processo de aprendizagem e o papel da família na dissolução desse conflito*. In *Revista Jurídica do Mestrado do UNICESUMAR*. p. 09-24, V.16., n. 1, jan/abr 2016.



barbáries, como o caso do colégio Columbine High School, em Denver, Colorado, EUA, no ano de 1999⁶, onde dois estudantes assassinaram outros doze, um professor e feriram mais vinte pessoas, e depois se suicidaram, o que foi posteriormente relatado no documentário “Tiros em Columbine” (2002), dirigido por Michael Moore; o caso ocorrido no campus da Virgínia-Tech, no Estado da Virgínia, EUA, no ano de 2007, quando o sul-coreano Cho Seung-hui, de 23 anos, matou trinta e duas pessoas entre alunos e professores daquela universidade, e feriu outras vinte, antes de ser morto; na Alemanha, em 2009, em uma escola de Winnenden, um adolescente de 15 anos matou dezesseis pessoas, tendo, posteriormente, cometido suicídio.⁷

No Brasil, destacam-se os casos ocorridos em Taíuva, Estado de São Paulo⁸, e em Realengo, zona oeste da cidade de Rio de Janeiro, ocorrendo o primeiro em janeiro de 2003, quando o Edmar Aparecido Freitas, de 18 anos, feriu oito pessoas no colégio onde estudava e depois se matou e, o segundo, em abril de 2011, quando pelo menos onze estudantes foram mortos e dezoito foram feridos, na Escola Municipal Tasso da Silveira, tendo sido o atirador morto para que não ferisse mais pessoas.

Mais recente, tem-se os casos do Colégio Goyases de Goiânia, Estado de Goiás, e da Escola Estadual Professor Raul Brasil em Suzano, São Paulo. O massacre do colégio Goyases, como ficou conhecido o caso, ocorreu em 20/10/17, quando um aluno de 14 anos que cursava o oitavo ano do ensino fundamental, sacou uma pistola ferindo seis colegas, dos quais dois morreram e, uma vítima ficou paraplégica. Segundo o atirador em depoimento após o crime, todo o ocorrido se deu porque ele era

⁶ SILVA, Elenice da. *Corredores de justiça: combatendo a prática do Bullying nas escolas, educando uma sociedade para a paz*. São Paulo: edição do autor, 2009, p. 40.

⁷ LIMA, Raimundo de. Massacre nas Escolas. Revista Espaço Acadêmico, n. 96, maio de 2009. Disponível em: < <http://www.espacoacademico.com.br/096/96lima.htm> > Acesso em: 06/07/19.

⁸ SILVA, Elenice da. op. cit., p. 42.



vítima de *bullying* realizado por outro aluno da escola. O do colégio Raul Brasil em Suzano, ocorreu em 13/03/19, quando uma dupla de atiradores, de 17 e 25 anos, que eram ex alunos daquela escola, mataram cinco estudantes, duas funcionárias e feriram outros onze alunos, além de terem assassinado o tio de um deles antes de irem ao estabelecimento de ensino. Ao final do ataque, um matou o outro e, por fim, o último se suicidou. Eles teriam um terceiro parceiro que acabou não participando do ato, mas sabia de todo o planejamento, o qual informou à polícia que a motivação para os ataques foi o *bullying* e isolamento social que teriam sofrido quando lá estudavam e, também o fato de que ambos queriam ficar conhecidos por superar o ataque de Columbine, EUA, entendendo que o que faziam era um ato heroico que faria com que fossem lembrados para sempre.⁹⁻¹⁰

Todos os casos acima relatados foram situações onde se constatou que os atiradores foram vítimas de *bullying*, tendo reagido às agressões sofridas de forma extrema.¹¹

Com o avanço da sociedade e seu ingresso na era digital, onde a tecnologia está cada dia mais presente na vida das pessoas, as práticas de bullying não ficaram limitadas a espaços físicos, passando a ocorrer através das redes sociais em ambientes virtuais, possuindo uma maior abrangência e consequências ainda mais catastróficas, o que ficou conhecido como *cyberbullying*.

Cada vez mais cedo crianças e adolescentes estão tendo

⁹ KAYQUE, Juliano. Tragédia no Colégio Goyases completa um ano neste sábado. In *Mais Goiás*. 20/10/18 Disponível em: <https://www.emaisgoias.com.br/tragedia-no-colegio-goyases-completa-um-ano-neste-sabado/> Acesso em: 31/07/19.

MASSACRE DE GOYASES. In *Wikipedia*. Disponível em: https://pt.wikipedia.org/wiki/Massacre_do_Goyases Acesso em: 31/07/19.

¹⁰ MASSACRE DE SUZANO – Adolescente suspeito de ajudar a planejar o massacre de Suzano é apreendido. In *El País*. 19/03/19. Disponível em: https://brasil.el-pais.com/brasil/2019/03/19/politica/1553000198_208267.html Acesso em: 31/07/19. MASSACRE DE SUZANO. In *Wikipedia*. Disponível em: https://pt.wikipedia.org/wiki/Massacre_de_Suzano Acesso em: 31/07/19.

¹¹ GONÇALVES, Juliana Rui Fernandes dos Reis. Op. cit.

acesso às redes sociais, as quais se tornam escudos para que esses agressores possam praticar o *bullying*, uma vez que se escondem atrás dos aparelhos eletrônicos, os quais dão uma falsa sensação de impunidade por não permitir o contato face a face entre vítimas e agressores, tornando-se um ambiente propício para a ocorrência e propagação do *bullying*.

O *cyberbullying* corresponde a qualquer tipo de mensagem, imagens e até os denominados “memes”, que tenham a intenção de denegrir a imagem de alguém, através de alguma informação que irá hostilizar sua(s) vítima(s). Ele pode ser feito de forma direta ou indireta, ocorrendo esta quando o principal agressor encontra outra pessoa para perpetrar a ação, não tendo este “escolhido” noção de que está sendo usado pelo intimidador, sendo essa a forma mais perigosa de *cyberbullying* segundo especialistas, porque poderá envolver adultos que não sabem que estão lidando com uma criança do outro lado.¹² A direta é aquela onde o próprio *cyberbully* é que faz a agressão.

Alguns exemplos de como pode ocorrer o *cyberbullying* foram detectados pelos entendedores do tema, sendo eles: espalhar fofocas, rumores maliciosos e mentiras; postar fotos e vídeos difamatórios na web; enviar emails cruéis, maliciosos e feios; mandar códigos maldosos; mandar pornografia e outras mensagens instantâneas e eletrônicas de conteúdo reprovável; fazer passar-se pela vítima; mandar piadas severas; postar fotos ou informações constrangedoras, criar sites com o propósito de humilhar e constranger alguém. Tais conteúdos podem ser publicados em blogs, salas de bate papo, em grupos de discussão (fórum), por correio eletrônico (email), mensagem instantânea, grupos de mensagens, serviços de mensagens (SMS) e redes sociais, ou seja, há diferentes meios onde a violência poderá ser consumada em total violação a intimidade da vítima.¹³

¹² BEANE, Allan. *Proteja seu filho do bullying*: impeça que ele maltrate os colegas ou seja maltratado por eles. Trad. Débora Guimarães Isidoro. 2. ed. Rio de Janeiro: BestSeller, 2011, p. 132.

¹³ BEANE, Allan., op. cit. p.132/132.



Pode-se dizer, ainda, que as agressões por meio eletrônico são uma evolução das antigas pichações em muros de colégios, casas ou até banheiros das escolas, as quais eram feitas na calada da noite e causavam grande dor para as vítimas, além da impunidade para os seus praticantes.¹⁴

As pessoas encontram no *cyberbullying* uma possibilidade de externalizar toda a intolerância que vivem e carregam no mundo real, mas que muitas vezes são socialmente controladas e reprimidas, como preconceito, intolerância sexual, religiosa, econômica, racismo, homofobia, xenofobia e todas as outras formas de discriminação e exclusão, ocasião em que passam a despejar na rede mundial de computadores, a qual não possui restrições, freios ou filtros a todas essas informações, não se preocupando com as consequências de suas atitudes.

De acordo com o site R7, o Brasil é o segundo país com mais casos de *ciberbullying* no mundo. A pesquisa foi realizada pelo instituto de pesquisas Ipsos, o qual entrevistou 20.793 pessoas em 28 países. Na mesma, chegou-se à conclusão de que 30% dos pais ou responsáveis brasileiros sabem que seus filhos(as) foram vítimas de *bullying* pelo menos uma vez, sendo que, na maioria dos casos, a violência se deu pela internet, apesar de também poder estar combinada com ocorrências *in loco* na escola. Com estes números, o Brasil ficou atrás somente da Índia, que tem 35% de casos de *ciberbullying*. Ambos superaram em muito a média global que fica em torno de 17%, segundo a pesquisa.¹⁵

Em matéria do Estadão de 17/12/17, denominada “1 em cada 4 crianças já sofreu ofensas na internet; *cyberbullying* desafia pais”, alguns dados acerca desta atividade foram

¹⁴ CALHAU, Lélío Braga. *Bullying o que você precisa saber*. Identificação, prevenção e repressão. 2 Ed. Niterói, RJ: Impetus, 2010, pág. 59.

¹⁵ MARQUES, Pablo. Brasil é o 2º país com mais casos de bullying virtual contra crianças. In R7, caderno Tecnologia e Ciências. 11/07/18. Disponível em: <https://noticias.r7.com/tecnologia-e-ciencia/brasil-e-o-2-pais-com-mais-casos-de-bullying-virtual-contra-criancas-11072018> Acesso em: 31/07/19.

apresentados. Naquela informou-se que 82% das crianças e adolescentes do país usam a internet, sendo 91% pelo celular. Que de 2014 para 2016 ouve um aumento de 8% no número de crianças e adolescentes que foram tratados de forma ofensiva na internet. Os casos mais comuns de discriminação são por questão de cor ou raça (24%), aparência física (16%), gostar de pessoas do mesmo sexo (13%), religião (10%). Participaram da pesquisa 3 mil crianças e adolescentes, com seus pais. Segundo a psicóloga e pesquisadora entrevistada, Luciana Lapa da Universidade Estadual Paulista - UNESP, “uma postagem atinge número incontável de pessoas e isso aumenta o sofrimento da vítima. Ela não sabe quem viu ou não”, tendo tal fato um impacto muito grande na vida daqueles que sofrem o *bullying*.¹⁶

Acerca do tema, aduz Allan L. Beane¹⁷, PhD e especialista em prevenção e interrupção de *bullying* reconhecido internacionalmente que

O *cyberbullying* está se tornando mais popular porque são necessários apenas alguns toques no teclado de um computador para divulgar informações dolorosas e destrutivas de forma anônima, acessível por milhares de pessoas. O *cyberbullying* intensifica na vítima a sensação de que não há saída. Portanto, pode ser mais destrutivo e doloroso do que outras formas de intimidação. As consequências para essas vítimas são devastadoras. Quando o *cyberbullying* ocorre após anos de maus tratos, algumas vítimas se tornam depressivas e suicidas.

Estudiosos no assunto têm relatado que a violência gerada pelo *bullying*, acaba por roubar a infância das vítimas dessa agressão¹⁸, levando-se em conta que as crianças e adolescentes submetidas a esse ataque, segundo a literatura, poderão vir a apresentar um ou mais sintomas psicossomáticos como:

¹⁶ MARQUES, Julia. 1 em cada 4 crianças já sofreu ofensas na internet; cyberbullying desafia pais. In *O Estado de São Paulo*. 17/12/17. Disponível em: <https://brasil.estadodo.com.br/noticias/geral,1-em-cada-4-criancas-ja-sofreu-ofensas-na-internet-cyberbullying-desafia-pais,70002122721> Acesso em: 31/07/19.

¹⁷ BEANE, Allan. Op. cit., p. 131/132.

¹⁸ JORDÃO, Cláudia. Entrevista Allan Beane: as escolas fecham os olhos ao bullying. *Revista Isto É*. 21 abril 2010. p. 9-11, São Paulo: Editora Três, 2010.



distúrbios alimentares, cefaleia (dor de cabeça), cansaço crônico, insônia, dificuldades de concentração, náuseas, diarreia, boca seca, palpitações, alergias, crise de asma, sudorese, tremores, sensação de “nó” na garganta, tonturas, desmaios, calafrios, tensão muscular, formigamentos, ataques de pânico (que gera medo e ansiedade em demasia, podendo resultar em taquicardia, calafrios, boca seca, dilatação da pupila, suores, falta de ar, etc.), fobia escolar, transtorno de ansiedade social (TAS ou fobia social), transtorno de ansiedade generalizada (TAG) com medo e insegurança persistente, transtorno obsessivo compulsivo (TOC ou manias/obsessões), transtorno do estresse pós-traumático (TEPT), depressão, anorexia, bulimia e/ou esquizofrenia¹⁹, doenças estas que poderão interferir direta ou indiretamente no rendimento escolar da vítima de *bullying*, podendo levar estas, até mesmo, ao suicídio e/ou ao homicídio por vingança²⁰, como nos casos anteriormente citados.²¹⁻²²

Acrescenta-se ainda que, costumeiramente, as vítimas de agressões constantes, normalmente são pessoas que tem baixa autoestima por não se enquadrarem nos padrões apresentados pelo grupo, pouca habilidade de socialização, sendo, em geral, tímidas e frágeis, portanto, mais vulneráveis em relação aos *bullies* (agressores), não conseguindo reagir à violência a elas dirigida, colocando-se em uma situação de permanente submissão àqueles que lhes agridem.²³

Por outro lado, também, há casos em que a vítima de *bullying*, pode agir de forma provocadora, insuflando em seus colegas reações agressivas contra elas mesmas²⁴, como o caso de crianças que sofrem de transtorno do déficit de atenção com

¹⁹ SILVA, Ana Beatriz Barbosa. *Bullying: mentes perigosas nas escolas*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2010, p. 22-31.

²⁰ SILVA, Ana Beatriz Barbosa, p. 22-31.

²¹ FANTE, Cleo. *Fenômeno Bullying: como prevenir a violência nas escolas e educar para a paz*. 6. ed. Campinas: Verus, 2011, p. 45.

²² GONÇALVES, Juliana Rui Fernandes dos Reis. Op. cit. 13/14.

²³ Ibid, p. 14.

²⁴ SILVA, Ana Beatriz Barbosa. Op. cit. p. 40.



hiperatividade (TDAH ou hiperatividade), tendo em vista, que estas, por serem muito ativas, criam em volta de si (sem qualquer intenção de fazê-lo) um ambiente tenso, o que acaba por chamar a atenção de todos para si, inclusive dos verdadeiros agressores, que se escondem nesse ambiente e fazem ataques sem serem percebidos, já que a vítima chama mais atenção que estes.²⁵

No que diz respeito a punição, no nosso atual ordenamento jurídico, não há um tipo penal que traga em sua redação o termo *bullying* ou *cyberbullying* especificamente, entretanto, as condutas que caracterizam essa figura são criminalizadas por outros tipos penais, como é o caso da injúria²⁶, difamação²⁷, ameaça²⁸, até mesmo em alguns casos mais graves, instigação ao suicídio²⁹, o qual será objeto de uma análise mais aprofundada.

Entretanto, cumpre destacar, para fins meramente informativos que está em trâmite perante a câmara dos deputados a PL-1011/2011, cuja proposta é a inclusão ao atual Código Penal do delito intimidação vexatória (*bullying*), que consistiria em intimidar, constranger, ofender, castigar, submeter, ridicularizar ou expor alguém, entre pares, a sofrimento físico ou moral, de forma reiterada. A pena prevista é de detenção de um a três anos e multa. Se o crime ocorrer em ambiente escolar, a pena será

²⁵ GONÇALVES, Juliana Rui Fernandes dos Reis. Op. cit.14.

²⁶ BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940. Art. 140 - Injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro: Pena- detenção de um a seis meses, ou multa.

²⁷ Ibid, Art. 139 - Difamar alguém, imputando-lhe fato ofensivo à sua reputação: Pena- detenção de três meses a um ano e, multa.

²⁸ Ibid, Art. 147 - Ameaçar alguém, por palavra, escrito ou gesto, ou qualquer outro meio simbólico, de causar-lhe mal injusto e grave: Pena- detenção de um a seis meses, ou multa.

²⁹ Ibid, Art. 122 - Induzir ou instigar alguém a suicidar-se ou prestar-lhe auxílio para que o faça: Pena - reclusão, de dois a seis anos, se o suicídio se consuma; ou reclusão, de um a três anos, se da tentativa de suicídio resulta lesão corporal de natureza grave.



aumentada em 50%.³⁰

Na redação original não havia previsão para quando esse crime ocorresse através de meios de comunicação, todavia, o relator tomou o cuidado de incluir esta situação, sendo que caso ocorra, a pena será aumentada em dois terços.

Outras previsões que merecem destaque é o fato de que se a vítima for deficiente físico ou mental, menor de 12 anos, ou se o crime ocorrer explicitando preconceito de raça, etnia, cor, religião, procedência, gênero, idade, orientação sexual ou aparência física, a pena será aplicada em dobro. Além disso, se da intimidação vexatória resultar lesão corporal ou sequela psicológica grave de natureza temporária, a pena será de reclusão de 1 a 5 anos. Se a lesão for de natureza permanente, a pena aumentará para reclusão de 2 a 8 anos. Já se a intimidação resultar em morte, a pena será de reclusão de 4 a 12 anos.³¹

2 A RESPONSABILIDADE PENAL POR NDUZIMENTO OU INSTIGAÇÃO AO SUICÍDIO

Como se evidenciou anteriormente, as vítimas de *cyberbullying*, expostas a essa hostilização por tempo prolongado sofrem com consequências devastadoras para além da própria agressão, isso porque poderão vir a apresentar um ou mais sintomas psicossomáticos como distúrbios alimentares, cefaleia, cansaço crônico, insônia, dificuldades de concentração, náuseas, diarreia, boca seca, palpitações, alergias, crise de asma, sudorese, tremores, tonturas, desmaios, calafrios, tensão muscular, formigamentos, ataques de pânico, fobia escolar e social, transtorno de ansiedade generalizada (TAG), transtorno obsessivo-compulsivo (TOC), transtorno do estresse pós-traumático (TEPT), depressão, anorexia, bulimia e/ou esquizofrenia, entre

³⁰ Disponível em: < <https://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/DIREITO-E-JUSTICA/457744-COMISSAO-APROVA-INCLUSAO-DO-CRIME-DE-BULLYING-NO-CODIGO-PENAL.html> > Acesso em 12 de julho de 2019.

³¹ Idem.



outros.³²

Importante ressaltar que em alguns casos, não raros, as vítimas não conseguem suportar a pressão interna e externa, vindo no *cyberbullying* sofrido um estímulo para cometer suicídio. Não é à toa que especialistas no assunto têm relatado que a violência gerada pelo *bullying*, acaba por roubar a infância das vítimas dessa agressão³³, muitas vezes roubando literalmente a possibilidade de viver.

Dizer que: “A vida imita a arte e arte imita a vida!” pode parecer apenas um ditado popularmente conhecido, entretanto ela tem se tornado cada vez mais real, o que traz um alarde sobre como estamos vivendo e as coisas que estão acontecendo a nossa volta, sem que seja dada a devida importância.

A série adolescente “13 Reasons Why”, lançada em 2017 na Netflix, se tornou muito popular entre a juventude, talvez por trazer em seu enredo uma situação que, por mais alarmante que seja, é recorrente atualmente. Na trama, a jovem Hannah Baker comete suicídio após sofrer durante um bom tempo *bullying* de seus colegas da escola e apresenta em forma de fitas, 13 razões que a levaram a morte, o que dá nome a série.

As telas do cinema também estão repletas de filmes que trazem essa realidade preocupante, são inúmeros roteiros que abordam *bullying*, *cyberbullying* e suicídio, tendo os dois primeiros como razões que levam ao último. A série descrita gerou pensamentos opostos, de um lado pessoas que afirmam que a trama é uma forma de incentivo a revolta e suicídio e, de outro, o público que afirma que a série serve para denunciar um problema da sociedade, inclusive mostrando isso para os próprios adolescentes que são o público alvo dessa situação.

No *cyberbullying*, as agressões muitas vezes são carregadas de expressões como: “Porque você não se mata?”, “Ninguém vai sentir sua falta!”, “Todo mundo ficaria melhor sem

³² SILVA, Ana Beatriz Barbosa. Op. cit, p.. 22-31

³³ JORDÃO, Cláudia. Op. cit.



você!”, dentre tantas outras que quando recebidas por vítimas que já estão emocionalmente fragilizadas podem levar ao cometimento ou tentativa de suicídio.

Segundo a doutrina, suicídio é a destruição deliberada da própria vida. É também chamado de autocídio ou autoquíria.³⁴ No senso comum, suicídio é a expressão máxima da dor, desilusão, solidão, depressão, medo, a última tentativa de se livrar do sofrimento em que vive, muitas vezes causado o maximizado por situações de agressão como o *bullying* e/ou *cyberbullying*.

Uma vez identificado os agressores virtuais, estes podem ser responsabilizados pela figura típica prevista no artigo 122, do Código Penal, vale dizer o delito de induzimento ou instigação ao suicídio, o qual traz em sua redação:

Art. 122 - Induzir ou instigar alguém a suicidar-se ou prestar-lhe auxílio para que o faça:

Pena - reclusão, de dois a seis anos, se o suicídio se consuma; ou reclusão, de um a três anos, se da tentativa de suicídio resulta lesão corporal de natureza grave.

Parágrafo único - A pena é duplicada:

I - se o crime é praticado por motivo egoístico;

II - se a vítima é menor ou tem diminuída, por qualquer causa, a capacidade de resistência.

Entende-se por induzimento ao suicídio, a situação em que o agente faz surgir a ideia do suicídio na vítima, sugerindo a ela tal ato e a incentivando a realizá-lo, sem que ela tivesse cogitado essa possibilidade anteriormente.³⁵ Nesse caso, por meio da indução o indutor anula a vontade de quem, finalmente, acaba por suicidar-se; logo, a intervenção daquele é que decide o resultado final.³⁶

Muitas vítimas sozinhas não cogitariam a ideia de

³⁴ MASSON, Cleber. *Direito penal esquematizado*: parte especial – vol. 2. 7.^a ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2015. p. 79

³⁵ GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. *Direito penal esquematizado*: parte especial. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 134.

³⁶ BITENCOURT Cezar Roberto. *Código penal comentado*. —7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. 1. Direito penal - Legislação I. Título.



Ainda que o agente não acredite verdadeiramente que a vítima poderia cometer o suicídio baseado apenas em suas

³⁹ MASSON, Cleber. Op. cit., p. 80



agressões online, basta que o agente represente a possibilidade de levar a vítima ao suicídio e anua à sua ocorrência, assumindo o risco de produzi-lo.⁴⁰ Portanto, basta que ele tenha ciência da possibilidade de ocorrência do suicídio para que ele responda pelo crime em tela.

Além disso, para a responsabilização por induzimento ou instigação, a participação moral no suicídio deve dirigir-se à pessoa determinada ou pessoas determinadas⁴¹, ou seja, quando o *cyberbullying* não possui uma vítima específica, o autor das agressões não pode ser responsabilizado.

No caso da série “13 Reasons Why”, citada anteriormente, ainda que alguns adolescentes possam ter cometido suicídio influenciados pela trama, nenhum dos atores ou diretores podem ser responsabilizados por induzimento ou instigação, uma vez que não tinham um alvo específico. Assim, frases, imagens, livros, filmes ou séries que tenham um conteúdo que possa levar pessoas a tirarem a própria vida, porém não tenham um destinatário específico, não há crime. No entanto, a partir do momento em que esse conteúdo é dirigido a alguém determinado o “bully” (agressor) pode ser responsabilizado.⁴²

⁴⁰ Ibidem.

⁴¹ Ibid. p. 81

⁴² Há aproximadamente dois anos, no mundo todo o “Jogo Baleia Azul” causou grande preocupação em vários países, inclusive no Brasil, tendo em vista que o mesmo induzia os jovens e crianças que dele participavam a cometer o suicídio. No Brasil, algumas mortes foram identificadas como consequência do mesmo. Muitos pais se alarmaram com o risco que o jogo trazia diante da possibilidade de levar seus filhos a cometerem o suicídio. Esse tipo de crime no direito brasileiro, apesar de se enquadrar na tipologia existente, tem dificuldade em se efetivar a punição, em primeiro lugar porque a identificação dos culpados é muito difícil por se tratar da internet, mais especificamente da *deep* e *dark web*, região onde muitos criminosos se escondem. Ademais, segundo especialistas em direito penal, do ponto de vista da matéria, uma boa alternativa “seria decretar a prisão preventiva daqueles que estiverem instigando o suicídio”, contudo, os mesmos “consideram pouco provável a prisão preventiva para esses casos, ainda que não descartem essa possibilidade”. Segundo o professor Luiz Flávio Gomes “como a punição para esse crime é baixa, a preventiva acaba não se sustentando. Se não for duplicada, a pena máxima é de seis anos, ou seja, se houver punição, o regime será o semiaberto”, por isto mesmo, acaba por não ter cabimento



A punição dos agressores pode se tornar ainda mais severa em alguns casos, isso porque a vítima pode ser qualquer pessoa que possua um mínimo de capacidade de resistência e de discernimento quanto à conduta criminosa, entretanto, se a vítima apresentar resistência nula, o crime será de homicídio. Exemplo: Caracteriza o crime tipificado pelo art. 121 do Código Penal (homicídio), a conduta de induzir uma criança de tenra idade (menor de 14 anos) ou um débil mental a pular do alto de um edifício.⁴³

Se a idade da vítima for entre 14 anos e 18 anos, ela possui capacidade de discernimento, embora reduzida em face do incompleto desenvolvimento mental. Nesse caso tem-se uma causa de aumento de pena, isso fundamenta-se na maior facilidade que pessoas nessa faixa etária apresentam para serem convencidas por outrem a suicidarem-se.⁴⁴

Considerando que a faixa etária de ocorrência de *cyberbullying* envolvem preferencialmente crianças ou adolescentes, a responsabilização do agressor pode sofrer um aumento de pena se evidenciado caso de induzimento ou instigação ao suicídio, e, em alguns casos a figura típica correta pode ser o delito de homicídio.

Impende mencionar que os núcleos típicos do delito previsto no artigo 122, do Código Penal são induzir, instigar ou auxiliar, assim, ainda que o agente pratique, cumulativamente, todas as condutas descritas nos verbos nucleares, em relação à mesma vítima, praticará um mesmo crime.⁴⁵

"manter o suspeito em regime fechado durante a medida cautelar." Em sendo assim, fica muito difícil aplicar a punição adequada para tal fato. (NEITSCH, Joana Neitsch. Baleia Azul: por que ainda ninguém foi preso por incentivar o suicídio?. In *Justiça e Direito*, Gazeta do Povo, 19/04/2017. Disponível em: <https://www.gazeta-dopovo.com.br/vida-publica/justica-e-direito/baleia-azul-por-que-ainda-ninguem-foi-preso-por-incentivar-o-suicidio-cg7lboxrljgj49b5jjfsxhlt4l/> Acesso em: 31/07/19).

⁴³ MASSON, Cleber. Op. cit., p. 81.

⁴⁴ Ibid., p.84.

⁴⁵ BITENCOURT Cezar Roberto. Op. cit.



3 A RESPONSABILIZAÇÃO DOS ADOLESCENTES AGRESSORES

Impende uma detida análise nesse ponto, uma vez que a responsabilização não é tão simples como se imagina, tendo em vista que a ocorrência de *cyberbullying* é mais frequente e recorrente entre crianças e adolescentes e, portanto, a responsabilização se dá de acordo com as diretrizes do Estatuto da Criança e do Adolescente.

A Constituição Federal de 1988 veio para confirmar definitivamente a questão, ao dispor no art. 228, que “são penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial”⁴⁶.

Assim, a pessoa menor de 18 anos de idade que for autora de fato tipificado como crime terá sua responsabilidade apurada com base em lei especial, como dispõe a Constituição Federal, qual seja, Lei 8.069/90, também conhecida como Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), sendo, portanto, tratada fora do sistema formal da Justiça Penal.

Reproduzindo literalmente o texto constitucional, o ECA estabelece que os menores de dezoito anos são penalmente imputáveis, estando sujeitos às medidas nele previstas (ECA, art. 104), sendo certo que o parágrafo único desse dispositivo determina que a idade a ser considerada para apuração do ato infracional é a data do fato criminoso. Ato infracional, por sua vez, constitui a conduta descrita como crime ou contravenção penal (ECA, art. 103).

No entanto, é importante salientar que criança também pode praticar delitos, porém a responsabilização está limitada à idade de 12 anos, a qual inaugura a fase da adolescência segundo o ECA (art. 2º). Isso significa dizer que, o menor de 12 anos, por ser considerado criança, ficará isento de responsabilidade

⁴⁶ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988,

quando da prática de um crime ou contravenção penal, devendo ser encaminhado ao Conselho Tutelar, onde lhe serão aplicadas medidas protetivas.⁴⁷

O artigo 105, do ECA, dispõe que: “Ao ato infracional praticado por criança corresponderão as medidas previstas no art. 101.”. Dessa forma, a criança que comete crime ou contravenção penal sofre medidas de proteção, isso porque o legislador entendeu que essa criança se encontra em situação de risco, caso contrário não infringiria a norma penal.

Um lar desestruturado é compreendido pelo legislador como sendo uma contribuição para que a criança ingresse na senda criminoso, a sociedade criou preconceitos e paradigmas de que essas famílias são hipossuficientes, vivem em locais de alta criminalidade, etc, todavia, a situação em tela é o oposto, posto que a grande maioria dos agressores de *cyberbullying* não se encaixam nesse perfil, já que em sua grande maioria, são crianças e adolescentes de classe média alta, que vivem em locais considerados privilegiados, estudam em colégios particulares, mas que de igual modo possuem uma família desestruturada, sendo que devem ser submetidos a medidas de segurança.

Com relação a esse assunto o ordenamento jurídico pátrio segue as diretrizes estipuladas pela Organização das Nações Unidas (ONU), as quais determinam que nos sistemas jurídicos que reconheçam o conceito de responsabilidade penal para menores, seu começo não deverá fixar-se numa idade demasiado precoce, levando em conta as circunstâncias que acompanham a maturidade emocional, mental e intelectual.⁴⁸

As medidas sócio-educativas, pelas quais respondem os adolescentes infratores, consistem em: advertência; obrigação de reparar o dano; prestação de serviços à comunidade; liberdade

⁴⁷ DE FARIA, Raquel Aparecida. Responsabilidade penal do adolescente e ato infracional. In *Boletim Jurídico*. Maio 2009. Disponível em: <https://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/artigo/2013/responsabilidade-penal-adolescente-ato-infracional#_ftn10> Acesso em: 10 de julho de 2019

⁴⁸ Regras de Beijing, Res. ONU-40/33, de 29.11.85 – regra 4



assistida; inserção em regime de semiliberdade; internação em estabelecimento educacional; além do conjunto de medidas protetivas constantes do art. 101, I a VI do Estatuto, isso segundo o que estipula o artigo 121 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Inimputabilidade não é nem pode ser sinônimo de impunidade para os adolescentes infratores como grande parte da população pensa, apenas uma forma de responsabilização diversa do que se está acostumado pelo Código Penal.

Embora inimputáveis frente ao Direito Penal comum, os adolescentes são imputáveis diante das normas da Lei especial, o Estatuto da Criança e do Adolescente. Assim respondem penalmente, face o nítido caráter retributivo e socioeducativo das respectivas medidas, o que se apresenta altamente pedagógico sob o ângulo dos direitos humanos de vítimas e vitimizadores. O que não se admite no Direito Penal Juvenil são respostas mais severas e duradouras do que as que, em idênticas situações, seriam impostas aos adultos. Os princípios da legalidade estrita, da retributividade (temperada pela possibilidade de remissão), do caráter predominantemente pedagógico e excepcional das medidas socioeducativas constituem garantias de natureza penal (...) que não podem ser negadas aos infratores (...) Como visto, os jovens em conflito com a lei (o Estatuto) – decorrência de condutas penalmente reprovadas – têm responsabilidade que pode ser definida como penal especial”⁴⁹

Essa distinção de responsabilização entre adultos e adolescentes é necessária a condição de pessoa em desenvolvimento dos adolescentes e do reconhecimento de que adolescentes e adultos representam realidades sociais distintas, que exigem do sistema jurídico respostas e intervenções também distintas e singulares, de acordo com o *status* social e as particularidades dos menores de idade.⁵⁰

⁴⁹ Amaral e Silva, Antônio Fernando. O Estatuto da Criança e do Adolescente e sistema de responsabilidade penal juvenil ou o mito da inimputabilidade penal. In: Ilanud/ABMP/SEDH/UNFPA (Orgs.). *Justiça, adolescente e ato infracional: socioeducação e responsabilização*. São Paulo: Ilanud, 2006. p. 57.

⁵⁰ SPOSATO, Karyna Batista. Duas questões fundamentais sobre a responsabilização penal dos adolescentes. Boletim -271- Junho de 2015. IBCCRIM. Disponível em:

CONCLUSÃO

Como outrora apresentado, o *Bullying* é um termo de origem inglesa que trata do conjunto de atitudes violentas de caráter intencional e repetitivo, realizado por um ou mais agressores, contra suas vítimas, sendo uma prática encontrada em vários meios sociais, contudo, destacando-se no meio escolar e de forma virtual, através do que se chama de *cyberbullying*.

Essa prática pode tanto ser realizada por garotos quanto por garotas, com o fim de agredir intencionalmente uma pessoa ou um grupo de pessoas, considerado pelos agressores, como pessoas fracas e que “destoam” do meio onde estão inseridas.

A preocupação com o *bullying* e com o *cyberbullying* tem sido crescente na sociedade contemporânea, tendo em vista o número de casos crescentes e suas consequências nefastas, posto que, em boa parte deles, acabam em suicídio e/ou violência desmedida como os massacres citados.

Ademais, as vítimas de *bullying* e do *cyberbullying*, em função de todos os aspectos da agressão sofrida, poderão vir a desenvolver diferentes doenças psíquicas e/ou físicas, as quais tendem a levar a depressão e ao suicídio, cada vez mais crescente entre os jovens.

Diante do exposto, tem-se que a temática abordada no presente artigo é de suma importância para fomentar debates jurídicos na área, tendo em vista que envolve o bem jurídico mais importante tutelado pelo ordenamento jurídico, a vida, a qual não pode ser ignorada.

Ademais, o enfoque dado atrela avanços da tecnologia e sua utilização para práticas criminosas, evidenciando um problema enfrentado pela sociedade, o qual é frequentemente negligenciado, porém cujas consequências afetam diretamente a

https://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/5439-Duas-questoes-fundamentais-sobre-a-responsabilizacao-penal-de-adolescentes. Acesso em: 22 de julho de 2019.



futura geração, uma vez que as principais vítimas e agressores são menores de idade.

Cabe lembrar ainda o fato de que sua punição encontra obstáculos, seja pela dificuldade em se encontrar os responsáveis, como em muitos casos de *cyberbullying*, seja pela complexidade em seu enquadramento penal que possa gerar uma sanção adequada ao crime cometido. Além disso, em muitos casos os *bullies* também são menores de idade, sendo responsabilizados de acordo com o disposto no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) que, pela sua forma diferenciada de responsabilização, pode gerar em muitos casos, a sensação de impunidade para a sociedade e para as vítimas, que não compreendem o conceito de inimputabilidade penal nesse caso.

Isto posto, mesmo havendo tipos penais que possam vir a dar respaldo aos crimes cometidos nos casos de *cyberbullying*, os valores e situações aqui envolvidos e suas consequências, nunca poderão ser reparados efetivamente pelo fato de que envolvem a vida de uma pessoa, em todos os seus aspectos. Como se viu, o *bullying* e o *cyberbullying* deixam muitas consequências para a vítima que, muitas vezes, também passa a ser agressor, como nos casos apresentados. Em sendo assim, neste tipo de situação o mais importante é a prevenção que pode ser feita pela família, escola e sociedade em geral, a fim de que crianças e adolescentes estejam melhores preparados para lidar com essa situação tão corriqueira na atualidade.



REFERÊNCIAS

AMARAL E SILVA, Antônio Fernando. O Estatuto da Criança e do Adolescente e sistema de responsabilidade penal juvenil ou o mito da inimputabilidade penal. In:



- Ilanud/ABMP/SEDH/UNFPA (Orgs.). *Justiça, adolescente e ato infracional: socioeducação e responsabilização*. São Paulo: Ilanud, 2006.
- BEANE, Allan. *Proteja seu filho do bullying: impeça que ele maltrate os colegas ou seja maltratado por eles*. Trad. Débora Guimarães Isidoro. 2. ed. Rio de Janeiro: BestSeller, 2011.
- BITENCOURT Cezar Roberto. *Código penal comentado*. —7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.
- _____. *Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940*. Código Penal. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940.
- CALHAU, Lélío Braga. *Bullying o que você precisa saber*. Identificação, prevenção e repressão. 2 Ed. Niterói, RJ: Impetus, 2010.
- DE FARIA, Raquel Aparecida. Responsabilidade penal do adolescente e ato infracional. In *Boletim Jurídico*. Maio 2009. Disponível em: <https://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/artigo/2013/responsabilidade-penal-adolescente-ato-infracional#_ftn10> Acesso em: 10 de julho de 2019
- FANTE, Cleo. *Fenômeno Bullying: como prevenir a violência nas escolas e educar para a paz*. 6. ed. Campinas: Verus, 2011.
- FANTE, Cleodelice Aparecida Zonato. *Entrevista: Os perigos do Cyberbullying nas escolas*. Disponível em: <http://www.conexaoprofessor.rj.gov.br/educacao-entrevista-00.asp?EditeCodigoDaPagina=4591>. Acesso em 07 de julho de 2019.
- GONÇALVES, Juliana Rui Fernandes dos Reis. *Bullying: o comportamento violento no âmbito escolar, sua*



- interferência no processo de aprendizagem e o papel da família na dissolução desse conflito. In *Revista Jurídica do Mestrado do UNICESUMAR*. p. 09-24, V.16., n. 1, jan/abr 2016.
- GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. *Direito penal esquematizado: parte especial*. São Paulo : Saraiva, 2011.p. 134.
- JORDÃO, Cláudia. Entrevista Allan Beane: as escolas fecham os olhos ao bullying. In *Revista Isto É*. 21 abril 2010. p. 9-11, São Paulo: Editora Três, 2010.
- KAYQUE, Juliano. Tragédia no Colégio Goyases completa um ano neste sábado. In *Mais Goiás*. 20/10/18 Disponível em: <https://www.emaisgoias.com.br/tragedia-no-colegio-goyases-completa-um-ano-neste-sabado/> Acesso em: 31/07/19.
- LIMA, Raimundo de. Massacre nas Escolas. In *Revista Espaço Acadêmico*, n. 96, maio de 2009. Disponível em:< <http://www.espacoacademico.com.br/096/96lima.htm>> Acesso em: 06/07/19.
- MASSACRE DE GOYASES. In *Wikipedia*. Disponível em: https://pt.wikipedia.org/wiki/Massacre_do_Goyases Acesso em: 31/07/19.
- MASSACRE DE SUZANO – Adolescente suspeito de ajudar a planejar o massacre de Suzano é apreendido. In *El País*. 19/03/19. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2019/03/19/politica/1553000198_208267.html Acesso em: 31/07/19.
- MASSACRE DE SUZANO. In *Wikipedia*. Disponível em: https://pt.wikipedia.org/wiki/Massacre_de_Suzano Acesso em: 31/07/19.
- MASSON, Cleber. *Direito penal esquematizado: parte especial – vol. 2*. 7.^a ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2015.
- MARQUES, Julia. 1 em cada 4 crianças já sofreu ofensas na internet; cyberbullying desafia pais. In *O Estado de São*



O CONSENSO DE WASHINGTON E O ESTADO DE DEMOCRÁTICO DE DIREITO – O INSUPERÁVEL PARADOXO ENTRE PREMISSAS DICOTÔMICAS

Antônio Gomes de Vasconcelos ¹

Nathália Lipovetsky ²

Resumo: O *Consenso de Washington* sumarizou em 1989 diretrizes político-econômicas que já regiam a economia global desde a década de 1970 e que persistem até hoje, em maior ou menor grau, nos países em desenvolvimento. Tais diretrizes são incompatíveis com os fundamentos, fins e objetivos do Estado Democrático de Direito e do constitucionalismo contemporâneo. O Estado, contrariando o constitucionalismo democrático, tem operado segundo uma lógica de “socialização dos riscos e privatização das recompensas”. Preconiza-se o controle jurídico da economia de modo que o Estado passe a operar segundo uma lógica de distribuição proporcional dos riscos e benefícios e de inclusão social, em substituição à busca exclusiva por crescimento econômico, de modo a se realizarem as disposições constitucionais, no caso brasileiro, bem como o direito dos povos e do cidadão ao desenvolvimento, de modo global.

Palavras-Chave: *Consenso de Washington*. Economia. Desenvolvimento. Neoliberalismo. Neoconstitucionalismo.

¹ Professor da Universidade Federal de Minas Gerais. Mestre e Doutor em Direito Constitucional. Coordenador do Programa Universitário de Apoio às Relações de Trabalho e à Administração da Justiça (PRUNART-UFGM). Desembargador do TRT-3.

² Professora da Universidade Federal de Minas Gerais. Mestre e Doutora em Direito. Subcoordenadora do Programa Universitário de Apoio às Relações de Trabalho e à Administração da Justiça (PRUNART-UFGM).



THE *WASHINGTON CONSENSUS* AND THE DEMOCRATIC
RULE OF LAW – AN UNSURPASSED PARADOX BE-
TWEEN DICHOTOMOUS PREMISES

Abstract: In 1989 the *Washington Consensus* summarized global economic policies that have been governing the global economy since the 1970's that persevere to this day, to a greater or a lesser extent, in developing countries. This establishment is incompatible with the foundations, ends and objectives of the democratic rule of law and the contemporary constitutionalism. Contradicting democratic constitutionalism, the State is governed according to the logic of "socialization of risks and privatization of rewards". Legal control of the economy is advocated so that the State starts to operate according to a logic of proportional distribution of risks and benefits and social inclusion, replacing the quest to economic growth exclusively, in order to effectuate the constitutional dispositions, in the Brazilian case, as well as the right of peoples and citizens to development, globally.

Keywords: *Washington consensus*. Economy. Development. Neoliberalism. Neoconstitutionalism.

INTRODUÇÃO



 presente ensaio pretende abordar, de forma não exaustiva, o conjunto de medidas que ficou conhecido como *Consenso de Washington* em suas principais características e discussões pertinentes. O objetivo é demonstrar que as políticas econômicas hegemônicas de enfrentamento das crises econômicas posteriores à “época de ouro”³ ou “era de ouro” ou até mesmo “boom

³ Período de expansão econômica ocorrido na segunda metade do século XX, ou seja, no pós Segunda Guerra Mundial, durando até a crise econômica da década de 1970.



econômico do capitalismo” são incompatíveis com os valores do Estado Democrático de Direito nas economias ocidentais e com o constitucionalismo que lhe dá sustentação.

O termo *Consenso de Washington* foi cunhado em 1989 por John Williamson, que o empregou em um artigo apresentado para o *Institute for International Economics*, com o objetivo de analisar até que ponto as antigas ideias relacionadas a desenvolvimento econômico na América Latina desde a década de 1950 estavam sendo substituídas pelo grupo de ideias que vinham sendo, segundo ele, há muito, aceitas como apropriadas dentro da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE). A lista com dez políticas que sumarizavam essas ideias foi agrupada sob a denominação de *Consenso de Washington* e inclui, genericamente: disciplina fiscal, redução dos gastos públicos, reforma tributária, juros de mercado, câmbio de mercado, abertura comercial, investimento estrangeiro direto com eliminação de restrições, privatização das estatais, desregulamentação (afrouxamento da legislação econômica e trabalhista), regulamentação e defesa do direito à propriedade intelectual. (WILLIAMSON, 2004)

Williamson afirma, anos depois, ao revisar os desdobramentos do *Consenso de Washington*, que seu conceito originalmente não tinha o mesmo sentido e significado que foi acumulado pelo termo com o passar dos anos, especialmente aquele que tornou *Consenso de Washington* sinônimo de neoliberalismo ou fundamentalismo de mercado. Em sua defesa, afirmou que

a grande maioria dentre aqueles que engendraram ataques venenosos ao Consenso de Washington não leram minha explicação sobre o que eu quis dizer com o termo. Quando li como

Países ocidentais do então chamado primeiro mundo experimentaram grande prosperidade, crescimento elevado e sustentado e também momentos de pleno emprego. Até mesmo países devastados pela Guerra como França, Japão, Itália, Grécia e Alemanha Ocidental puderam beber dessa fonte, que chegou até a Ásia Oriental na década de 1980.



fora empregado por outros, descobri que havia sido interpretado para significar aniquilar o estado, um novo imperialismo, a criação de uma economia global *laissez-faire*, que a única coisa que importa é o crescimento do PIB, e muito mais sem dúvida. Eu assevero que é difícil encontrar algum destes significados implícito na lista de dez políticas de reformas que apresentei.⁴ (WILLIAMSON, 2004)

Contudo, Steger e Roy em minuciosa e objetiva análise da ascensão e crise do conjunto de medidas político-econômicas enfeixadas sob o rótulo do neoliberalismo explicitam com clareza a pertinente associação entre as diretrizes oriundas do *Consenso de Washington* e a ideologia neoliberal. As premissas do *Consenso*, descritas acima, estão intimamente conectadas com objetivo de um globalismo de mercado apresentado como um processo racional que promove a liberdade individual e o progresso material no mundo, sob a pressuposição de que os mercados e os princípios do consumo são universalmente aplicáveis independentemente dos contextos sociais em que se inserem. A liberação do comércio e a integração global dos mercados beneficiaria todas as pessoas materialmente. (STEGER e ROY, 2010: 53). Ora, a matriz do pensamento neoliberal reside nos dez pontos do programa político-econômico com *Consenso de Washington*: disciplina fiscal e contenção do déficit fiscal, redução do gasto público, reforma tributária, liberalização financeira com taxas de juros determinadas pelo mercado, taxa de câmbio competitiva, liberalização dos mercados, promoção do investimento estrangeiro direto, privatização, desregulação da economia e proteção ao direito de propriedade. (STEGER e ROY, 2010: 20).

Esse conjunto de medidas de 1989 passou a ser adotado

⁴ No original: the vast majority of those who have launched venomous attacks on the Washington Consensus have not read my account of what I meant by the term. When I read what others mean by it, I discover that it has been interpreted to mean bashing the state, a new imperialism, the creation of a *laissez-faire* global economy, that the only thing that matters is the growth of GDP, and doubtless much else besides. I submit that it is difficult to find any of these implied by the list of ten policy reforms that I presented earlier.



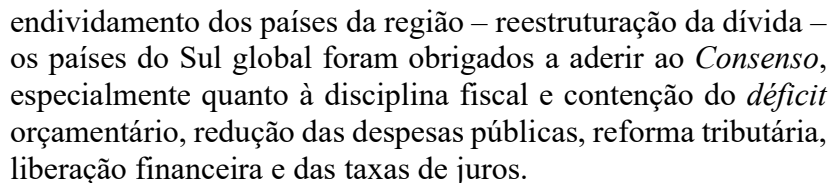
como política oficial das Instituições Financeiras Internacionais (IFI), como o Banco Mundial e o Fundo Monetário Internacional (FMI), para a promoção de ajustes macroeconômicos dos países que recorriam ao auxílio financeiro internacional.

O Estado Democrático de Direito tem por princípios básicos a constitucionalidade, a democracia, o sistema de direitos fundamentais, a justiça social, a igualdade em seus aspectos material e formal, a divisão de poderes e a independência do judiciário, na figura do juiz, a legalidade e a segurança jurídica. (SILVA, 1999) Tomando por base esses princípios é que se afirma a incompatibilidade das medidas elencadas pelo *Consenso de Washington* com o Estado Democrático de Direito, o que passaremos a analisar a seguir.

As políticas baseadas na ortodoxia estabelecida pelo *Consenso* que já vinha produzindo efeitos contrários à sua promessa, incluído longo período de estagnação econômica onde foram adotadas, são apanhadas agora pelas nefastas consequências da pandemia global que exporão definitivamente as contradições e a insustentabilidade de tais proposições.

O FRACASSO DO *CONSENSO DE WASHINGTON*: A INSUFICIÊNCIA DA EPISTEMOLOGIA DE MERCADO E A URGÊNCIA DO RETORNO A UMA EPISTEMOLOGIA HUMANISTA

A aplicação das políticas neoliberais na América Latina foi orquestrada a partir do receituário contido no *establishment* do *Consenso de Washington* que incluíam reformas que passaram a ser denominadas como de primeira de primeira geração (no caso da lista original de dez medidas) e reformas de segunda geração (quando de sua ampliação, que será abordada adiante), as quais foram implementadas pelo FMI e pelo Banco Mundial. (KUCZYNSKI; WILLIAMSON, 2003: 3-17) Como condição para a obtenção de novos empréstimos para fazer face ao alto



Após mais de duas décadas da aplicação de tais políticas constatou-se amplo fracasso das promessas de retomada do desenvolvimento e uma sucessão de crises econômicas nos estados emergentes latino-americanos (*e.g.* México, Argentina, Brasil) e no leste asiático (*e.g.* Rússia e os denominados tigres asiáticos). Williamson, sem discutir as razões profundas de tais crises, atribuiu o fracasso à incompletude das reformas de primeira geração, inclusive no Chile, invocado como exemplo de êxito de tais políticas. As causas apontadas dizem respeito à política fiscal e monetária (*e.g.* frouxidão fiscal, rigidez cambial e dívida pública).

O Banco Mundial publicou em 2005 um estudo intitulado *Economic growth in the 1990's: learning from a decade of reform* em que se afirma não existirem fórmulas mágicas nem universais e que é necessário buscar boas práticas para adotar. Chama atenção o fato de países como China e Índia terem apresentado rápido crescimento econômico e altos índices de redução de pessoas vivendo em pobreza extrema adotando políticas que em nada se assemelham com o *Consenso de Washington*. Embora tenham ampliado suas relações com as forças do mercado, mantiveram altos níveis de proteção comercial, não realizaram privatizações, adotaram políticas de industrialização e fiscais. (RODRIK, 1994)

A maioria dos países que procederam reformas estruturais com base no programa de ajuste estrutural (PAE) advindo das instituições de Bretton Woods (FMI e Banco Mundial) que já prenunciavam a radicalização neoliberal no sentido do encolhimento do papel do estado na economia, da redução do orçamento, da privatização de estatais e desregulamentação

(principalmente do comércio internacional), experimentaram resultados decepcionantes com uma dramática desaceleração do crescimento nas décadas de 1980 e 1990. Na América Latina a renda *per capita* despencou de 3,1% para 0,3% e o processo de industrialização foi interrompido. (CHANG, 2015: 92)

Embora omitindo a abordagem das assimetrias desvantajosas para os países em desenvolvimento em relação aos países desenvolvidos – estes beneficiados pelas políticas oriundas do *Consenso*, bem como das questões estruturais detratadoras das economias emergentes decorrentes da liberação do comércio internacional e do fluxo de capitais financeiros exigidos pelos prestamistas internacionais, Williamson aponta a causa interna mais relevante da estagnação econômica dos países emergentes (latino-americanos) regidos pelo receituário político-econômico neoliberal e que diz respeito à estreiteza do alcance das políticas de primeira geração. Dada a sua eloquência apresenta-se na sua versão literal a narrativa do citado economista:

A política permaneceu focada na aceleração do crescimento, não no crescimento junto com equidade. Persistia uma pequena preocupação com a distribuição de renda ou com o social, apesar do fato de a renda da região ser mais concentrada do que a de qualquer lugar do mundo, excluindo-se alguns poucos países africanos... (KUCZYNSKI; WILLIAMSON, 2003: 6)

O direcionamento da política econômica com foco exclusivo no crescimento pode ser viável, na perspectiva do autor, tão somente em relação a países onde a pobreza é generalizada:

..., mas isso não é verdade para a América Latina, onde a elite é tão rica em relação às massas que é inconcebível que os padrões de vida da pessoa média vão alcançar os dos países industrializados apenas por meio do crescimento, sem um estreitamento do abismo entre ricos e pobres. Uma pequena redistribuição de renda dos ricos para os pobres conseguiria o mesmo impacto de redução de pobreza que teriam muitos anos de crescimento com uma mesma distribuição de renda, para não mencionar o crescimento acompanhado pelo posterior alargamento do hiato na renda. Mas isso não é verdade para a América Latina, onde a elite é tão rica em relação às massas que é



inconcebível que os padrões de vida da pessoa média vão alcançar os dos países industrializados apenas por meio do crescimento, sem um estreitamento do abismo entre ricos e pobres. Uma pequena redistribuição de renda dos ricos para os pobres conseguiria o mesmo impacto de redução de pobreza que teriam muitos anos de crescimento com uma mesma distribuição de renda, para não mencionar o crescimento acompanhado pelo posterior alargamento do hiato na renda. (KUCZYNSKI; WILLIAMSON, 2003: 6).

Stiglitz (1998) aponta o quanto o *Consenso de Washington* se mostra equivocado e incompleto em suas políticas, ao afirmar que não seria suficiente alcançar baixos índices de inflação sem uma regulação financeira saudável, políticas de concorrência e políticas para facilitar a transferência de tecnologias e promover a transparência. Outro questionamento que traz é a respeito do conceito de desenvolvimento, que se ampliou depois do *Consenso* e passa a abranger sentidos como o de desenvolvimento sustentável, desenvolvimento igualitário e desenvolvimento democrático. Além disso, a negação de oportunidades para os pobres resulta num desperdício do talento humano que ajuda a explicar o fraco desempenho do crescimento da região. (KUCZYNSKI; WILLIAMSON, 2003: 6)

A análise, oriunda de um dos protagonistas das teorias econômicas em se sustenta a economia neoliberal, é de enorme pertinência e revela o equívoco da incorporação parcial, tardia e acrítica do pacote de políticas neoliberais pelos países em desenvolvimento como ocorre, neste exato momento, no Estado brasileiro. Contudo, a avaliação ainda incorre em grave reducionismo quanto a sua abrangência porque não adentra nas causas estruturais da profunda desigualdade e assimetria predatórias das economias emergentes nas relações entre o Norte e o Sul, entre os países desenvolvidos e os países em desenvolvimento.

Embora não integre centralmente o escopo deste ensaio a questão epistemológica, não se pode deixar de registrar que uma das estratégias para a obtenção da hegemonia ideológica e dos saberes que interessam à persuasão teórica e sociopolítica



das políticas neoliberais é o reducionismo epistemológico, os quais determinam a hegemonia cultural do Norte global.

Trata-se de uma epistemologia destinada à difusão de uma lógica de mercado consolidada no que, Mogobe Ramose designa por “fundamentalismo econômico contemporâneo na forma de globalização” para o qual “a dignidade, a segurança e mesmo a sobrevivência do ser humano deixaram de ser o valor central”. (RAMOSE, 2010: 175-220) Esse reducionismo epistemológico além de descomprometido com o ser humano e suas necessidades, esquiva-se de considerar os contextos político, social e cultural de reprodução do conhecimento, revestido de uma pseudo neutralidade e de conceitos vazios que ocultam suas reais motivações e objetivos políticos dando como absolutamente válida a epistemologia dos mercados com pretensão de universalidade, em detrimento de uma epistemologia centrada no homem e na sociedade.⁵

LIÇÕES DA HISTÓRIA ECONÔMICA DOS PAÍSES DESENVOLVIDOS: O PAPEL DECISIVO DO DIRIGISMO ECONÔMICO (“INDÚSTRIA NASCENTE”)

Williamson visualiza a redução da vulnerabilidade dos países da região à exposição ao esperado e contínuo irrompimento de crises econômico-financeiras e seus efeitos devastadores, mediante a implementação de uma nova agenda “à prova de crises”, a consumação das reformas de “primeira geração” e a implementação das reformas de “segunda geração”, que são um conjunto de dez novas medidas resultantes do assim designado por Dani Rodrik como *Consenso de Washington Ampliado* (RODRIK, 1994 *apud* KUCZYNSKI; WILLIAMSON, 2003: 234).

Em síntese não exaustiva o conjunto destas medidas

⁵ No mundo dos “neo” é possível se falar também de um *neocolonialismo* contemporâneo sustentado, epistemologicamente, na ciência econômica com pretensões de universalidade e sobreposição a todas as demais formas de conhecimento e com ascensão sobre a política.



incluiria: flexibilização (liberalização) do mercado de trabalho cuja rigidez é vista como principal obstáculo à expansão do emprego na economia formal e inclusão da mão de obra informal, liberalização do comércio internacional (importações/exportações), ampliação das privatizações (inclusive dos bancos estatais), liberalização do setor financeiro, reforma das instituições estatais de modo a conferir um papel crucial ao Estado para a criação e manutenção da infraestrutura institucional de uma economia de mercado, na provisão de bens públicos e corrigir distribuição de renda em conformidade com as visões políticas adotadas⁶, investimento governamental em infraestrutura e na conformação de um ambiente macroeconômico legal e político estável e previsível ao lado da construção de uma forte base de recursos humanos, inclusão nas tarefas dos governos a de construção de um sistema de inovação nacional (pesquisas e desenvolvimento), reforma do poder judiciário e do sistema educacional, superávits orçamentários com estratégia de uso de déficit estabilizadores em tempos de necessidade, restrições orçamentárias em todos os níveis de governo, acumulação de reservas e fundo de estabilização para o enfrentamento de oscilações das exportações, câmbio flexível como reforço à competitividade, redução do uso do dólar com moeda, política monetária centrada no controle da inflação, supervisão e controle do sistema bancário para a prevenção de colapsos, fortalecimento da poupança

⁶ Williamson considera que as reformas institucionais são as que implicam resistência de poderosos grupos de interesses e sujeitam-se a confrontação política. Dentre estes grupos destaca o funcionalismo público e, especial, o Poder Judiciário e os professores das escolas públicas. Tece crítica ao Poder Judiciário latino americano por ignorar considerações econômicas ao anular direitos dos credores de modo torná-los relutantes a emprestar, além de casos de corrupção dos juizes ao exigirem pagamento para permitir a recuperação de créditos (KUCZYNSKI; WILLIAMSON, 2003: 10). Não se pode ignorar as consequências antissociais de corporativos descomprometidos com o interesse público, bem como os trágicos efeitos da corrupção dos poderes políticos para a democracia, contudo, ao adentrar no mérito de questões jurídicas o autor incorre em grave equívoco uma vez que desconsidera por completo as premissas do Estado Constitucional Democrático de Direito, amplamente adotado nas nações latino americanas e as condicionantes constitucionais das políticas econômicas.



O primeiro aspecto é elucidado por dois campos da economia desenvolvidos por Ha-Joon Chang, raramente explorados nos estudos de economia e desprezados tanto pela economia neoclássica quanto pela economia neoliberal (obviamente): a economia do desenvolvimento e a história econômica. A abordagem histórica da economia do desenvolvimento com o objetivo de explicitar e “transmitir aos países em desenvolvimento as lições extraídas da experiência histórica das nações desenvolvidas”.⁷ (CHANG, 2004: 20) Esses estudos revelam que a suposta história de livre-comércio e mercado livre praticados no processo de industrialização e desenvolvimento dos países desenvolvidos, especialmente as experiências britânica e norte-americana, é ilusória e “extremamente seletiva”. Chang registra, com esquete nos estudos de List, protagonista da teoria da “indústria nascente”, que examina as políticas comercial e industrial dos países desenvolvidos do mundo ocidental, para concluir que “o livre comércio é benéfico entre países de nível semelhante de desenvolvimento industrial..., mas não entre os que têm diferentes níveis de desenvolvimento” (CHANG, 2004: 16). Ao dissecar a

⁷ São particularmente importantes os estudos originários levados a efeito por Friedrich List, ainda no século XIX. Cf. LIST, Friedrich. *The national system of political economy*. London: Longmans, Green, and Company, 1885 (Tradução da edição original alemã publicada em 1841 por Sampson Lloyd). Cf. ainda: DORFMAN, J. The role of the german historical school in American economic thought. *American Economic Review*, v. 45, n.1, 1955; BALAKINS, N. *Not by theory alone...: the economics of Gustav von Schmoller and its legacy to America*. Berlin: Dunker and Humbolt, 1988; HODGSON, G. *How economics forgot history: the problem of historical specificity in Social Science*. London: Routledge, 2001.



história do desenvolvimento nos países super desenvolvidos (EUA, Reino Unido, Alemanha, França, Suécia, Japão e outros), o autor demonstrou que estes países praticaram políticas altamente intervencionistas e somente abriram suas economias e desfizeram de políticas protecionistas depois que alcançaram o topo da escala dos países desenvolvidos⁸ e de modo seletivo e paulatino, confirmando o argumento da “indústria nascente” de List no sentido de que “em face dos países desenvolvidos os mais atrasados não conseguem desenvolver novas indústrias sem a intervenção do Estado, principalmente por meio de tarifas protecionistas” (CHANG, 2004: 14). Daí resulta que a “versão ortodoxa” da história da política econômica dos países atualmente desenvolvidos é eivada de “mitos” ao enfatizar os benefícios do livre-comércio e da política industrial do *laissez-faire*, lenda que, na visão do autor, “realça virtualmente todas as recomendações da política típica do *Consenso de Washington*”. São irreais as assertivas de que o sucesso industrial britânico do *laissez-faire* demonstra a superioridade das políticas de mercado livre e livre-comércio. A ordem liberal de então se assentou em reduzidas barreiras à internacionalização do comércio de bens, capital e trabalho, a instabilidade do sistema político e econômico a partir da I Guerra Mundial por consequência do retorno às barreiras comerciais. Apenas após a II Guerra a economia retomou o sentido da liberalização do comércio.

O autor demonstra que quase todos os países bem sucedidos em suas políticas de desenvolvimento adotaram políticas públicas voltadas para a proteção da indústria, do comércio (especialmente proteção tarifárias e restrições ao comércio internacional) e de desenvolvimento das tecnologias quando ainda se encontravam em fase de desenvolvimento. São exemplos eloquentes: a Grã-Bretanha, que adotou agressivamente políticas

⁸ Os EUA somente liberaram o comércio e passaram a pregar o livre-comércio depois da segunda guerra mundial após sua incontestável supremacia industrial. (CHANG, 2004: 58)



determinantes nos resultados de longo prazo em se tratando de desenvolvimento econômico não surge apenas dessa revisão do *Consenso de Washington*, mas também de estudos empíricos publicados que expuseram ao longo da história o papel das instituições em países que se tornaram ricos e em países que permaneceram pobres. (RODRIK, 1994)

Um desses estudos foi o que culminou na publicação da obra *Por que as nações fracassam?*, um trabalho que busca demonstrar que “por mais vitais que sejam as instituições econômicas para determinar o grau de pobreza ou riqueza de dado país, a política e as instituições políticas é que ditam que instituições econômicas o país terá”. (ACEMOGLU; ROBINSON, 2012: 51)

Os autores realizam uma análise a respeito da prosperidade ao longo do tempo (muitas vezes utilizando o petróleo como variável), identificando padrões de desigualdade que remontam, de forma mais ou menos geral, à época da Revolução Industrial. Nessa análise, uma das críticas que fazem é quanto às hipóteses tradicionais para as origens da pobreza e da prosperidade (hipóteses geográfica, cultural e da ignorância) e indicam que, na verdade, o tipo de resistência institucional encontrada pelas elites e governos dos países parecem ter mais relação com o tipo de sociedade que se desenha: “os países pobres são pobres porque os detentores do poder fazem escolhas que geram pobreza. Erram, não por equívoco ou ignorância, mas de propósito.” (ACEMOGLU; ROBINSON, 2012: 73)

A discussão perpassa a análise quanto à oposição entre instituições extrativistas e instituições inclusivas, tanto políticas quanto econômicas. A comparação é realizada no longo prazo, abarcando praticamente toda a história recente dos países analisados e tendo a Revolução Industrial como divisor de águas naqueles países que permitiram e incentivaram seus cidadãos a crescerem. Países do Oriente Médio, China e Rússia eram muito mais avançados que a Inglaterra durante a Idade Média e nada



A emergência de uma economia de mercado na Inglaterra do século XVIII, baseada em instituições inclusivas e no crescimento econômico sustentado, teria reflexos em todo o mundo, e não menos por ter possibilitado à Inglaterra colonizar boa parte do globo. Contudo, se a influência do crescimento econômico inglês sem dúvida espalhou-se pelo planeta, as instituições econômicas e políticas por ele responsáveis não se difundiram de forma automática. A disseminação da Revolução Industrial gerou diferentes efeitos sobre o mundo, do mesmo modo que a peste negra teve consequências distintas sobre Oeste e Leste Europeu, assim como a expansão do comércio atlântico teve impactos diferentes sobre Inglaterra e Espanha. Foram as instituições em vigor nas várias partes do mundo que determinaram como cada uma seria afetada – e tais instituições eram de fato distintas, devido a pequenas diferenças que foram sendo ampliadas ao longo do tempo por circunstâncias críticas anteriores. As discrepâncias institucionais e suas implicações tendem a persistir até o presente, ainda que de maneira imperfeita, em virtude dos círculos viciosos e virtuosos, e são a chave para compreender tanto a emergência das desigualdades no mundo quanto a natureza do atual estado de coisas. (ACEMOGLU; ROBINSON, 2012: 117)

A mecânica das instituições extrativistas e inclusivas leva ao desenvolvimento de círculos, que podem ser virtuosos ou viciosos. Embora não exista uma receita exata, há uma convergência em torno da noção de que um círculo virtuoso se cria com liberdade de imprensa, uma suprema corte independente, movimentos sociais, pluralismo político – o que se mede a partir da capacidade de fazer frente a tentativas de concentração de



poder.

O círculo virtuoso nasce não só da lógica inerente do pluralismo e do estado de direito, mas também porque instituições políticas inclusivas tendem a sustentar instituições econômicas inclusivas – o que leva a uma distribuição de renda mais igualitária, conferindo mais poder e autonomia a um amplo segmento da sociedade e igualando ainda mais as condições de participação no jogo político. Limita-se assim o que cada indivíduo pode obter mediante a usurpação de poder político e reduzem-se os incentivos à recriação de instituições políticas extrativistas. (ACEMOGLU; ROBINSON, 2012: 300)

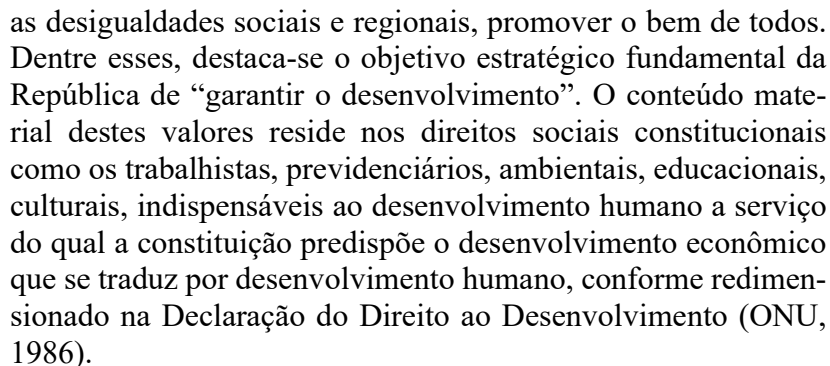
O círculo vicioso, por sua vez, se traduz em práticas que buscam desguarnecer o Estado de suas defesas contra quem quiser usurpar e desvirtuar seus poderes; da desigualdade de renda produzida pelas instituições extrativistas; do poder irrestrito surgido da permanência de elites no poder ou da alternância no poder entre si por parte das elites. (ACEMOGLU; ROBINSON, 2012: 334)

Embora a análise quanto ao papel das instituições seja um exercício válido e tenha sua pertinência, as reformas de segunda geração do *Consenso de Washington Ampliado* acabaram por mostrar-se um beco sem saída, ainda que incluíssem o foco institucional, por duas razões principais: primeira – não há referências cruzadas que sejam capazes de demonstrar que arranjo de instituições especificamente proporciona crescimento econômico; segunda – a pesquisa de Acemoglu e Robinson foca em performance econômica de longo prazo, que mede a renda anual e não a taxa de crescimento econômico num período específico. Introduzir indicadores sobre instituições em regressões sobre crescimento econômico traz resultados menos robustos. Para ambas as razões os exemplos de China e Rússia servem para provar que não existe receita exata. (RODRIK, 1994)

Rodrik alerta:

No limite, a obsessão com reformas institucionais leva a uma agenda política que é desesperançosamente ambiciosa e virtualmente impossível de cumprir. Dizer a países pobres da África ou da América Latina que devem reproduzir as boas práticas

Inserido ao protocolo **17.711.187-2** por: **3º Sgt. Opmg 1-0 Hello Jorge Parana Vieira** em: 04/06/2021 14:16. As assinaturas deste documento são de: **3º Sgt. Opmg 1-0 Hello Jorge Parana Vieira** e **Karyne Disciplina C. Docência** em: 03/2022 à 27 de Outubro, realizado <https://www.e-proto.com.br/03/2022/04/validarAssinatura> com o código: **6a30095610e9c0ef5cc877c0123ed21c**.



A realidade socioeconômica, não pode, portanto, ser apreendida pelo método puramente jurídico ou pelo método puramente econômico, mas a partir de um complexo de considerações econômicas, jurídicas e sociológicas.

As políticas econômica, monetária e fiscal demandam uma investigação interdisciplinar orientada pelos valores, princípios e regras que se constituem como fundamento da “constituição econômica” ínsita à Constituição da República.

A constituição compreendida a partir das premissas do constitucionalismo democrático contemporâneo opõe obstáculos jurídicos à captura do estado, da ordem jurídica e das instituições por agentes beneficiados e comprometidos, exclusivamente, com as premissas do livre mercado.

No plano internacional, a Declaração das Nações Unidas sobre o Direito ao Desenvolvimento define o esse direito como um direito humano inalienável, nos planos individual e coletivo. Este último compreende-se como o direito dos Estados nacionais ao desenvolvimento em consequência do seu direito internacional à autodeterminação política, econômica, social e cultural.

Tais perspectivas tornam indispensável uma abordagem crítico-constitucional do que se tem designado com “crise econômica” e dos interesses subjacentes às medidas adotadas para o seu enfrentamento, considerando-se que as teorias e as políticas econômicas resultam de escolhas e preferências.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

As teorias econômicas que serviram de sustentação político-ideológica às diversas transições do sistema capitalista no enfrentamento de crises que privilegiaram o mercado em detrimento da sociedade foram aquelas fundamentadas em métodos abstratos e dedutivos e não aquelas que contemplam abordagens empíricas, concretas e indutivas. A abordagem puramente abstrata permite a definição arbitrária e axiomática de premissas que privilegiam grupos de interesses dominantes e dão “coerência” às políticas econômicas preferidas e/ou hegemônicas.

A conclusão marcante de Chang é a de que, contrariamente à ortodoxia neoliberal, “o problema comum enfrentado por todas as economias e, *catch-up* é que a passagem para atividades de maior valor agregado, que constitui a chave do processo de desenvolvimento econômico, não se dá ‘naturalmente’”. (CHANG, 2014: 32) O “*establishment* internacional da política de desenvolvimento” e os países desenvolvidos têm “interesses velados” em impor políticas e instituições diferentes das que adotaram para se desenvolver aos países emergentes na medida em que passariam a ser beneficiários desse novo cenário. (CHANG, 2004: 229) Por essa razão torna-se indispensável a compreensão do papel das políticas e, principalmente, das instituições no desenvolvimento econômico e, ainda, investigação mais séria, no plano acadêmico e pragmático, das instituições necessárias e benéficas ao desenvolvimento frente às condições econômicas, políticas e culturais, considerando ainda o estágio de desenvolvimento de cada país.

É momento de reafirmar o papel do Estado na economia. No Estado Democrático de Direito, cabe ao Estado assumir papel central na realização do projeto constitucional inscrito na Constituição:

A finalidade ética da economia tem que ser dada pelo direito, pois economia é técnica e a produção em si não necessita fazer



juízos de valor. Escolhas precisam ser feitas e sua orientação precisa ser ética, conteúdo que deverá ser trazido pelo direito num Estado que assuma como sua responsabilidade o conteúdo ético de seus atos, tomada a economia como principal fator de influência nesses atos. Esse modelo de justiça deve ser aplicado não apenas numa esfera Judiciária do direito, mas sim em se tratando de produção legislativa e de políticas públicas, tarefas do Estado que estão acima do plano objetivo do Espírito, seja como direito privado, seja como sociedade civil. Não é a economia enquanto ciência que precisa ser ética, mas sim as finalidades atribuídas pelo direito à atuação do sistema econômico num Estado Democrático de Direito é que devem ser éticas. O direito no Estado Democrático de Direito (enquanto gestor e legislador) deve ter a tarefa precípua e o compromisso de trazer finalidade ética à economia. (LIPOVETSKY, 2017: 152)

Tomando-se como exemplo a Constituição brasileira, torna-se evidente o paradoxo insuperável entre medidas liberalizantes resultantes do desdobramento tardio das diretrizes do *Consenso de Washington* e o dever constitucional do Estado de “construir uma sociedade livre, justa e solidária” e, coerentemente com esse objetivo se alinha o dever de “garantir o desenvolvimento”. Isto só é possível mediante o planejamento e a ordenação, pelo Estado e não pelo mercado, da atividade econômica. Assim é que a Constituição estabelece o dever de, mediante leis de iniciativa do poder executivo, elaborar plano plurianual e diretrizes orçamentárias, nas quais deverão se inspirar planos nacionais, regionais e setoriais. “Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado” (BRASIL, 1988, art. 174).

O “estado de coisas” com que enfrentamos o aguçamento da pandemia de COVID-19 torna ainda mais evidente o necessário e urgente resgate do papel do Estado na economia. Nenhum agente privado tem capacidade, disposição e as condições indispensáveis à reunião de esforços para implementar e organizar políticas de saúde necessárias ao enfrentamento do desastre da



Assim, uma economia que socializa os riscos e privatiza a recompensa, especialmente quando o estado financia a evolução tecnológica e privatiza seus benefícios, requer um reordenamento incisivo para que ela seja também inclusiva e sustentável (MAZZUCATO, 2014). Esta premissa, no entanto, remete à necessidade do controle jurídico das políticas econômicas, temática que insta urgente atenção dos juristas e economistas comprometidos com esta premissa.



ACEMOGLU, Daron; ROBINSON, James. *Por que as nações fracassam? As origens do poder, da prosperidade e da pobreza*. Trad. Cristiana Serra. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

¹⁰ A autora desenvolve importante e atual discussão a respeito do papel do Estado no desenvolvimento de avanços tecnológicos em *O Estado Empreendedor - Desmascarando o Mito do Setor Público Vs. o Setor Privado*, publicado em língua portuguesa em 2014.



- UNESP, 2004.
- CHANG, Ha-Joon. *Economia: modo de usar*. Trad. Isa Mara Lando e Rogério W. Galindo. São Paulo: Portfolio Penguin, 2015.
- KUCZYNSKI, Pedro-Pablo; WILLIAMSON, John (orgs.). *Depois do Consenso de Washington: retomando o crescimento e a reforma na América Latina*. São Paulo: Saraiva, 2003.
- LIPOVETSKY, Nathália. *Efetividade da justiça no mundo contemporâneo: entre a ética e a economia*. Belo Horizonte: Initia Via, 2017.
- MAZZUCATO, Mariana. *O Estado Empreendedor - Desmascarando o Mito do Setor Público Vs. o Setor Privado*, Trad. Elvira Serapicos. São Paulo: Portfolio/Penguin, 2014.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). *Declaração do Direito ao Desenvolvimento*. Aprovada em 1986 Pela Assembleia Geral das Nações Unidas na Resolução n. 41/128. Disponível em língua inglesa em <<https://www.un.org/en/events/righttodevelopment/declaration.shtml>>. Último acesso em 20 abr 2020.
- RAMOSE, Mogobe. Globalização e Ubuntu *In*: SANTOS, Boaventura de Sousa; MENESES, Maria Paula (Orgs.). *Epistemologias do Sul*. São. Paulo: Editora Cortez. 2010. pp. 175-220.
- RODRIK, Dani. Goodbye Washington Consensus, Hello Washington Confusion? A Review of the World Bank's Economic Growth in the 1990s: Learning from a Decade of Reform. *Journal of Economic Literature*. Vol. XLIV (December 2006), pp. 973–987. Disponível em <<https://aae.wisc.edu/coxhead/courses/731/pdf/ro-drik%20goodbye%20washington%20consensus%20jel%202006.pdf>>. Último acesso em 7 abr 2020.
- RODRIK, Dani. The rush to free trade: Why so late? Why now? Will it last? *In: Voting for reform: democracy, political*



- liberalization, and economic adjustment, ed. S. Haggard and S. B. Webb. New York: Oxford University Press, 1994.
- ROY, Ravi R; STEGER, Manfred B. *Neoliberalism – A very short introduction*. New York: Oxford University Press, 2010.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.
- STIGLITZ, Joseph. More instruments and broader goals: moving toward the post-Washington consensus. *WIDER annual lectures 2*. Helsinki: UNU/WIDER, 1998.
- WILLIAMSON, John. *A Short History of the Washington Consensus*. Paper commissioned by Fundación CIDOB for a conference “From the Washington Consensus towards a new Global Governance,” Barcelona, September 24–25, 2004. Disponível em < <https://www.piie.com/publications/papers/williamson0904-2.pdf> >. Último acesso em 12-04-20.



conclusão, percebe-se que a discriminação genética já constitui uma realidade no mundo do trabalho em diversos países ocidentais, assim como no contexto brasileiro, neste de forma mais embrionária.

Palavras-Chave: Informação genética; Discriminação genética; Relações de trabalho; Direitos da personalidade; Responsabilidade civil.

GENETIC DISCRIMINATION IN LABOR RELATIONS: VIOLATION OF PERSONALITY RIGHTS OF WORKERS

Abstract: The human genome appears as one of the most important scientific discoveries of the 20th and 21st centuries, representing the Human Genome Program (PGH) a new technology of genetic analysis, which today has the possibility of completely deciphering the human being's genetic code. This technology has repercussions in all social relations, especially in labor relations, as genetic manipulation can become an instrument of discrimination in various social realms, notably due to the improper use of the genetic code by companies. This work aims to bring about an analysis of genetic discrimination in labor relations, emphasizing the possibility of effective violation of workers' personality rights, including: genetic heritage, personal identity, the right to genetic privacy, the right to information and the right to free and informed consent. In the end, an attempt is made to provide an overview of the employer's civil liability in the face of genetic discrimination, listing the relevant international and national legislation. In conclusion, it is clear that genetic discrimination is already a reality in the world of work in several western countries, as well as in the Brazilian context, although it is still in its infancy in the latter.

Keywords: Genetic information; Genetic discrimination; Work

relationships; Personality rights; Civil liability.

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS



Projeto Genoma Humano (PGH) representa um importante esforço científico internacional, concebido na década de 1980, pelo geneticista Luigi Luca Cavalli-Sforza, da Universidade de Sanford, com o intuito de mapear o genoma humano e identificar seus nucleótidos, criando um mapa que contém todas as sequências do DNA humano. Este projeto traz uma série de metas e objetivos, além da publicação de seu resultado, tais como uma série de oportunidades científicas como o estudo da variação genética do homem e dos riscos de muitas enfermidades que podem sofrer a raça humana, sua prevenção e tratamento.³ A recente pandemia de COVID-19 tornou evidente a importância do sequenciamento genético do vírus por ela responsável, chave para a obtenção de vacinas.⁴

O PGH corresponde a uma nova tecnologia de análise genética que tem, na atualidade, a possibilidade de decifração total do código genético do ser humano, que é composto de um conjunto de genes advindos de uma grande molécula denominada de DNA (ácido desoxirribonucléico). Isso traz consigo, também, a possibilidade da correspondente manipulação genética com diversas finalidades.

Nesse cenário, a manipulação genética poderá se tornar instrumento de discriminação genética em vários ambientes sociais, especialmente, nas relações de trabalho. Discriminação, na verdade, negativa, tem a possibilidade de correr, na medida em

³ SOLER, Giselle M. Ruiz. *El Discrimen Genético*. Revista de Derecho Puertorriqueño, Porto Rico, v. 39, n. 255, p. 255-299, 2000, p. 257-259. Disponível em <http://heinonline.org/HOL/>. Acesso em 27.12.2017. (Tradução nossa)

⁴ HARARI, Yuval. *Lessons of a year of Covid*. Financial Times, 26.fev.2021. Disponível em <https://www.ft.com/content/flb30f2c-84aa-4595-84f2-7816796d6841>. Acesso em 28.02.2021.



que o código genético poderá ser utilizado para se prever possíveis doenças que o empregado pode vir a ter, interferindo na fase de contratação ou em uma promoção, bem como sendo motivo para uma demissão antecipada.

O objetivo deste artigo é analisar a discriminação genética nas relações de trabalho, no contexto mundial e brasileiro, ressaltando, de início, o Projeto de Genoma Humano (PGH), fonte de toda a problematização da manipulação genética e consequentes possibilidades de discriminação. Em seguida, discorre-se sobre a seleção ou rastreio genético (*genetic screening*) e a monitoração genética (*genetic monitoring*), duas formas distintas de acesso ao patrimônio genético. Examinam-se, posteriormente, hipóteses de violação aos direitos da personalidade do trabalhador, quais sejam, o patrimônio genético e a identidade pessoal, além do direito à intimidade e à privacidade genética, o direito à informação e o direito ao consentimento livre e esclarecido. Finalmente, tenta-se esboçar os pressupostos para a responsabilização civil do empregador em face da discriminação genética, trazendo à discussão a legislação internacional e nacional pertinente.

O método de pesquisa utilizado foi o indutivo e dialético e a pesquisa, bibliográfica e documental.

2. DISCRIMINAÇÃO GENÉTICA NAS RELAÇÕES DE TRABALHO

A genética, ao lado da nanotecnologia e da robótica⁵, é reconhecida como parte da quarta revolução da Medicina, tendo sido a primeira revolução, o combate às infecções; a segunda, a possibilidade de realização de cirurgias com anestesia e a terceira, o acesso a vacinas e a antibióticos. A descoberta do

⁵ LOUREIRO, João Carlos. *Derecho a la protección de la salud y vulnerabilidad*. Revista Iberoamericana de Bioética, n. 5, 2017, p. 7, disponível em <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6170097>. Acesso em 28.02.2021.



genoma, portanto, ampliou os horizontes da ciência médica, inclusive, no tratamento e cura de diversas doenças antes consideradas incuráveis.⁶

O Projeto de Genoma Humano (PGH) apresenta-se como um dos mais importantes programas científicos dos séculos XX e XXI, sendo um de seus objetivos principais o estudo da variação da sequência do genoma humano, determinando-se que a ordem de cada par de nucleotídeos representa um cromossoma humano. A molécula de DNA constitui a base molecular da herança biológica, sendo composta por duas bandas que contêm essas bases nitrogenadas ordenadas linearmente. Quando essas bandas se unem, estas bases se unem, complementarmente, formando o que se chama nucleotídeo.⁷

A diferença de sequência dos nucleotídeos é o que dá individualidade a cada ser humano e é o que pode descobrir as enfermidades que cada um tem predisposição para ter no futuro. Porém, é necessário sequenciar o genoma humano milhares de vezes para encontrar a predisposição para enfermidades utilizando padrões hereditários.⁸

A manipulação genética, tratada como atividade da biotecnologia, trouxe novos horizontes para a sociedade moderna, apesar de se mostrar, também, como uma ameaça para as gerações futuras, no sentido de criar riscos de alto potencial danoso, com probabilidade de concretização futura.⁹ Fala-se agora em

⁶ KELLER, Werner. O genoma humano e sua relação com a autonomia privada do empregado. *Revista LTr*, São Paulo, v. 79-10, p. 1.245-1.250, outubro.2015, p. 1.245.

⁷ “Nucleotídeos são enzimas compostas cada uma de uma base nitrogenada unida a um açúcar e a um grupo fosfato. As bases nitrogenadas são Adenina, Guanina, Citosina, Timina e Uracilo. As mesmas se unem de maneira ordenada para formação da molécula do DNA” (SOLER, 2000, p. 260-261) (Tradução nossa). SOLER, Giselle M. Ruiz. *El Discrimen Genético. Revista de Derecho Puertorriqueño*, Porto Rico, v. 39, n. 255, p. 255-299, 2000, p. 260-261. Disponível em <http://heinonline.org/HOL/>. Acesso em 27.12.2017. (Tradução nossa)

⁸ SOLER, Giselle M. Ruiz. *El Discrimen Genético. Revista de Derecho Puertorriqueño*, Porto Rico, v. 39, n. 255, p. 255-299, 2000, p. 261. Disponível em <http://heinonline.org/HOL/>. Acesso em 27.12.2017. (Tradução nossa)

⁹ NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; SILVA, Marcela Vitoriano e. Organismos

“enfermos são”, bem de saúde mas doentes no genoma¹⁰.

O surgimento da tecnologia genética, por meio do Projeto do Genoma Humano, tem trazido como resultado uma expansão contínua na oscilação de testes genéticos e na disposição de informações a médicos, companhias seguradoras e ao público em geral. Os testes genéticos possibilitam informação médica pré-sintomática de uma pessoa, incluindo informação sobre o risco de enfermidade futura, incapacidade ou morte prematura. Esses testes podem conter informação acerca do próprio *status* de portador de um indivíduo, sobre a possibilidade que os pais passem a seus filhos alguma condição genética, revelando, ainda, informação da saúde de outros membros da família.¹¹

No entanto, o problema ocorre na medida em que a possibilidade de decifração total do código genético humano e a consequente manipulação genética se torna um instrumento de discriminação¹² em vários segmentos sociais, especialmente, nas relações trabalhistas. Isso devido ao fato de que o código genético poder ser utilizado pelo empregador para se prever possíveis doenças do empregado, permitindo-se a escolha do trabalhador geneticamente menos predisposto a enfermidades tanto em uma contratação como em uma promoção.¹³

Dessa forma, em todas as comunidades bem definidas ou

geneticamente modificados sob a perspectiva da tutela das gerações futuras. *Veredas do Direito*, v. 11, n.22, p. 355-380, julho/dezembro.2014, p. 355. Disponível em <http://heinonline.org/HOL/>. Acesso em 27.12.2017.

¹⁰ LOUREIRO, João Carlos. *Derecho a la protección de la salud y vulnerabilidad*. *Revista Iberoamericana de Bioética*, n. 5, 2017, p. 7, disponível em <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6170097>. Acesso em 28.02.2021.

¹¹ SOLER, Giselle M. Ruiz. *El Discrimen Genético*. *Revista de Derecho Puertorriqueño*, Porto Rico, v. 39, n. 255, p. 255-299, 2000, p. 264. Disponível em <http://heinonline.org/HOL/>. Acesso em 27.12.2017. (Tradução nossa)

¹² Destaca-se que a expressão “discriminação” é utilizada neste trabalho em sua conotação negativa, como violadora dos direitos da personalidade, e não na ideia de uma discriminação positiva (ações afirmativas).

¹³ ARAUJO, Antonio Castro Alves de. Seleção pelo DNA: discriminação genética é uma ameaça ao trabalhador. *Consultor Jurídico*, 28 de julho de 2010. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2010-jul-28/discriminacao-genetica-ameaca-integridade-moral-trabalhador?imprimir=1>. Acesso em 26.12.2017, p. 01.

que podem ser bem desenvolvidas em termos genéticos, “*the new genetics provides a new sort of data (‘genetic information’) and a new frame for interpreting such data that pose a series of interconnected dangers (of discrimination and stigmatization)*”¹⁴.

Por discriminação, em sentido amplo, se entende “a conduta pela qual se nega à pessoa, em face de critério injustamente desqualificante, tratamento compatível com o padrão jurídico assentado para a situação concreta por ela vivenciada”¹⁵. No que diz respeito à igualdade em direitos (não discriminação), entende-se por discriminação “o ato de tratar diferentemente os iguais”¹⁶.

A Convenção nº 111 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) diz que “discriminação compreende qualquer distinção, exclusão ou preferência com base em motivos de raça, cor, sexo, religião, ascendência nacional ou origem social que tenha por efeito anular ou alterar a igualdade de oportunidade ou de tratamento no emprego ou ocupação”¹⁷.

Segundo Lima Neto, discriminação genética, abrangendo todas as dimensões sociais, constitui “uma conduta discriminatória por parte do Estado ou grupos empresariais selecionando, pelo conjunto de genes que o sujeito possui, e que tem probabilidade de causar doenças e determinar comportamentos que não são de interesse daqueles grupos ou entes estatais”¹⁸.

¹⁴ DOLGIN, Janet L. *Personhood, discrimination, and new genetics*. *Brooklyn Law Review*, v. 66, n. 3, p. 755-822, 2000, p. 757. Disponível em <http://heinonline.org/HOL/>. Acesso em 27.12.2017.

¹⁵ DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 15. ed. São Paulo: LTr, 2016, p. 884.

¹⁶ ROMITA, Arion Sayão. *Direitos fundamentais nas relações de trabalho*. 4. ed. revista e aumentada. São Paulo: LTr, 2012, p. 316.

¹⁷ As Convenções da Organização Internacional do Trabalho (OIT) têm natureza de tratado internacional, multilateral e aberto à ratificação dos países membros da OIT. A maioria das ditas Convenções já foram ratificadas pelo Brasil, com raras exceções. Destaca-se que as Convenções referidas neste ensaio foram ratificadas pelo Brasil.

¹⁸ LIMA NETO, Francisco Vieira. *O direito de não sofrer discriminação genética: uma nova expressão dos direitos da personalidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008,



A discriminação genética já era prevista pelo Projeto Genoma Humano no final da década de 80. Nesse ponto, um dos objetivos principais do Projeto de Genoma Humano constitui o exame, a análise, a identificação e o estudo dos problemas éticos, legais e sociais que acarreta o estudo do genoma humano. Para isso se criou o Programa *Ethical, Legal, and Social Implications* (ELSI), que tem deveres e responsabilidades a seu cargo, tais como a exploração de fatores socioeconômicos, conceitos éticos e raciais que influenciam o seu uso, entendimento, interpretação e privacidade da informação genética, o emprego dos serviços genéticos e o desenvolvimento de uma política^{19, 20}. Uma discussão ética acerca do tema é empreendida por Michael Sandel, por exemplo, ao abordar os riscos de uma nova eugenia, que desconsidere a noção de que a liberdade está ligada a um início que não se pode controlar, e também defende mecanismos que evitem a instrumentalização e a comodificação do genoma humano²¹.

Em complementação, a bioinformática e a biologia computacional representa outro dos grandes objetivos do Projeto de Genoma Humano, pois a “*la bioinformática es esencial para el acceso de información al público en general y el empleo de la misma en el análisis de la información genética obtenida*”²².

Nas relações trabalhistas, aos poucos, começam a ser utilizados essas técnicas advindas da revolução genética, como ocorre nos Estados Unidos da América. Enfim, a revolução

p. 62.

¹⁹ SOLER, Giselle M. Ruiz. *El Discrimen Genético*. *Revista de Derecho Puertorriqueño*, Porto Rico, v. 39, n. 255, p. 255-299, 2000, p. 262. Disponível em <http://heinonline.org/HOL/>. Acesso em 27.12.2017. (Tradução nossa)

²⁰ *Ethical, Legal, and Social Implications* (ELSI) *Research Program*. <https://www.genome.gov/10001618/the-elsi-research-program/>. (SOLER, 2000, p. 262) (Tradução nossa).

²¹ SANDEL, Michael J. *Contra a perfeição: ética na era da engenharia genética*. Civilização Brasileira: Rio de Janeiro, 2013, p. 93 e 133.

²² SOLER, Giselle M. Ruiz. *El Discrimen Genético*. *Revista de Derecho Puertorriqueño*, Porto Rico, v. 39, n. 255, p. 255-299, 2000, p. 262. Disponível em <http://heinonline.org/HOL/>. Acesso em 27.12.2017.



Os testes e informações genéticas, além de proporcionar uma promessa de detecção e tratamento a tempo, podem suscitar uma série de problemas legais relacionados à discriminação baseada na informação genética no emprego. Nesse sentido, considera Giselle M. Ruiz Soller:

vista disso, mesmo que a revolução genética tenha acarretado inúmeras e indiscutíveis vantagens para a saúde da população, em virtude dos diagnósticos das características genéticas, trouxe, outrossim, muitos problemas, devido à permissão de revelação desses diagnósticos a terceiros, inclusive empregadores, com a finalidade de prevenção de riscos e encargos futuros.²⁵ Isso abre margem para várias espécies de discriminações no âmbito da relação de trabalho.

Na atualidade, muitas organizações e seguradoras utilizam os dados genéticos como fatores decisivos no momento de contratar e segurar pessoas. Isso vai de encontro ao princípio da

²⁴ SOLER, Giselle M. Ruiz. *El Discrimen Genético*. *Revista de Derecho Puertorriqueño*, Porto Rico, v. 39, n. 255, p. 255-299, 2000, p. 264. Disponível em <http://heinonline.org/HOL/>. Acesso em 27.12.2017. (Grifos originais)

²⁵ KELLER, Werner. O genoma humano e sua relação com a autonomia privada do empregado. *Revista LTr*, São Paulo, v. 79-10, p. 1.245-1.250, outubro.2015, p. 1.246.



não discriminação. Giselle M. Ruiz Soller aduz, também, que a:

La discriminación genética lo que hace es privar los derechos, privilegios y oportunidades de las personas por la información obtenida a base de un diagnóstico en una prueba del DNA. El discrimen genético viola los principios de justicia individual y va en detrimento de nuestra sociedad. El discrimen genético puede ser tan injusto como aquellos basados en raza, género o por impedimento. En este caso las personas no son discriminadas por sus características o habilidades inherentes, sino por una predeterminadas. El discrimen genético puede privar a una persona de empleo, educación, servicio al gobierno, incluso de un seguro médico, seguro por incapacidad o de vida.²⁶

A discriminação genética dos empregados ocorre, portanto, pela indevida utilização de suas informações genéticas, por meio de testes genéticos e de monitoração genética.

2.1 SELEÇÃO OU RASTREIO GENÉTICO E MONITORAÇÃO GENÉTICA DOS TRABALHADORES

No ambiente laboral, a informação genética ganha espaço em dois distintos momentos: “(a) na identificação de características específicas e predisposições genéticas na seleção para o emprego; e (b) no monitoramento do material genético dos empregados em virtude da exposição a material nocivo”²⁷. A informação obtida nesses momentos pode ser empregada para intuito discriminatório. No primeiro, pode haver uma espécie de seleção dos mais aptos, geneticamente falando; e no segundo momento, pode haver uma exclusão dos não aptos geneticamente.

O primeiro momento diz respeito à seleção ou rastreio

²⁶ SOLER, Giselle M. Ruiz. *El Discrimen Genético*. *Revista de Derecho Puertorriqueño*, Porto Rico, v. 39, n. 255, p. 255-299, 2000, p. 256. Disponível em <http://heinonline.org/HOL/>. Acesso em 27.12.2017. (Grifos originais)

²⁷ ROCHA, Afonso de Paula Pinheiro; ROCHA, Ludiana Carla Braga Façanha. Discriminação genética no ambiente de trabalho: perspectivas do Direito Comparado. In: MATIAS, João Luis Nogueira (Coordenador). *Neoconstitucionalismo e Direitos Fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2009, p. 07.



A seleção ou rastreio genético se refere a uma análise ampla das características hereditárias do trabalhador ou do candidato a emprego, examinando-se toda a estrutura genética da pessoa com intuito de achar propensões a determinadas doenças, não se relacionando com as modificações ocorridas no ambiente laboral.²⁹

A informação genética tem, portanto, a finalidade de colher uma série de previsões e probabilidades de uma pessoa em desenvolver certas doenças ou síndromes e outras condições clínicas que possam acarretar custos com previdência e programa médico da empresa. Nesse cenário, a tecnologia genética ganha relevo oferecendo um conjunto de informações mais completo e com maior grau de certeza.³⁰

Tal seleção ou rastreio genético é feito por meio de análises forenses ou periciais do DNA (*DNA analysis*); provas do seguimento genético (*genetic monitoring*); provas de controle genético (*genetic screening*). No Brasil, os testes genéticos ou “*screenings*” são, normalmente, feitos por meio de sangue coletado.³¹

²⁹ MIZIARA, Raphael; PIOVESAN, Alexandre Valle. *O acesso ao patrimônio genético do empregado: limites à sua utilização e consequências no âmbito laboral*. Abril de 2015. Disponível em <https://jus.com.br/amp/artigos/38540/1>. Acesso em 28.12.2017, p. 07.

³⁰ ROCHA, Afonso de Paula Pinheiro; ROCHA, Ludiana Carla Braga Façanha. Discriminação genética no ambiente de trabalho: perspectivas do Direito Comparado. In: MATIAS, João Luis Nogueira (Coordenador). *Neoconstitucionalismo e Direitos Fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2009, p. 07-08.

³¹ No Brasil, pode-se citar o Projeto de Lei nº 4.610 de 1998 que destaca diversas preocupações sobre as consequências prováveis da divulgação de testes genéticos. ARAUJO, Antonio Castro Alves de. Seleção pelo DNA: discriminação genética é uma ameaça ao trabalhador. *Consultor Jurídico*. 28 de julho de 2010. Disponível em



A informação obtida por meio da tecnologia genética pode acarretar discriminação, na medida em que exames genéticos (testes de DNA) podem procurar e localizar mutações genéticas que aumentam os riscos para o desenvolvimento de certas doenças. Tais informações geradas pelos respectivos exames genéticos são passíveis de utilização em casos de contratação ou promoção no âmbito profissional.³²

Já a monitoração genética requer uma interpretação mais complexa, na medida que significa uma monitoração contínua do empregado, com o intuito de verificar alguma alteração genética pela exposição tanto a agentes químicos como radiológicos.³³

Nesse momento, torna-se necessário diferenciar os exames genéticos das normas legais de medicina e segurança no trabalho. Estas normas são um conjunto de medidas que tem como finalidade a redução de acidentes de trabalho e doenças ocupacionais, no sentido de assegurar a integridade física do trabalhador no ambiente laboral.³⁴

Sobre o assunto, pode-se citar as Recomendações da Organização Mundial da Saúde (OMS) e da Organização Internacional do Trabalho (OIT), sobre a saúde e condições de trabalho, bem como sobre acidentes de trabalho, ratificadas pelo Brasil como fonte de direito positivo na linha do artigo 5º, § 2º da CF. Existem mais de 20 Convenções emanadas da OIT sobre a temática da saúde e segurança do trabalho tais como a

<https://www.conjur.com.br/2010-jul-28/discriminacao-genetica-ameaca-integridade-moral-trabalhador?imprimir=1>. Acesso em 26.12.2017, p. 07.

³² ARAUJO, Antonio Castro Alves de. Seleção pelo DNA: discriminação genética é uma ameaça ao trabalhador. *Consultor Jurídico*. 28 de julho de 2010. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2010-jul-28/discriminacao-genetica-ameaca-integridade-moral-trabalhador?imprimir=1>. Acesso em 26.12.2017, p. 06.

³³ ROCHA, Afonso de Paula Pinheiro; ROCHA, Ludiana Carla Braga Façanha. Discriminação genética no ambiente de trabalho: perspectivas do Direito Comparado. In: MATIAS, João Luis Nogueira (Coordenador). *Neoconstitucionalismo e Direitos Fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2009, p. 08.

³⁴ KELLER, Werner. O genoma humano e sua relação com a autonomia privada do empregado. *Revista LTr*, São Paulo, v. 79-10, p. 1.245-1.250, outubro.2015, p. 1.246.

Convenções: 155 (1981) e 161 (1985), além de outras igualmente ratificadas no território nacional.

No contexto brasileiro, o artigo 7º, inciso XXII, da CF, exorta o legislador à “redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança”, o que a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) procurou fazer no título dedicado ao tema. Sabe-se que a saúde e segurança do trabalho abarca pelo menos quatro frentes de estudo: medicina, ergonomia, higiene e segurança do trabalho propriamente ditas, como desenvolve Homero Batista no parágrafo a seguir.

O tema abrangido pela saúde e segurança do trabalho é necessariamente multidisciplinar e plurinormativo. Envolve a soma do conhecimento acumulado por diversos estudiosos do relacionamento entre o homem e o ambiente, com suas implicações no campo da medicina e da biologia, os impactos sobre a previdência social e sobre as relações de trabalho, bem como os esforços da engenharia e da arquitetura na busca incessante de condições mais confortáveis para o desenvolvimento do trabalho humano.³⁵

Com relação aos empregadores, o artigo 157 da CLT os chama ao fiel cumprimento das normas de segurança e medicina do trabalho, a devida orientação aos empregados e à preocupação constante com as precauções a serem tomadas no ambiente de trabalho. Além disso, o artigo 158 da CLT recomenda aos empregados a observação das normas de segurança e medicina do trabalho, em uma colaboração com a empresa na aplicação das disposições pertinentes ao Capítulo da CLT sobre segurança e medicina do trabalho. E o seu parágrafo único considera ato faltoso, a recusa injustificada pelos empregados: da observância das instruções pertinentes expedidas pelo empregador, bem como do uso dos equipamentos de proteção individual fornecidos pela empresa.

A CLT recomenda maiores investimentos na prevenção,

³⁵ SILVA, Homero Batista Mateus da. *Curso de Direito do Trabalho aplicado: saúde e segurança do trabalho*. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, v. 3, p. 19.



quando o assunto é a segurança e medicina do trabalho, uma vez que mesmo com todos os esforços em torno da prevenção, o Brasil ostenta elevados índices de mortes e de mutilações provenientes de acidentes de trabalho e de doenças ocupacionais. Concebeu, portanto, um planejamento em duas frentes: a primeira pela elaboração de Serviços Especializados em Engenharia de Segurança e em Medicina do Trabalho (SESMT), às expensas do empregador, com profissionais especialmente contratados, previstos no artigo 162, CLT e na NR 4 (Norma Regulamentadora do TEM); a segunda, com a inclusão dos empregados, trata-se da Comissão Interna de Prevenção de Acidentes (CIPA), referida no artigo 163 da CLT e na NR 5 do MTE.

Ainda, o Programa de Controle Médico de Saúde Ocupacional – PCMSO (NR 7 do MTE), previsto no artigo 168 da CLT, menciona a necessidade de exames médicos, por conta do empregador, nas condições complementares a serem estabelecidas pelos Ministério do Trabalho, isso com o objetivo de promoção e preservação da saúde dos trabalhadores.

O PCMSO deverá ter caráter de prevenção, rastreamento e diagnóstico precoce dos agravos à saúde relacionados ao trabalho, inclusive de natureza subclínica, além da constatação da existência de casos de doenças profissionais ou danos irreversíveis à saúde dos trabalhadores. Para tanto, é necessária a realização dos exames médicos obrigatórios ou não.³⁶

Muitos estudos têm sido feitos nas últimas décadas com

³⁶ Os exames médicos obrigatórios compreendem uma avaliação clínica, abrangendo anamnese ocupacional e exame físico e mental, além de exames complementares, realizados de acordo com a específica atividade desenvolvida pelo trabalhador, ou seja, com o grau de risco da atividade exercida pelo empregador. Devem ser realizados exames no ingresso do trabalhador na empresa (exame admissional), durante a permanência dele no trabalho (exames periódicos), no momento em que ele, depois de afastado, volta às atividades (exame de retorno), no instante de mudança de função (exame de alteração funcional) e, por fim, no momento de término do ajuste contratual (exame demissional). Assim dispõe o artigo 168 da CLT. Registra-se que são obrigatórios, o exame admissional e o demissional, variando a obrigatoriedade ou não dos outros, na dependência do grau de risco da atividade desenvolvida pelo empregador (NR 7 do MTE).

a finalidade de identificar pessoas portadoras de genes com maior ou menor suscetibilidade a agentes tóxicos, já que grande parte da exposição a esses agentes acontece em ambientes de trabalho. Isso ocasionará uma grande mudança no programa de ações a serem aplicados na área da saúde ocupacional.³⁷

Os exames genéticos servem para assegurar as boas condições de saúde do trabalhador para a realização de suas atividades, prevenindo agravações de predisposições genéticas, evitando encargos futuros tanto no treinamento em vão do trabalhador como nas despesas com sua saúde, além de acidentes de trabalho.³⁸

O câncer, por exemplo, é considerado atualmente uma doença genética que se verifica pelo acúmulo de mutações no DNA, no decorrer de determinado tempo, geralmente, longo, a depender de fatores endógenos (sexo, idade, genética, entre outros) e exógenos (hábitos de consumo, alimentação, medicamentos, exposição a químicos, entre outros). A epidemiologia, na combinação desses fatores, afere o risco individual do trabalhador vir a desenvolver uma doença cancerígena em face de determinada ocupação. Entretanto, existe variação de indivíduo para indivíduo, com relação à capacidade de biotransformação e de eliminação das substâncias químicas chamadas de xenobióticos.³⁹

³⁷ GATTÁS, Gilka Jorge Figaro; SEGRE, Marco; WÜNSCH FILHO, Victor. Genética, biologia molecular e ética: as relações de trabalho e saúde. *Red de Revistas Científicas de América Latina y el Caribe, España y Portugal, Universidad Autónoma del Estado de México, Sistema de Información Científica Redalyc, México*, p. 159-167, 2002, p. 160. Disponível em <http://www.redalyc.org/html/630/63070114/>. Acesso em 29.12.2017.

³⁸ KELLER, Werner. O genoma humano e sua relação com a autonomia privada do empregado. *Revista LTr*, São Paulo, v. 79-10, p. 1.245-1.250, outubro.2015, p. 1.246.

³⁹ “As exposições ocupacionais podem atuar como agentes silenciosos na indução de danos no DNA. Os estudos desenvolvidos para a compreensão da carcinogênese constituem-se nos mais avançados modelos construídos para a compreensão das relações entre exposições ambientais e suscetibilidade individual” (GATTÁS *et al*, 2002, p. 162). GATTÁS, Gilka Jorge Figaro; SEGRE, Marco; WÜNSCH FILHO, Victor. Genética, biologia molecular e ética: as relações de trabalho e saúde. *Red de Revistas*



Por conseguinte, a partir do avanço nos estudos da estrutura genética do indivíduo, os geneticistas e os epidemiologistas terão instrumentos eficazes para o devido assessoramento das empresas no que se refere à contratação ou não de um determinado trabalhador, bem como na sua manutenção no quadro da empresa. As informações genéticas obtidas poderão verificar as condições de saúde e propensões genéticas do candidato a emprego ou do trabalhador.

O certo é que as empresas têm a obrigação de criar programas de saúde e segurança, necessitando de informações médicas dos trabalhadores. A questão é descobrir como devem ser disponibilizadas essas informações, sem que haja uma discriminação, ou seja, poderia a legislação exigir um dever de confiabilidade sobre os resultados, emitindo somente um resultado de aptidão ou não para a continuidade da prestação de serviços. “Em todo o caso, resta sempre a necessidade de se efetuar uma ponderação constante entre o tipo e o grau de informações que são necessárias ao empregador para que este possa gerir de forma eficiente a atividade empresarial”⁴⁰.

O problema surge quando há o abuso de poder e a efetiva discriminação, com a utilização abusiva da informação genética em face do candidato ao trabalho ou do próprio trabalhador. Na seleção de trabalhadores, se houvesse a exclusão de uma pessoa com boa saúde, somente por predisposição genética que tenha a alguma doença. E no decorrer do contrato de trabalho, se ocorresse a demissão de uma pessoa sã, apenas devido a uma propensão genética em desenvolver determinada doença futura.

Neste último caso, se houver alguma condição laboral

Científicas de América Latina y el Caribe, España y Portugal, Universidad Autónoma del Estado de México, Sistema de Información Científica Redalyc, México, p. 159-167, 2002, p. 162. Disponível em <http://www.redalyc.org/html/630/63070114/>. Acesso em 29.12.2017.

⁴⁰ ROCHA, Afonso de Paula Pinheiro; ROCHA, Ludiana Carla Braga Façanha. Discriminação genética no ambiente de trabalho: perspectivas do Direito Comparado. In: MATIAS, João Luis Nogueira (Coordenador). *Neoconstitucionalismo e Direitos Fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2009, p. 08.



que agrave o quadro genético do trabalhador, em virtude de algum agente químico tóxico, inclusive, constitui dever do empregador zelar pelo meio ambiente do trabalho, garantindo, por exemplo, a sua transferência para outro setor ou filial. Aqui pode-se destacar a Convenção nº 155 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), ao consagrar a segurança e saúde dos trabalhadores no meio ambiente de trabalho.

É bem verdade que a análise deve ser casuística, uma vez que determinadas profissões de risco podem requerer uma seleção e posterior monitoração genética, tais como condutores de veículos de passageiros, pilotos de avião, entre outras, todas passíveis de riscos concretos. Entretanto, tratam-se casos excepcionais, a seguir outra linha de tratamento.

Nesse cenário de novas tecnologias genéticas entram em cena os direitos da personalidade do trabalhador, tais como seu patrimônio genético e sua identidade pessoal, além do direito fundamental à privacidade genética, à informação e ao consentimento livre e informado, todos a se confrontar com a temática da discriminação genética nas relações de trabalho, ocorrente no mundo capitalista globalizado.

3. PATRIMÔNIO GENÉTICO E IDENTIDADE PESSOAL: DIREITOS DA PERSONALIDADE DO TRABALHADOR

A revolução na área da genética fez surgir uma nova concepção de direito a ser tutelada, o patrimônio genético do indivíduo, que para alguns, pode ser inserido no rol de direitos de quarta geração ou dimensão, por se relacionarem à engenharia genética.⁴¹

A Declaração Internacional sobre os Dados Genéticos Humanos (DIDGH) da UNESCO⁴², em seu preâmbulo, destaca

⁴¹ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 06.

⁴² No dia 16 de outubro de 2004, no decurso da sua 32ª sessão, a Conferência Geral da UNESCO aprovou por unanimidade e aclamação a Declaração Internacional sobre os Dados Genéticos Humanos, assim prolongando de forma muito apropriada a



o reconhecimento da informação genética como parte do acervo geral dos dados médicos, aí compreendidos os dados genéticos e os dados proteômicos. Reconhece, também, que os dados genéticos humanos têm uma especificidade que resulta do seu caráter de dados sensíveis, podendo indicar predisposições genéticas dos indivíduos e ter um impacto significativo sobre a família, incluindo a descendência, ao longo de várias gerações, e em certos casos sobre todo o grupo envolvido. E, ainda, podem conter informações cuja importância não é necessariamente conhecida no momento em que são colhidas as amostras biológicas e que podem assumir importância cultural para pessoas ou grupos.^{43 44}

O patrimônio genético da pessoa vincula-se à sua personalidade, merecendo tutela, uma vez que “os direitos da personalidade dão conteúdo essencial à personalidade e por isso são qualificados como direitos essenciais”⁴⁵, sendo a sua essencialidade derivada de seu objeto, que é a personalidade. “Os direitos da personalidade podem, então, ser conceituados como direitos subjetivos que têm por objeto bens da personalidade”⁴⁶.

A personalidade humana, para Rabindranath, embora

Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos de 1997.

⁴³ Artigo 2º, DIDGH: Definições. Para efeitos da presente Declaração, os termos e expressões utilizados têm a seguinte definição: (i) *Dados genéticos humanos*: informações relativas às características hereditárias dos indivíduos, obtidas pela análise de ácidos nucleicos ou por outras análises científicas; (ii) *Dados proteômicos humanos*: informações relativas às proteínas de um indivíduo, incluindo a sua expressão, modificação e interação; [...] (iv) *Amostra biológica*: qualquer amostra de material biológico (por exemplo células do sangue, da pele e dos ossos ou plasma sanguíneo) em que estejam presentes ácidos nucleicos e que contenha a constituição genética característica de um indivíduo; (*Grifos nossos*)

⁴⁴ A Recomendação nº R (97) do Conselho da Europa trata da proteção de dados médicos.

⁴⁵ MAZUR, Maurício. Direitos da personalidade. In: MIRANDA, Jorge; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz; FRUET, Gustavo Bonato (Organizadores). *A dicotomia entre os direitos da personalidade e os direitos fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 28.

⁴⁶ MAZUR, Maurício. Direitos da personalidade. In: MIRANDA, Jorge; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz; FRUET, Gustavo Bonato (Organizadores). *A dicotomia entre os direitos da personalidade e os direitos fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 29.

possua “*unidade e continuidade transtemporais*, é metamórfica, ou seja, conhece um ciclo de gestação, de crescimento e de decomposição, que o nosso direito toma na devida conta”⁴⁷. Isso porque “o homem, ao longo da sua existência terrena, conhece um processo físico-biológico de gestação, de nascimento, de crescimento, de maturação, de envelhecimento, de morte, de decomposição e de memorização”⁴⁸, tanto à nível físico como intelectual.

Por isso, os direitos da personalidade levam em conta todos esses processos da vida humana, tutelando cada fase, sem nenhuma distinção, em prol da proteção total e eficaz da personalidade humana. Em outras palavras, todos os ciclos da vida humana são contemplados pelos direitos da personalidade.

Carlos Alberto Bittar, situando-se na linha da corrente naturalista, considera que os direitos da personalidade são direitos inatos à pessoa humana, devendo haver o devido reconhecimento e sancionamento pelo Estado, em nível constitucional ou em legislação ordinária, protegendo-os em face do poder público e dos particulares. Assim, “por direitos do homem, ou da personalidade, devem entender aqueles que o ser humano tem em face de sua própria condição. São [...] os direitos inatos, impostergáveis, anteriores ao Estado, e inerentes à natureza livre do homem”⁴⁹.

O patrimônio genético constitui um componente essencial de cada indivíduo, sendo um elemento intangível da pessoa, constituindo, portanto, direito da personalidade, integrante do rol de direitos fundamentais, devendo ser protegido assim como o direito à vida, à privacidade, à intimidade, à informação, dentre outros. Emblemática, nesse sentido, é a previsão do número 3 do

⁴⁷ SOUZA, Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de. *O direito geral de personalidade*. 1ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2011, p. 154.

⁴⁸ SOUZA, Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de. *O direito geral de personalidade*. 1ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2011, p. 155.

⁴⁹ BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. 8. ed. rev., aum. e mod. por Eduardo C. B. Bittar. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 38 e 56.



artigo 26 da Constituição da República Portuguesa, referente à proteção de outros direitos pessoais, que determina que a lei “garantirá a dignidade pessoal e a identidade genética do ser humano, nomeadamente na criação, desenvolvimento e utilização das tecnologias”, o que abrange também a proteção contra “quaisquer formas de discriminação”, conforme previsto no número 1 do mesmo dispositivo.

O fato de não haver previsão expressa nesse sentido na Constituição Federal de 1988 não afasta a possibilidade de se reconhecer um direito materialmente fundamental à tutela da identidade genética, com fundamento no que prevê seu artigo 5º, § 2º. A Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD), Lei 13.709/2018, concretiza a proteção de dados, em especial os considerados sensíveis, como os referentes à saúde ou à vida sexual da pessoa, dados genéticos e biométricos (artigo 5º, II), com fundamento na tutela da privacidade, do livre desenvolvimento da personalidade e da autodeterminação informativa (artigo 2º). E prevê que todo tratamento de dados observará, além da boa-fé, princípios como a transparência, a finalidade, a necessidade e a não discriminação (artigo 6º).

Ademais, pode-se constatar que “cada homem é um ser em si mesmo e só igual a si mesmo”, ou seja, possui uma identidade pessoal [...]. Esta dinâmica estruturante de aglutinação, de coesão e de unidade do ser humano faz com que este se sinta bem na sua ‘pele’ somático-psíquica e social [...]”⁵⁰. Para Rabindranath, esta identidade toca o seu maior valor como qualidade humana quando cada ser humano assume a sua própria identidade, amando-se e respeitando-se a si mesmo, com vistas ao seu próprio desenvolvimento, ao amor aos outros indivíduos e ao progresso social.

Além do reconhecimento da informação genética ou patrimônio genético, o artigo 3º da DIDGH enfatiza a identidade

⁵⁰ SOUZA, Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de. *O direito geral de personalidade*. 1ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2011, p. 244-245.

de cada pessoa, refutando, portanto, a ideia de um determinismo biológico único a traçar o destino do ser humano, a par das influências ambientais, culturais e sociais.⁵¹

Também, o patrimônio genético encontra-se aliado à identidade pessoal, ambos constituindo direitos da personalidade, portanto, tutelados pela ordem jurídica. “A preeminência dos direitos da personalidade relativamente aos outros direitos subjetivos decorre da sua mais direta projeção de pressupostos fundantes da ordem jurídica”⁵².

Fala-se, ainda, em um novo direito da personalidade, o direito à identidade genética do indivíduo, que pode ser entendido como aquele composto pelos elementos originários do homem desde o seu nascimento, bem como pelos elementos adquiridos durante a sua vida, sendo fundados nas seguintes prerrogativas da personalidade humana: a unicidade e a exclusividade biológicas. Pode ser extraído do artigo 2º, b, e artigo 3º da Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos, embora não o destaque expressamente.⁵³

Os dados genéticos de um indivíduo trazem à tona uma faceta de sua identidade, qual seja, a identidade genética, que traz em seu bojo a correspondência ao genoma de cada ser humano, ou seja, o fundamento biológico de cada um. Logo, “a identidade genética é um substrato da identidade pessoal, esta,

⁵¹ Artigo 3º, DIDGH. Cada indivíduo tem uma constituição genética característica. No entanto, não se pode reduzir a identidade de uma pessoa a características genéticas, uma vez que ela é constituída pela intervenção de complexos factores educativos, ambientais e pessoais, bem como de relações afectivas, sociais, espirituais e culturais com outros indivíduos, e implica um elemento de liberdade.

⁵² MAZUR, Maurício. Direitos da personalidade. In: MIRANDA, Jorge; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz; FRUET, Gustavo Bonato (Organizadores). *A dicotomia entre os direitos da personalidade e os direitos fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 28.

⁵³ BANDEIRA, Ana Cláudia Pirajá; SCARIOT, Tatiane Botura. *Discriminação genética e direitos da personalidade: problemas e soluções*. Revista Jurídica Cesumar, v. 6, n.1, p. 47-73, 2006, p. 51-52. Disponível em <http://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/308/167>. Acesso em 29.12.2017.



socialmente construída”⁵⁴.

Consequentemente, “o patrimônio genético do empregado é formado não apenas pelo seu conjunto de genes, mas destes a partir de sua interação com o meio ambiente, ou seja, abarca a influência de todos os fatores externos que contribuíram para a formação do indivíduo”⁵⁵. Daí pode se inferir o patrimônio genético do empregado bem como sua identidade pessoal, ambos como direitos da personalidade do trabalhador.

Sobre a devida tutela do patrimônio genético humano, incluindo-se a do trabalhador, a DIDGH, em seu artigo 4º, b, destaca que “é necessário prestar a devida atenção ao caráter sensível dos dados genéticos humanos e garantir um nível de proteção adequado a esses dados e às amostras biológicas”, afirmando, portanto, a natureza sensível dos dados genéticos humanos^{56 57}.

Nesse cenário, o homem de cristal ou o aqui considerado o empregado de cristal, é aquele sobre o qual se pode obter informações sobre aspectos genéticos da sua personalidade, condições de saúde e habilidades potenciais, ou seja, de quem se pode obter os denominados dados sensíveis. Corresponde à “imagem de um homem marcado pelo que os seus genes dizem que ele pode ser e não por aquilo que ele livremente escolheu

⁵⁴ NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; SÁ, Maria de Fátima Freire de. *Direitos da personalidade*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2017, p. 98.

⁵⁵ MIZIARA, Raphael; PIOVESAN, Alexandre Valle. *O acesso ao patrimônio genético do empregado: limites à sua utilização e consequências no âmbito laboral*. Abril de 2015. Disponível em <https://jus.com.br/amp/artigos/38540/1>. Acesso em 28.12.2017, p. 05.

⁵⁶ Os dados sensíveis “são aqueles que afetam a intimidade da pessoa” (NASSIF, 1999, p. 109). NASSIF, Elaine Noronha. Genética e discriminação no trabalho: uma cogitação. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região*, Belo Horizonte, v. 30 (60), p. 109-118, jul.dez.1999, p. 109. Disponível em http://www.trt3.jus.br/escola/download/revista/rev_60/Elaine_Nassif.pdf. Acesso em 26.12.2017.

⁵⁷ Os dados sensíveis são os que estão enquadrados em uma categoria especial de informações pessoais, que se conhecidas por terceiros, podem servir de instrumento de discriminação, tais como opiniões políticas, convicções religiosas e filosóficas, vida sexual, entre outros. Como visto, o conceito foi acolhido pela Lei nº 13.709/2018 (Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais), em seu artigo 5º, inciso II.

ser”⁵⁸.

No contexto da relação trabalhista, o conhecimento pelo empregador de dados sensíveis do empregado, tais como suas informações genéticas, pode causar grave prejuízo ao empregado, vindo a ocasionar atitudes discriminatórias e estigmatizantes. Assim, como bem consideram Miziara e Piovesan, somente deve ser admitida a coleta e o processamento dessas informações em situações excepcionais, justificadas por lei e em função de requisitos ocupacionais especiais, devendo a lei estabelecer os limites desse processamento e as tutelas cabíveis.⁵⁹

O Regulamento Europeu (EU) 2016/679, de 27 de abril de 2016, publicado no Diário Oficial da União Europeia de 4 de maio do mesmo ano, e vigente a partir de 25 de maio de 2018, revogou a Diretiva 95/46/CE do Parlamento e do Conselho Europeu, mas à semelhança deste último considera os dados genéticos como categoria especial de dados sensíveis, no que exige uma regulamentação mais estrita e uma maior proteção que os dados médicos. O artigo 9º do Regulamento a princípio veda o tratamento desses dados. Ele é admitido, porém, dentre outras hipóteses, se o titular tiver dado seu consentimento explícito; se o tratamento for necessário para efeitos do cumprimento de obrigações e do exercício de direitos específicos do responsável pelo tratamento ou do titular dos dados em matéria de legislação laboral, de segurança social e de proteção social, na medida em que esse tratamento seja permitido pelo direito da União ou dos Estados-Membros ou ainda por uma convenção coletiva nos termos do direito dos Estados-Membros que preveja garantias adequadas dos direitos fundamentais e dos interesses do titular dos

⁵⁸ NASSIF, Elaine Noronha. Genética e discriminação no trabalho: uma cogitação. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região*, Belo Horizonte, v. 30 (60), p. 109-118, jul.dez.1999, p. 109. Disponível em http://www.trt3.jus.br/escola/download/revista/rev_60/Elaine_Nassif.pdf. Acesso em 26.12.2017.

⁵⁹ MIZIARA, Raphael; PIOVESAN, Alexandre Valle. *O acesso ao patrimônio genético do empregado: limites à sua utilização e consequências no âmbito laboral*. Abril de 2015. Disponível em <https://jus.com.br/amp/artigos/38540/1>. Acesso em 28.12.2017, p. 06.

dados; se o tratamento for necessário para efeitos de medicina preventiva ou do trabalho, para a avaliação da capacidade de trabalho do empregado, o diagnóstico médico, a prestação de cuidados ou tratamentos de saúde ou de ação social ou a gestão de sistemas e serviços de saúde ou de ação social com base no direito da União ou dos Estados-Membros ou por força de um contrato com um profissional de saúde.

Essa tutela especial se justifica em virtude do risco maior de violação à privacidade, no sentido de que pode atingir a pessoa e sua família e linha genética. Ademais, pode gerar preconceitos e discriminações em virtude de informações sobre predisposições a doenças, principalmente no âmbito de trabalho.⁶⁰

Dentre as razões a favor da utilização dos dados genéticos nas relações de trabalho, invoca-se o interesse do empregador, do próprio empregado e de terceiros, da sociedade e do próprio Estado.⁶¹ E dentre as razões contra a utilização de dados genéticos nas relações trabalhistas, há fundamentos fortes que defendem a impossibilidade de submissão do trabalhador a testes genéticos, tais como o direito à intimidade genética, o direito de não saber e a própria possibilidade de discriminação genética.

⁶⁰ MIZIARA, Raphael; PIOVESAN, Alexandre Valle. *O acesso ao patrimônio genético do empregado*: limites à sua utilização e consequências no âmbito laboral. Abril de 2015. Disponível em <https://jus.com.br/amp/artigos/38540/1>. Acesso em 28.12.2017, p. 06-07.

⁶¹ Para o próprio trabalhador, os dados genéticos ajudam na prevenção, tratamento, troca de emprego e até renúncia às promoções incompatíveis com sua condição genética. Já para o empregador, no sentido de redução de custos derivados de potenciais enfermidades futuras dos seus trabalhadores. Enquanto que, para outros trabalhadores, haverá a garantia da segurança e prevenção de acidentes de trabalho decorrentes de ações de companheiros com predisposição. Para terceiros relacionados com a empresa, também, com o intuito de evitar acidentes decorrentes da manifestação de enfermidade do empregado que tem a predisposição (condutores de veículos de passageiros, pilotos de aeronaves, etc.). E, por fim, para o Estado, com o objetivo de cumprimento de suas funções de prevenção de acidentes e proteção da saúde dos trabalhadores (MIZIARA *et al*, 2015, p. 08-09). MIZIARA, Raphael; PIOVESAN, Alexandre Valle. *O acesso ao patrimônio genético do empregado*: limites à sua utilização e consequências no âmbito laboral. Abril de 2015. Disponível em <https://jus.com.br/amp/artigos/38540/1>. Acesso em 28.12.2017, p. 08-09.

Ainda, se alega o fato de que o fator genético não ser absolutamente determinante, já que entram diversos fatores em jogo para o efetivo resultado probabilístico, ou seja, há real probabilidade de a enfermidade predisposta nunca vir a ocorrer.⁶²

Por conseguinte, nas relações de trabalho, o conhecimento pelo empregador de dados sensíveis do empregado, no caso em comento, as suas informações genéticas, sem seu consentimento, pode despertar a violação de outros direitos da personalidade, tais como o direito à privacidade, o direito à informação, além do direito ao consentimento livre e esclarecido.

3.1 DIREITO À PRIVACIDADE GENÉTICA, DIREITO À INFORMAÇÃO E AO CONSENTIMENTO LIVRE ESCLARECIDO

A Constituição Federal de 1988 (CF/1988) tem como fundamento a dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inciso III), consagrando os direitos e garantias fundamentais do trabalhador, em seu artigo 7º, além de enumerar, em seu artigo 5º, diversos outros direitos do cidadão, que podem ser associados ao trabalhador, como cidadão. O artigo 5º, inciso X da CF trata do direito fundamental à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem, assegurando o direito à indenização pelo dano material e moral decorrente desta violação.

Neste trabalho, a par das dissensões existentes na doutrina, não se irá diferenciar a intimidade e a privacidade, considerando-se ambas as expressões como sinônimas. O direito à intimidade, também, chamado de direito à privacidade, para Carlos Alberto Bittar “consubstancia-se em mecanismos de defesa da personalidade humana contra injunções, indiscrições ou intromissões alheias, conferindo traçado personalíssimo à sua

⁶² MIZIARA, Raphael; PIOVESAN, Alexandre Valle. *O acesso ao patrimônio genético do empregado: limites à sua utilização e consequências no âmbito laboral*. Abril de 2015. Disponível em <https://jus.com.br/amp/artigos/38540/1>. Acesso em 28.12.2017, p. 10-11.



tutela”⁶³, situando-os como direitos de cunho psíquico.

Pedro Pais de Vasconcelos considera que “a reserva da privacidade deve ser considerada a regra e não a *exceção*”⁶⁴. É nesse sentido que se retira, por um lado, a natureza do direito à privacidade como direito de personalidade e, por outro lado, a sua consagração constitucional como direito fundamental. Dessa forma, o direito à privacidade somente pode ser violado, de forma lícita, quando um interesse público superior o reclame, sob pena de danos gravíssimos.

A intimidade ou a privacidade constitui, sem dúvida, direito da personalidade, portanto, deve ser respeitado em qualquer contexto social. “O direito à intimidade visa resguardar a vida íntima do indivíduo da ingerência alheia, de modo que ele possa manter um âmbito próprio e reservado frente à ação e conhecimento dos demais, condição indispensável ao desfrute de mínima qualidade de vida”⁶⁵.

Segundo George Marmelstein, são inseridos, nesse cenário, prerrogativas de caráter individual-subjetivo, tais como “o direito de buscar a paz de espírito e a tranquilidade, o direito de ser deixado só [...], o direito de não ser bisbilhotado, de não ter a vida íntima e familiar devassada, de não ter detalhes pessoais divulgados, nem de ter a imagem e o nome expostos contra a vontade da pessoa”⁶⁶.

O direito à intimidade protege, portanto, a individualidade, ou seja, todos os aspectos que dizem respeito ao genoma da pessoa e ao seu modo de vida. Nessa linha, o artigo 2º da

⁶³ BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. 8. ed. rev., aum. e mod. por Eduardo C. B. Bittar. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 172.

⁶⁴ VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Direito de personalidade*. Coimbra: Almedina, 2014, p. 81.

⁶⁵ BANDEIRA, Ana Cláudia Pirajá; SCARIOT, Tatiane Botura. *Discriminação genética e direitos da personalidade: problemas e soluções*. Revista Jurídica Cesumar, v. 6, n.1, p. 47-73, 2006, p. 53. Disponível em <http://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/308/167>. Acesso em 29.12.2017.

⁶⁶ MARMELSTEIN, George. *Curso de direitos fundamentais*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 133.

Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos frisa que: “a) A todo indivíduo é devido respeito à sua dignidade e aos seus direitos, independentemente de suas características genéticas; b) Esta dignidade torna imperativa a não redução dos indivíduos às suas características genéticas e ao respeito à sua singularidade e diversidade”. Entretanto, “é preciso respeitar o ser humano não só como individualidade, como um ser único e distinto de todos os demais, mas também como parte da espécie humana, ou seja, como indivíduo identificado com seu grupo genético”⁶⁷.

O direito à intimidade ou privacidade genética pode ser destacado do direito fundamental à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem (artigo 5º, inciso X, CF), sendo indispensável para a observação da identidade pessoal de cada pessoa, referida antes neste trabalho.

Dessa forma, “o direito à privacidade da pessoa, no caso do trabalhador, deve ser assegurado a fim de que seja proibida a discriminação em função da herança genética”⁶⁸, isso porque na análise do genoma humano, é possível se aferir tanto o estado atual com fazer a previsão de doenças futuras. E, indivíduos considerados saudáveis, por ter predisposições genéticas a determinadas doenças, não ficaram imunes a diversas formas de discriminação, tanto no ambiente laboral como social.

E para que haja a proteção da intimidade ou privacidade genética é necessário, também, que haja a garantia do direito à informação sobre os seus próprios genes. Em não havendo essa garantia, seria o mesmo que proteger o indivíduo dele próprio, ou seja, de suas próprias informações genéticas.⁶⁹ Esse seria o

⁶⁷ NASSIF, Elaine Noronha. Genética e discriminação no trabalho: uma cogitação. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região*, Belo Horizonte, v. 30 (60), p. 109-118, jul.dez.1999, p. 110. Disponível em http://www.trt3.jus.br/escola/download/revista/rev_60/Elaine_Nassif.pdf. Acesso em 26.12.2017.

⁶⁸ KELLER, Werner. O genoma humano e sua relação com a autonomia privada do empregado. *Revista LTr*, São Paulo, v. 79-10, p. 1.245-1.250, outubro.2015, p. 1.246.

⁶⁹ NASSIF, Elaine Noronha. Genética e discriminação no trabalho: uma cogitação. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região*, Belo Horizonte, v. 30 (60),



direito à informação do próprio trabalhador, diferentemente do direito à informação da empresa empregadora em ter conhecimento sobre, em poder exigir do empregado a realização dos testes genéticos, a ser tratado a seguir.

Um grande conflito existe ainda sobre se é obrigação do trabalhador fazer ou revelar informações de seus testes genéticos (direito à intimidade) e/ou se o empregador tem direito de exigir testes genéticos de seus candidatos ou empregados ou, ainda, as informações sobre os respectivos testes genéticos (direito à informação).⁷⁰

Aqui, há uma colisão de princípios, a qual pode se vislumbrar a utilização da técnica da ponderação e pesos de princípios, corrente trazida por Robert Alexy, visto que não há hierarquia entre princípios, mas apenas prevalência de um sobre outros no caso concreto em análise.⁷¹

E como todo direito da personalidade, o direito à privacidade é inalienável, imprescritível e irrenunciável, uma vez que visa à proteção da dignidade do ser humano. Entretanto, como todo direito fundamental, não é absoluto, podendo sofrer limitações de acordo com a situação concreta, sendo necessária uma análise com fundamento no princípio da proporcionalidade e na ponderação de interesses em conflito.⁷²

Nesse sentido, destaca-se que a Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos faz sobressair o valor da dignidade da pessoa humana, consagrado como fundamento da ordem constitucional brasileira (artigo 1º, inciso III,

p. 109-118, jul.dez.1999, p. 110. Disponível em http://www.trt3.jus.br/escola/download/revista/rev_60/Elaine_Nassif.pdf. Acesso em 26.12.2017.

⁷⁰ KELLER, Werner. O genoma humano e sua relação com a autonomia privada do empregado. *Revista LTr*, São Paulo, v. 79-10, p. 1.245-1.250, outubro.2015, p. 1.248.

⁷¹ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. 4. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2015.

⁷² ECHTERHOFF, Gisele. Os dados genéticos e o direito à privacidade: a Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos. *Revista Eletrônica do CEJUR*, Curitiba, v.1 n. 1, ago./dez.2006, p. 228. Disponível em <http://revistas.ufpr.br/cejur/article/view/14842/9963>. Acesso em 30.12.2017.



Diante do exposto, deve ser analisado o caso concreto, quando entra em choque o direito à saúde frente ao direito ao trabalho. E, principalmente, em atividades de risco, os exames genéticos beneficiam não só a empresa, mas, também, a saúde do trabalhador, ou melhor, seu próprio patrimônio genético. Nesse sentido, bem acentua Werner Keller, com relação à boa-fé que deve reger as relações sociais, inclusive, as de trabalho,

⁷⁵ RECKZIEGEL, Janaina; DUARTE, Jhonatan Felipe Laurindo Gomes. Parâmetros normativos: vida e dignidade. *Revista de Direitos Fundamentais e Democracia*. Curitiba, v. 22, n. 2, p. 255-271, mai./ago. 2017. ISSN: 1982-0496, p. 269. Disponível em <http://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/662>. Acesso em 16.03.2018.



princípio previsto em nossa ordem civil nos artigos 113, 187, 421 e 422 do CC.

Vale consignar, por oportuno, a necessidade do dever de lealdade (boa-fé) entre empregado e empregador, tendo em vista a prioridade ser a saúde do trabalhador e se o mesmo já tem conhecimento de uma doença e não informa ao seu empregador, pode aquelas condições de trabalho que está exposto prejudicar a sua enfermidade e colocar em risco inclusive terceiros.⁷⁶

O certo é que a questão da invasão da intimidade genética não atinge somente o trabalhador, mas também seus familiares e a respectiva linha genética. De fato, o trabalhador ou o candidato a emprego tem direito de preservação de sua intimidade e a de seus familiares frente a seu empregador ou pretenso empregador. Ainda, o direito de não saber (*right not to know*) dos respectivos resultados de testes genéticos, no sentido de que estes podem revelar doenças ou predisposições a elas, inclusive, afecções em que ainda não haja possibilidade de cura, criando uma tensão psicológica no indivíduo, sem necessidade.⁷⁷

No sentido acima, tem razão Bú, quando traz à tona a questão da divulgação da informação genética e suas consequências no estado psicológico e social do indivíduo.

Considerando que a divulgação do resultado de uma análise genética pode abalar significativamente o estado psicológico do examinado e modificar o olhar da sociedade sobre ele, referimo-nos, aqui, tanto ao aspecto objetivo da honra (ligado ao que a sociedade pensa da pessoa), quanto, sobretudo, ao subjetivo (relacionado à autoestima, ao que a pessoa pensa dela mesma); do mesmo modo que a imagem supramencionada não só é a propriamente dita (imagem retrato), mas também, e principalmente, a imagem entendida como atributo, como reputação social, semelhantemente à honra objetiva.⁷⁸

⁷⁶ KELLER, Werner. O genoma humano e sua relação com a autonomia privada do empregado. *Revista LTr*, São Paulo, v. 79-10, p. 1.245-1.250, outubro.2015, p. 1.248.

⁷⁷ MIZIARA, Raphael; PIOVESAN, Alexandre Valle. *O acesso ao patrimônio genético do empregado: limites à sua utilização e consequências no âmbito laboral*. Abril de 2015. Disponível em <https://jus.com.br/amp/artigos/38540/1>. Acesso em 28.12.2017, p. 11.

⁷⁸ BÚ, Maysa Amanda Aquino do. Discriminação da pessoa com base em suas

O princípio da confidencialidade encontra-se expresso no artigo 7º da Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos, quando acentua que os “dados genéticos associados a indivíduo identificável, armazenados ou processados para uso em pesquisa ou para qualquer outro uso, devem ter sua confidencialidade assegurada, nas condições estabelecidas pela legislação”, uma vez que tais informações afetam, direta ou indiretamente, terceiros. Nesse sentido, o artigo 9º da Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos estabelece, também, o princípio da privacidade e da confidencialidade.

Entretanto, de outro lado, o direito à informação do empregado pode se sobressair em face do direito à intimidade do trabalhador, especialmente, em atividades de risco, com antes consignado. O interesse patronal, portanto, em conhecer os dados genéticos de seus trabalhadores, tendo por objetivo a saúde e segurança do próprio trabalho, torna-se plausível frente a um direito maior, o direito à saúde. Há aqui uma finalidade legítima, que deve ser observada, exigindo-se o conhecimento do mínimo indispensável à defesa da saúde e segurança do trabalho, assegurando-se ainda plena transparência aos trabalhadores.

O direito à saúde representa um valor maior a ser prestigiado, aliado a saúde e segurança no meio ambiente laboral. Como bem destaca Homero Batista, a expressão saúde e segurança do trabalho representa a somatória de conhecimentos que estuda os riscos inerentes ao trabalho, não se podendo esquecer que a higiene ocupacional encontra proteção constitucional, fazendo a expressão “saúde do trabalho” o papel da medicina, da ergonomia e da higiene.⁷⁹

informações genética e a proteção do sigilo do patrimônio genético pessoal. *Revista da Defensoria Pública da União*, Brasília-DF, n. 7, p. 235-262, jan/dez. 2014, p. 253. Disponível em http://www.dpu.def.br/images/esdpu/revista/artigo11_-_maysa_amanda_aquino_do_b%C3%BA.compressed.pdf. Acesso em 26.12.2017.

⁷⁹ SILVA, Homero Batista Mateus da. *Curso de Direito do Trabalho aplicado: saúde e segurança do trabalho*. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, v. 3, p. 19.



Diferentemente, se o interesse do empregador estiver vinculado somente à redução de custos e à maximização de lucros, o direito à intimidade genética ganha relevo, não podendo o empregador ter acesso às informações genéticas de seus trabalhadores.⁸⁰ Isso, inclusive, como forma de se evitar a discriminação baseada no patrimônio genético.

Pode-se acrescentar, ainda, a necessidade do consentimento livre e esclarecido do trabalhador, tanto com relação à investigação do genoma do trabalhador, como, também, no que diz respeito ao tratamento e ao diagnóstico respectivo. Assim, cabe ao indivíduo, exercendo a sua autonomia, liberar o acesso, a circulação e a utilização de seus dados genéticos, e não ao seu empregador.⁸¹ Além de poder escolher ou não participar de testes genéticos solicitados pelo empregador, como consequência de sua autonomia privada, o trabalhador também deve ser esclarecido sobre os respectivos testes. Nessa linha, o artigo 6º da Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos prevê o princípio do consentimento, o que é reforçado, no Brasil, pela Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais.

Nessa perspectiva, a sua escolha na participação em testes genéticos deve ser livre e esclarecida, sem nenhuma restrição à sua vontade. E sabe-se que as relações privadas de trabalho são caracterizadas, principalmente no contexto brasileiro, por um desequilíbrio de poder entre empregado e empregador. Nesse sentido, a clássica definição de Américo Plá Rodríguez, quando aduz que o Direito do Trabalho é alicerçado em seis princípios básicos: princípios da proteção, da irrenunciabilidade, da continuidade, da primazia da realidade, da razoabilidade e da boa-

⁸⁰ MIZIARA, Raphael; PIOVESAN, Alexandre Valle. *O acesso ao patrimônio genético do empregado: limites à sua utilização e consequências no âmbito laboral*. Abril de 2015. Disponível em <https://jus.com.br/amp/artigos/38540/1>. Acesso em 28.12.2017, p. 12.

⁸¹ ECHTERHOFF, Gisele. Os dados genéticos e o direito à privacidade: a Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos. *Revista Eletrônica do CEJUR*, Curitiba, v.1 n. 1, ago./dez.2006, p. 234. Disponível em <http://revistas.ufpr.br/cejur/article/view/14842/9963>. Acesso em 30.12.2017.



fé.⁸² ⁸³ Dessa forma, o direito de escolha do trabalhador resta duvidoso diante desse desequilíbrio de poder.

Convém lembrar que, após a devida informação pelo médico, é direito do paciente, na manifestação de sua autonomia, estar apto ao consentimento livre e esclarecido – é que se denomina de Termo de Consentimento Livre e Esclarecido (TCLE). O princípio do consentimento livre e esclarecido é corolário do princípio da autonomia privada.⁸⁴

Destaca-se, ainda, que a ausência de consentimento livre e esclarecido é considerado crime de negligência profissional do médico, se houver dolo (artigo, 146, § 3º, inciso I, Código Penal – CP), respondendo o médico pelo resultado danoso decorrente de sua intervenção, se a informação foi dada de forma não eficiente.

4. RESPONSABILIDADE CIVIL DO EMPREGADOR FACE À DISCRIMINAÇÃO GENÉTICA

Conforme já descrito, a discriminação genética negativa já se tornou realidade no contexto capitalista mundial, estando prevista a sua ocorrência, inclusive, em diversas normas internacionais, bem como a proeminente necessidade de tutela em face dela.

De forma mais ampla, a Convenção nº 111 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) trata da discriminação em

⁸² RODRIGUEZ, Américo Plá. *Princípios do Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 1978.

⁸³ Com o mesmo entendimento, Mauricio Godinho Delgado destaca o seguinte núcleo basilar de princípios especiais do Direito do Trabalho: princípios da proteção, da norma mais favorável, da imperatividade das normas trabalhistas, da indisponibilidade dos direitos trabalhistas, da condição mais benéfica, da inalterabilidade contratual lesiva, da intangibilidade salarial, da primazia da realidade sobre a forma, e da continuidade da relação de emprego. Todos esses princípios têm a finalidade primeira de amenizar o desequilíbrio entre empregado e empregador. DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 15. ed. São Paulo: LTr, 2016, p. 201-214.

⁸⁴ SOUZA, Iara Antunes de. *Aconselhamento genético e responsabilidade civil*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2014, p. 21-22.



matéria de emprego e ocupação, sendo esta uma das *core obligations* destacadas pela Declaração da OIT de 1998.⁸⁵

A Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos traz em seu artigo 11, o princípio da não-discriminação e da não-estigmatização. Nesse sentido, a Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos da UNESCO⁸⁶ proíbe a discriminação genética, em seu artigo 6º, quando diz que “nenhum indivíduo deve ser submetido a discriminação com base em características genéticas, que vise violar ou que tenha como efeito a violação de direitos humanos, de liberdades fundamentais e da dignidade humana”.

Seguindo essa linha, a Declaração Internacional sobre os Dados Genéticos Humanos (DIDGH) da UNESCO consagra o princípio da não-discriminação e da não-estigmatização, em seu artigo 7º, quando salienta que:

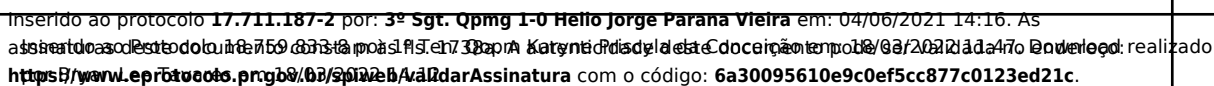
- (a) Deverão ser feitos todos os esforços no sentido de impedir que os dados genéticos e os dados proteómicos humanos sejam utilizados de um modo discriminatório que tenha por finalidade ou por efeito infringir os direitos humanos, as liberdades fundamentais ou a dignidade humana de um indivíduo, ou para fins que conduzam à estigmatização de um indivíduo, de uma família, de um grupo ou de comunidades.
- (b) A este respeito, será necessário prestar a devida atenção às conclusões dos estudos de genética de populações e dos estudos de genética do comportamento, bem como às respectivas interpretações.⁸⁷

No âmbito nacional, a Constituição Federal brasileira destaca, de forma expressa, as garantias da isonomia de

⁸⁵ Lembra-se que a Declaração da OIT de 1998 “declara que todos os Membros, ainda que não tenham ratificado as convenções aludidas, têm um compromisso derivado do fato de pertencer a Organização de respeitar, promover e tornar realidade, de boa-fé e de conformidade com a Constituição, os princípios relativos aos direitos fundamentais que são objeto dessas convenções, isto é: [...] d) a eliminação da discriminação em matéria de emprego e ocupação”.

⁸⁶ A Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos foi adotada pela Conferência Geral da UNESCO em sua 29ª sessão (1997).

⁸⁷ Artigo 7º da Declaração Internacional sobre os Dados Genéticos Humanos (DIDGH) da UNESCO.





artigos 186 e 927, aduz que a violação de um direito acarreta a prática de ato ilícito, ensejando a devida reparação civil. Também, nessa linha de entendimento, o Enunciado nº 411 da V Jornada de Direito Civil reforça o dever de indenizar.

Com a Lei nº 13.709/2018, foi explicitado o caráter sensível dos dados genéticos e de saúde, a necessidade de obtenção do consentimento para seu tratamento, de respeitar a finalidade de tal tratamento, de não discriminação, da necessidade, da prevenção e da responsabilização (artigo 6º).

A responsabilidade civil está, portanto, caracterizada pela existência da conduta do agente, a existência do dano e do nexo de causalidade. E a prática de discriminação genética e a consequente violação dos direitos da personalidade dos trabalhadores poderá dar ensejo à responsabilização no âmbito civil, conforme o exposto acima. Isso conforme tendência que fez da responsabilidade um meio de proteção dos direitos da personalidade, de acordo com Geneviève Viney, quando destaca as novas tendências do instituto da responsabilidade.⁹⁰

A discriminação genética, como qualquer modalidade de conduta discriminatória, atinge a integridade psíquica da pessoa, máxime nas relações de trabalho, visto ser o trabalho fonte de renda e sobrevivência do indivíduo e bem-estar de sua família.⁹¹

Na realidade, “a privacidade e intimidade dos empregados não podem ser devassadas arbitrariamente, podendo o empregador solicitar informação genética em casos excepcionais”⁹², quando houver necessidade e relevância para avaliação

⁹⁰ VINEY, Geneviève. As tendências atuais do Direito da responsabilidade civil. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). *Direito Civil contemporâneo: novos paradigmas à luz da legalidade constitucional*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 50.

⁹¹ ARAUJO, Antonio Castro Alves de. Seleção pelo DNA: discriminação genética é uma ameaça ao trabalhador. *Consultor Jurídico*. 28 de julho de 2010. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2010-jul-28/discriminacao-genetica-ameaca-integridade-moral-trabalhador?imprimir=1>. Acesso em 26.12.2017, p. 08.

⁹² BANDEIRA, Ana Cláudia Pirajá; SCARIOT, Tatiane Botura. Discriminação genética e direitos da personalidade: problemas e soluções. *Revista Jurídica Cesumar*, v. 6, n.1, p. 47-73, 2006. Disponível em



da a aptidão quanto à execução do contrato de trabalho e, quando, sem dúvida alguma, os testes genéticos forem à única forma de assegurar o direito à saúde dos trabalhadores, bastando somente a manifestação do médico no sentido da aptidão do trabalhador para as funções a serem exercidas.

Excepcionalmente, pode-se registrar a possibilidade da existência de uma discriminação legítima na seara das relações laborais, não ofensiva ao princípio da igualdade, quando o critério de diferenciação estiver plenamente justificado pela situação fática em concreto, tais como no caso da realização de exame genético para a proteção da saúde, levando em conta exames amparados por dados estatísticos e científicos comprovando a correlação entre a doença e o trabalho.⁹³

Acrescenta-se que, mesmo quando o empregado, por ato voluntário, participe de programas de monitoramento genético do empregador, a subordinação existente na relação de emprego, por si só, já compromete a sua decisão, como por exemplo, em virtude de medo de demissão, retaliação pela perda de benefícios trabalhistas.⁹⁴ Por isso, se a coleta de informações pelo empregador não restar antecedida do livre consentimento informado, contando com a participação de órgãos governamentais e sindicatos profissionais, ficará evidenciada a conduta lesiva, apto a ensejar a devida responsabilização civil, se houver algum dano evidenciado em virtude de prática discriminatória decorrente da utilização de informações genéticas dos trabalhadores.

É de se ressaltar, com relação à discriminação originária

<http://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/308/167>, p. 66. Acesso em 29.12.2017.

⁹³ GUNTHER, Luiz Eduardo; PEREIRA, Cláudia Cristina. A discriminação genética no mercado de trabalho. *Administração de Empresas em Revista*, v. 17, n. 18, Curitiba, p. 168-184, 2017, p. 181. Disponível em <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/admrevista/article/view/2214/1391>. Acesso em 07.03.2021.

⁹⁴ BANDEIRA, Ana Cláudia Pirajá; SCARIOT, Tatiane Botura. Discriminação genética e direitos da personalidade: problemas e soluções. *Revista Jurídica Cesumar*, v. 6, n.1, p. 47-73, 2006, p. 66. Disponível em <http://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/308/167>. Acesso em 29.12.2017.



do acesso à informação, que ela não acontece em um momento específico da relação jurídica, podendo se dar tanto na fase contratual, como pré como, até mesmo, pós contratual, após o fim do contrato, com a divulgação da informação genética obtida, revelando-se prejudicial ao trabalhador.⁹⁵

Finalmente, reconhece-se que houve um avanço, no caso brasileiro, com a edição da Lei nº 13.709/2018, mas as normas existentes na legislação nacional não são suficientes a ensejar a plena responsabilização civil do empregador por uso indevido das informações genéticas de seus trabalhadores e até mesmo de candidatos a emprego. Daí a necessidade de uma normatização eficiente tanto no setor privado quanto no público, com o objetivo de proteção da saúde dos trabalhadores e corresponde respeito aos seus direitos da personalidade. Em outras palavras, uma normatização mais específica a contemplar todo o complexo meio ambiente laboral. Dado o caráter aberto do texto da Lei nº 13.709/2018, mostra-se relevante o papel da doutrina na densificação de conceitos e na proposição de hipóteses de responsabilização e de *standards* de conduta para os empregadores e a atuação da Autoridade Nacional de Proteção de Dados na consecução da adequada tutela dos trabalhadores.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Inicialmente, cumpre-se advertir que não se tem aqui a intenção de esgotamento do tema sobre a discriminação genética, em virtude da imensidão de informações pertinentes ao assunto. Tentou-se somente demonstrar a relevância da temática na atual sociedade da informação, em que os dados genéticos dos trabalhadores podem ser utilizados como instrumento de discriminação e estigmatização nas mãos de terceiros, além da

⁹⁵ GUNTHER, Luiz Eduardo; PEREIRA, Cláudia Cristina. A discriminação genética no mercado de trabalho. *Administração de Empresas em Revista*, v. 17, n. 18, Curitiba, p. 168-184, 2017, p. 181. Disponível em <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/admrevista/article/view/2214/1391>. Acesso em 07.03.2021.



efetiva violação aos seus direitos da personalidade, direitos fundamentais por excelência.

A tecnologia genética tem ajudado muito a medicina, na disposição de informações aos médicos, às seguradoras e à sociedade em geral. Entretanto, os testes genéticos, como constatado, têm sido instrumento de discriminação genética em vários segmentos sociais, em especial na seara laboral.

Os testes e as informações genéticas podem auxiliar na busca de detecção e tratamento a tempo, concretizando o direito à saúde constitucionalmente assegurado, como podem ser utilizados para discriminar pessoas, por meio da utilização indevida de suas informações genéticas, ferindo diversos direitos da personalidade, em especial dos trabalhadores.

O patrimônio genético e a identidade pessoal dos trabalhadores representam direitos da personalidade que devem ser garantidos pela nossa ordem jurídica, mesmo na falta de normatividade especial a respeito da discriminação genética. Nesse sentido, o patrimônio genético humano, inclusive o do trabalhador, deve ser tutelado pela ordem jurídica, uma vez que os dados genéticos humanos possuem caráter de dados sensíveis, ou seja, uma categoria especial de informações pessoais que formam a identidade pessoal e afetam a intimidade da pessoa.

A proteção ao do direito à intimidade ou privacidade em face das informações genéticas dos trabalhadores torna-se, portanto, imprescindível na sociedade capitalista, não se afastando, outrossim, o direito à informação do empregador, quando necessário frente à violação de outros direitos fundamentais, como o direito à saúde.

Não resta dúvida acerca da aplicabilidade das inovações biogenéticas no campo das relações de trabalho, entretanto, tal aplicação não prescinde de uma normatividade específica que imponha restrições ao livre jogo do mercado. Regramento a normatizar o acesso patronal à informação genética somente em casos especiais, exceções estas guiadas pela proporcionalidade e



ponderação de interesses, justificadas frente à segurança e medicina do trabalho.

Dessa forma, frente à carência de uma legislação específica que trate da discriminação genética e correspondente responsabilização civil do empregador por uso indevido das informações genéticas, se faz premente a necessidade de uma normatização legal tanto no setor privado quanto no público, com o objetivo de proteção da saúde dos trabalhadores e aos seus direitos da personalidade. Tal normatização foi parcialmente atendida com a edição da Lei nº 13.709/2018 (Lei Geral de Proteção de Dados). Mas ainda é necessário densificar os conceitos abertos consagrados em referido diploma e exigir da Autoridade Nacional de Proteção de Dados uma atuação proativa na tutela dos dados genéticos dos trabalhadores.

Em conclusão, a dimensão da problematização trazida neste trabalho exige soluções urgentes, não sendo possível ficar inerte diante de tantos avanços da biomedicina e suas diversas consequenciais sociais, em decorrência dos princípios da ordem jurídica brasileira, todos voltados a assegurar a dignidade do trabalho humano, e, portanto, a concretização dos direitos da personalidade dos trabalhadores.



REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALEX, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. 4. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2015.
- ARAUJO, Antonio Castro Alves de. Seleção pelo DNA: discriminação genética é uma ameaça ao trabalhador. *Consultor Jurídico*. 28 de julho de 2010. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2010-jul-28/discriminacao->

- genetica-ameaca-integridade-moral-trabalhador?imprimir=1. Acesso em 26.12.2017.
- BANDEIRA, Ana Cláudia Pirajá; SCARIOT, Tatiane Botura. Discriminação genética e direitos da personalidade: problemas e soluções. *Revista Jurídica Cesumar*, v. 6, n.1, p. 47-73, 2006. Disponível em: <http://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/308/167>. Acesso em 29.12.2017.
- BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. 8. ed. rev., aum. e mod. por Eduardo C. B. Bittar. São Paulo: Saraiva, 2015.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- BÚ, Maysa Amanda Aquino do. Discriminação da pessoa com base em suas informações genética e a proteção do sigilo do patrimônio genético pessoal. *Revista da Defensoria Pública da União*, Brasília-DF, n. 7, p. 235-262, jan/dez. 2014. Disponível em http://www.dpu.def.br/images/esdpu/revista/artigo11_-_maysa_amanda_aquino_do_b%C3%BA.compressed.pdf. Acesso em 26.12.2017.
- DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 15. ed. São Paulo: LTr, 2016.
- DOLGIN, Janet L. *Personhood, discrimination, and new genetics*. *Brooklyn Law Review*, v. 66, n. 3, p. 755-822, 2000. Disponível em <http://heinonline.org/HOL/>. Acesso em 27.12.2017.
- ECHTERHOFF, Gisele. Os dados genéticos e o direito à privacidade: a Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos. *Revista Eletrônica do CEJUR*, Curitiba, v. 1, n. 1, ago./dez.2006. Disponível em <http://revistas.ufpr.br/cejur/article/view/14842/9963>. Acesso em 30.12.2017.
- GATTÁS, Gilka Jorge Figaro; SEGRE, Marco; WÜNSCH



- FILHO, Victor. Genética, biologia molecular e ética: as relações de trabalho e saúde. *Red de Revistas Científicas de América Latina y el Caribe, España y Portugal, Universidad Autónoma del Estado de México, Sistema de Información Científica Redalyc, México*, p. 159-167, 2002. Disponível em <http://www.redalyc.org/html/630/63070114/>. Acesso em 29.12.2017.
- GUNTHER, Luiz Eduardo; PEREIRA, Cláudia Cristina. A discriminação genética no mercado de trabalho. *Administração de Empresas em Revista*, v. 17, n. 18, Curitiba, p. 168-184, 2017. Disponível em <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/admrevista/article/view/2214/1391>. Acesso em 07.03.2021.
- HARARI, Yuval. *Lessons of a year of Covid*. *Financial Times*, 26.fev.2021. Disponível em <https://www.ft.com/content/flb30f2c-84aa-4595-84f2-7816796d6841>. Acesso em 28.02.2021.
- LIMA NETO, Francisco Vieira. *O direito de não sofrer discriminação genética: uma nova expressão dos direitos da personalidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- MARMELSTEIN, George. *Curso de direitos fundamentais*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- MAZUR, Maurício. Direitos da personalidade. In: MIRANDA, Jorge; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz; FRUET, Gustavo Bonato (Organizadores). *A dicotomia entre os direitos da personalidade e os direitos fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2012.
- MIZIARA, Raphael; PIOVESAN, Alexandre Valle. *O acesso ao patrimônio genético do empregado: limites à sua utilização e consequências no âmbito laboral*. Abril de 2015. Disponível em <https://jus.com.br/amp/artigos/38540/1>. Acesso em 28.12.2017.
- NASSIF, Elaine Noronha. Genética e discriminação no trabalho: uma cogitação. *Revista do Tribunal Regional do*

- Trabalho da 3ª Região*, Belo Horizonte, v. 30 (60), p. 109-118, jul.dez.1999. Disponível em http://www.trt3.jus.br/escola/download/re-vista/rev_60/Elaine_Nassif.pdf. Acesso em 26.12.2017.
- NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; SÁ, Maria de Fátima Freire de. *Direitos da personalidade*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2017.
- NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; SILVA, Marcela Vitori-ano e. Organismos geneticamente modificados sob a perspectiva da tutela das gerações futuras. *Veredas do Direito*, v. 11, n. 22, p. 355-380, julho/dezembro.2014. Disponível em <http://heinonline.org/HOL/>. Acesso em 27.12.2017.
- KELLER, Werner. O genoma humano e sua relação com a autonomia privada do empregado. *Revista LTr*, São Paulo, v. 79-10, p. 1.245-1.250, outubro.2015.
- LOUREIRO, João Carlos. *Derecho a la protección de la salud y vulnerabilidad*. *Revista Iberoamericana de Bioética*, n. 5, p. 01-17, 2017. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6170097>. Acesso em 28.02.2021.
- RECKZIEGEL, Janaína; DUARTE, Jhonatan Felipe Laurindo Gomes. Parâmetros normativos: vida e dignidade. *Re- vista de Direitos Fundamentais e Democracia*. Curitiba, v. 22, n. 2. p. 255-271, mai./ago. 2017. ISSN: 1982-0496, p. 269. Disponível em <http://revistaeletronicardfd.uni-brasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/662>. Acesso em 16.03.2018.
- ROCHA, Afonso de Paula Pinheiro; ROCHA, Ludiana Carla Braga Façanha. Discriminação genética no ambiente de trabalho: perspectivas do Direito Comparado. In: MA- TIAS, João Luis Nogueira (Coordenador). *Neoconstitu- cionalismo e Direitos Fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2009.



- RODRIGUEZ, Américo Plá. *Princípios do Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 1978.
- ROMITA, Arion Sayão. *Direitos fundamentais nas relações de trabalho*. 4. ed. revista e aumentada. São Paulo: LTr, 2012.
- SANDEL, Michael J. *Contra a perfeição: ética na era da engenharia genética*. Civilização Brasileira: Rio de Janeiro, 2013.
- SILVA, Homero Batista Mateus da. *Curso de Direito do Trabalho aplicado: saúde e segurança do trabalho*. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, v. 3.
- SOLER, Giselle M. Ruiz. *El Discrimen Genético*. *Revista de Derecho Puertorriqueño*, Porto Rico, v. 39, n. 255, p. 255-299, 2000. Disponível em <http://heinonline.org/HOL/>. Acesso em 27.12.2017.
- SOUZA, Iara Antunes de. *Aconselhamento genético e responsabilidade civil*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2014.
- SOUZA, Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de. *O direito geral de personalidade*. 1ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2011.
- UNDERWOOD, Richard H; CADLE, Ronald G. *Genetics, genetic testing, and the specter of discrimination: a discussion using hypothetical cases*. *Kentucky Law Journal*, v. 85, p. 665-694, 1996. Disponível em <http://heinonline.org/HOL/>. Acesso em 27.12.2017.
- VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Direito de personalidade*. Coimbra: Almedina, 2014.
- VINEY, Genviève. As tendências atuais do Direito da responsabilidade civil. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). *Direito Civil contemporâneo: novos paradigmas à luz da legalidade constitucional*. São Paulo: Atlas, 2008.



O USO DOS CRÉDITOS DE CARBONO NO ÂMBITO DO DIREITO EMPRESARIAL AMBIENTAL COMO INSTRUMENTO PARA A RETOMADA DA ECONOMIA NO BRASIL PÓS- PANDEMIA EM PROVEITO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Celso Antonio Pacheco Fiorillo *

Beatriz Gomes da Silva Violardi**

Resumo: O presente trabalho possui o objetivo central de analisar a tutela jurídica do uso dos denominados créditos de carbono por parte das empresas no Brasil em face de sua eventual aptidão para se adaptar à denominada Economia Verde. Investiga a capacidade dessa atividade econômica atuar como elemento propulsor para a economia no Brasil após a pandemia da COVID-19 buscando identificar se a legislação brasileira vigente é suficiente para a funcionalização do direito como garantidor dos direitos fundamentais, em especial, da dignidade da pessoa humana e a identificação de possíveis soluções para aumentar a garantia jurídica das transações. Utilizou-se a metodologia dedutiva e a revisão bibliográfica como procedimento metodológico. Os estudos concluíram que o uso dos créditos de carbono no âmbito do direito empresarial ambiental pode figurar como instrumento para o restabelecimento da economia na fase que se

* Advogado militante no âmbito do direito empresarial ambiental. Livre-Docente em Direito Ambiental. Doutor e Mestre em Direito das Relações Sociais. Professor da Escola da Magistratura Federal da 1ª Região (AMAZONIA LEGAL). Professor e Pesquisador dos Programas de Doutorado/Mestrado em Direito Empresarial da UNINOVE.

** Advogada. Mestranda em Direito pela Universidade Nove de Julho - UNINOVE na área de concentração Justiça, Empresa e Sustentabilidade.



pretende inaugurar de pós-pandemia, a despeito da legislação e das discussões jurídicas ainda em certa medida insipientes sobre o tema, porém com grande fundamento no arcabouço constitucional inaugurado pela Constituição Federal em 1988 e fundamentado no direito ambiental constitucional.

Palavras-Chave: Economia Verde. Direito Empresarial Ambiental Brasileiro. Créditos de Carbono. COVID-19.

THE USE OF CARBON CREDITS IN THE AREA OF ENVIRONMENTAL BUSINESS LAW AS AN INSTRUMENT FOR THE RETURN OF THE ECONOMY IN POST-PANDEMIC BRAZIL IN ADVANCE OF THE HUMAN PERSON'S DIGNITY.

Abstract: The present work has the central objective of analyzing the legal protection of the use of so-called carbon credits by companies in Brazil in view of their eventual ability to adapt to the so-called Green Economy. It investigates the capacity of this economic activity to act as a propelling element for the economy in Brazil after the COVID-19 pandemic, seeking to identify whether the current Brazilian legislation is sufficient for the functionalization of the law as guarantor of fundamental rights, in particular, of the dignity of the human person. and the identification of possible solutions to increase the legal guarantee of transactions. Deductive methodology and bibliographic review were used as a methodological procedure. The studies concluded that the use of carbon credits within the scope of environmental business law may appear as an instrument for the restoration of the economy in the phase that is intended to be inaugurated in the post-pandemic, despite the legislation and legal discussions that are still somewhat insipient about the theme, however, with great foundation in the constitutional framework inaugurated by

the Federal Constitution in 1988 and based on constitutional environmental law.

Keywords: Green Economy. Brazilian Environmental Business Law. Carbon Credits. COVID-19.

1 INTRODUÇÃO



Constituição Federal de 1988 inovou no ordenamento jurídico brasileiro ao inaugurar, no artigo 225, uma nova espécie de bem: o bem ambiental, de uso comum do povo.

Essencial à sadia qualidade de vida, o direito a um meio ambiente equilibrado é primordial para a garantia da dignidade da pessoa humana, princípio que rege a República Federativa do Brasil, conforme artigo 1º, III, da Constituição Federal.

Não obstante, a Constituição Federal também reservou um Capítulo específico para a Ordem Econômica, no qual o artigo 170 prevê que a atividade econômica será regida pela livre iniciativa, pela valorização do trabalho, respeitando ainda o princípio da defesa do meio ambiente. Portanto, é evidente a preocupação constitucional com a preservação do meio ambiente.

Todavia, não só o Brasil, mas diversos países identificaram a ocorrência de mudanças climáticas, as quais teriam sido agravadas em razão da poluição ambiental. Diante de referida preocupação, os países que integram a Organização das Nações Unidas, se reuniram em diversos eventos, com o objetivo de discutir possíveis soluções para a diminuição do aquecimento global e do efeito estufa, responsáveis pelas mudanças no clima supracitadas. Com essa finalidade, surgiu o Protocolo de Kyoto, que fixou metas para a diminuição dos gases responsáveis pelo efeito estufa, estimulando o desenvolvimento de tecnologias menos nocivas e contribuindo para o desenvolvimento sustentável



do planeta.

Para alcançar referida diminuição, permitiu-se a realização de negociações entre os países, a partir de três mecanismos de flexibilização, são eles: Comércio de Emissões, Mecanismo de Desenvolvimento Limpo e Implementação Conjunta, desde então, diversas empresas passaram a comercializar seus créditos de carbono, porém, no Brasil, há quem afirme tratar-se de transação muito incipiente.

De outra banda, com o reconhecimento, em 11 de março de 2020, da pandemia decorrente do Coronavírus, causador da COVID-19, a economia mundial foi afetada, em especial, a economia brasileira, em razão da sua característica de país subdesenvolvido.

Cumprе salientar, que a pandemia do Coronavírus evidenciou os riscos decorrentes das ações humanas sobre o meio ambiente, bem como, tornou inquestionável a sua qualidade de direito difuso.

Destarte, surge o questionamento acerca da possibilidade da Economia Verde, representada pela comercialização dos Créditos de Carbono, atuar como instrumento para a retomada da economia no Brasil pós-pandemia. E ainda, qual seria o arcabouço jurídico existente apto a conferir segurança jurídica às empresas em referidas transações, analisando a funcionalização do direito.

À vista disso, como hipótese básica, acredita-se que é imperiosa uma mudança de postura de toda a sociedade, a fim de retomar a economia e garantir a consecução da justiça social, efetivadora da dignidade da pessoa humana, eis que sem um meio ambiente ecologicamente equilibrado, não há que se falar em sadia qualidade de vida, tampouco, em respeito aos direitos humanos. Como hipótese secundária, tem-se que as incertezas relativas à regulação e à funcionalização do direito em face dos Créditos de Carbono podem inviabilizar a expansão da sua comercialização.



Assim, como objetivo geral, busca-se analisar se a comercialização de Créditos de Carbono pelas empresas é apta a integrar a denominada Economia Verde e investigar a capacidade dessa comercialização atuar como elemento propulsor para a economia no Brasil após a pandemia da COVID-19. Buscando identificar se a legislação brasileira vigente é suficiente para a funcionalização do direito como garantidor dos direitos fundamentais, em especial, da dignidade da pessoa humana e a identificação de possíveis soluções para aumentar a garantia jurídica e conferir efetividade às transações efetuadas.

Para tanto, como procedimento metodológico, utilizou-se a revisão bibliográfica, a partir do exame de livros, artigos e periódicos, visando avaliar os posicionamentos sobre a temática proposta, ao passo que o método dedutivo foi utilizado para análise das informações coletadas e busca da conclusão à problemática da pesquisa.

Desta forma, o presente estudo inicia-se pela análise da natureza jurídica do bem ambiental, instituído pela Constituição Federal de 1988 e do direito a um meio ambiente equilibrado, em consonância com o princípio da dignidade da pessoa humana. Examinando a superação da dicotomia entre a liberdade econômica e o princípio da defesa do meio ambiente e a extensão de sua aplicação ao conceito do desenvolvimento sustentável e da denominada Economia Verde. Investiga-se ainda, a crise instaurada pela pandemia do Coronavírus, findando pelo estudo da viabilidade da comercialização dos Créditos de Carbono atuar como elemento propulsor da economia brasileira e a respectiva funcionalização do direito.

2 O BEM AMBIENTAL E SUA NATUREZA JURÍDICA

A Constituição Federal de 1988 foi pioneira no tratamento conferido ao meio ambiente no Brasil. Isso porque, embora as Constituições anteriores tivessem algumas previsões



acerca da necessidade de proteção ambiental, a Carta Magna estabeleceu, expressamente, por meio do artigo 225¹ (BRASIL, 1988) que todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo, essencial à sadia qualidade de vida, cabendo a todos o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

Extraem-se, portanto, algumas premissas básicas do diploma supracitado.

Com efeito. Observa-se que a Constituição Federal descreve a natureza jurídica do meio ambiente, qual seja, bem de uso comum do povo, razão pela qual, o meio ambiente não se adequa, assim, à categoria de bem público, tampouco à categoria de bem privado, ambos disciplinados pela legislação infraconstitucional, prevista na Lei nº. 10.406, de 10 de janeiro de 2002, denominada de Código Civil, conforme verificou o professor Dr. Celso Antonio Pacheco Fiorillo (2020, p. 64-65).

Trata-se, portanto, de uma terceira espécie de bem, de caráter metaindividual, aquele que paira acima dos direitos individuais. Desta forma, não se pode confundir bem público, com o bem ambiental, uma vez que o bem ambiental pertence à coletividade presente e futura, razão pela qual o Estado figura tão somente como gestor dos bens ambientais, que são de uso comum do povo, não podendo deles se apropriar, logo, pertencentes a todos.

Contudo, se faz necessária a identificação de quem seria contemplado pelo conceito “todos”, necessidade que foi observada pelo professor Dr. Celso Antonio Pacheco Fiorillo (2020, p. 62):

A primeira tarefa concentra-se no preenchimento do conteúdo do termo *todos*. Uma ideia inicial é de que a concepção *todos*, que traz a característica do bem difuso, estaria exteriorizada

¹ Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao poder público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

com base no que estabelece o art. 5º da Constituição Federal. Assim, *brasileiros e estrangeiros residentes* no País poderiam absorver a titularidade desse direito material. Tal concepção reafirma ainda o princípio da soberania, preceito fundamental da República Federativa do Brasil. Daí entendermos que a Constituição, ao fixar fundamentos visando a constituir um Estado Democrático de Direito, pretendeu destinar às pessoas humanas abarcadas por sua *soberania* o exercício pleno e absoluto do direito ambiental brasileiro.

Desta forma, não seria toda e qualquer pessoa humana, eis que a própria Constituição Federal, ao conceituar meio ambiente, o atribui ao uso comum do povo, e não de toda e qualquer pessoa humana.

Delineado, por conseguinte, o bem ambiental, verifica-se que está umbilicalmente ligado à dignidade da pessoa, conforme se verá adiante.

3 O DIREITO A UM MEIO AMBIENTE EQUILIBRADO E A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A Constituição Federal de 1988 adotou uma visão antropocêntrica, ou seja, de que o ser humano está no centro de todas as suas disposições.

Isso porque, prevê em seu artigo 1º, inciso III² (BRASIL, 1988), como princípio fundamental da República Federativa do Brasil, o respeito à dignidade da pessoa humana. Desta forma, todas as demais disposições da Constituição, bem como as demais legislações infraconstitucionais devem ter como finalidade precípua a dignidade da pessoa humana.

Entretanto, cumpre ressaltar que a Carta Constitucional não foi o primeiro dispositivo legal a prever a necessidade de

² Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

[...] III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

[...]



observância quanto aos direitos e ao bem-estar da pessoa humana, haja vista que o art. 2º, *caput*, da Lei 6.938/1981³ (BRASIL, 1981), denominada Política Nacional do Meio Ambiente, já estabeleceu expressamente:

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 sócio-econômico, aos interesses da segurança nacional e à proteção da dignidade da vida humana, atendidos os seguintes princípios: [...]

Verifica-se, portanto, que desde 1981, antes do advento da Constituição de 1988, já havia previsão infraconstitucional, acerca da necessidade de preservação do meio ambiente para a consecução da proteção à dignidade da vida humana.

Assim, quando o artigo 225 da Carta Magna inova na preservação do meio ambiente, o faz com a finalidade específica de, por meio de um meio ambiente ecologicamente equilibrado, garantir a sadia qualidade de vida, que é condição *sine qua non* para o respeito à dignidade da pessoa humana. Razão pela qual deve-se preservar o meio ambiente por conta da sua utilidade para a continuidade da vida humana.

Nessa esteira, insta salientar, que as mudanças climáticas verificadas no meio ambiente, que inauguraram as discussões em âmbito internacional acerca da diminuição da emissão dos gases efeito estufa e culminaram no Protocolo de Quioto são integralmente relacionadas com a sadia qualidade de vida e com a dignidade da pessoa humana. Isso porque, o Relatório especial do IPCC (BRASIL, 2018, p. 12) concluiu que as mudanças climáticas, caso continuem avançando causarão grande impacto, especialmente em países subdesenvolvidos, como é o caso do Brasil. O IPCC constatou ainda, que as alterações no clima estão diretamente relacionadas com a saúde da população e com a propagação de doenças, tais como a malária e a dengue, o que consequentemente conduz à analogia quanto à situação pandêmica



enfrentada mundialmente, porém de forma severa no Brasil em face da quantidade de contaminações pelo Coronavírus, causador da COVID-19⁴. Ou seja, é de suma importância a preocupação de todos com o meio ambiente, mas primordialmente dos países em desenvolvimento, os quais são frontalmente influenciados por tais alterações, minando a qualidade de vida da sua população e abalando a dignidade da vida humana.

Note-se que os temas estão absolutamente relacionados e a Constituição Federal deixou bem nítido o seu conhecimento quanto às mazelas do país, em especial quando estabelece no art. 3º, III, como objetivo fundamental: “erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais”.

Ciente, portanto, da condição de país subdesenvolvido, a Carta Magna determinou ainda, o que constitui o mínimo necessário para o alcance dessa sadia qualidade de vida ao disciplinar no art. 6º, que: “São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição” (BRASIL, 1988).

Nessa esteira, com fulcro na ideia de que a Constituição Federal de 1988 tem como finalidade precípua a pessoa, devido ao seu antropocentrismo, preocupando em assegurar-lhe uma sadia qualidade de vida para a consecução do princípio da dignidade da pessoa humana e que a Constituição autoriza formalmente a utilização dos bens ambientais, para viabilizar o alcance de referida dignidade, não há que se falar em intangibilidade do meio ambiente, eis que o constituinte, ao definir a natureza jurídica do meio ambiente, criou uma terceira espécie de bem, denominada de bem de uso comum do povo, ora, consoante a regra básica de hermenêutica ventilada por Carlos Maximiliano (1965, p. 262): o legislador não utiliza palavras inúteis, ou seja, sem

⁴ Segundo dados oficiais do Ministério da Saúde, até 19.12.2020, o número de casos acumulados era de 7.213.155.



necessidade, tampouco o fariam os constituintes, razão pela qual, é notória a possibilidade de utilização do bem ambiental para a garantia da manutenção da sadia qualidade de vida humana, como destaca Celso Antonio Pacheco Fiorillo (2020, p. 67-68).

Entretanto, referida utilização do bem ambiental possui elementos limitadores, quais sejam, a necessária observância da preservação e da defesa destes a fim de que estejam também disponíveis para o uso da presente e das futuras gerações. Situação que gera uma certa dicotomia, em especial entre a exploração do bem ambiental como motriz da atividade empresarial, conforme se verá a seguir.

4 A SUPERAÇÃO DA DICOTOMIA ENTRE LIBERDADE ECONÔMICA E DEFESA DO MEIO AMBIENTE

Não obstante, a Constituição Federal prevê, expressamente, no artigo 170 (BRASIL, 1988), como um dos princípios da ordem econômica, a livre iniciativa, todavia, não se trata de uma liberdade irrestrita, pelo contrário, referida liberdade é claramente delimitada pela previsão da segunda parte do artigo 170, ou seja, pelo vetor da valorização do trabalho humano, para o alcance da justiça social, conforme entendimento de Fábio Konder Comparato (1991, p. 19).

O diploma supracitado estabelece ainda, no inciso VI que um dos fundamentos da atividade econômica é a defesa do meio ambiente, razão pela qual, toda atividade econômica desenvolvida no Brasil, deve, então, pautar suas atividades na observância do comando constitucional para a defesa do meio ambiente.

Portanto, com o advento da Constituição Federal de 1988, não há que se falar em desenvolvimento econômico dissonante da ideia de preservação do meio ambiente, consoante já decidiu o Supremo Tribunal Federal, na ACO nº. 876–MC:

O meio ambiente não é incompatível com projetos de desenvolvimento econômico e social que cuidem de preservá-lo



como patrimônio da humanidade. Com isso, pode-se afirmar que o meio ambiente pode ser palco para a promoção do homem todo e de todos os homens. (2007)

Assim, segundo Celso Antonio Pacheco Fiorillo (2020, p. 85), é inconcebível que uma empresa desempenhe suas atividades econômicas, lícitamente, no Brasil, alheia às questões ambientais.

Essa compreensão encontrou ressonância no Supremo Tribunal Federal, na ADI nº. 3540-MC:

A atividade econômica não pode ser exercida em desarmonia com os princípios destinados a tornar efetiva a proteção ao meio ambiente. A incolumidade do meio ambiente não pode ser comprometida por interesses empresariais nem ficar dependente de motivações de índole meramente econômica, ainda mais se se tiver presente que a atividade econômica, considerada a disciplina constitucional que a rege, está subordinada, dentre outros princípios gerais, àquele que privilegia a ‘defesa do meio ambiente’ (CF, art. 170, VI), que traduz conceito amplo e abrangente das noções de meio ambiente natural, de meio ambiente cultural, de meio ambiente artificial (espaço urbano) e de meio ambiente laboral. Doutrina. Os instrumentos jurídicos de caráter legal e de natureza constitucional objetivam viabilizar a tutela efetiva do meio ambiente, para que não se alterem as propriedades e os atributos que lhe são inerentes, o que provocaria inaceitável comprometimento da saúde, segurança, cultura, trabalho e bem-estar da população, além de causar danos ecológicos ao patrimônio ambiental, considerado este em seu aspecto físico ou natural”. (BRASIL, 2005)

Desta forma, uma vez entendida a impossibilidade de desempenho, lícito, de qualquer atividade econômica no Brasil em desacordo com o princípio da defesa do meio ambiente, pode-se dizer superada a dicotomia entre liberdade econômica e defesa do meio ambiente, se é que um dia ela tenha existido, realmente.

4.1 O DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL, A DENOMINADA ECONOMIA VERDE E O DIREITO EMPRESARIAL AMBIENTAL BRASILEIRO.



Com efeito, conforme já exposto anteriormente, a Constituição Federal não proíbe o uso do bem ambiental, porém, a partir das décadas de 1960 e 1970, e com a verificação de que os recursos ambientais são finitos, passou-se a reconhecer que as atividades humanas, incluindo atividades corporativas, exerciam grande impacto sobre o meio ambiente natural.

Sendo que o princípio do desenvolvimento sustentável surgiu, inicialmente, na Conferência Mundial de Meio Ambiente, realizada em 1972, em Estocolmo e repetida nas demais conferências sobre o meio ambiente.

Entretanto, no Relatório Brundtland da Comissão Mundial sobre o Meio Ambiente de 1987, conceituou-se a expressão “desenvolvimento sustentável” ao afirmar que em essência:

É um processo de transformação no qual a exploração de recursos, a direção dos investimentos, a orientação dos investimentos, a orientação do desenvolvimento tecnológico e a mudança institucional se harmonizam e reforçam o potencial presente e futuro a fim de atender às necessidades e aspirações humanas. (2011, p. 13-20)

Insta salientar, que o Relatório Brundtland reconheceu, conforme afirmam Celso Antonio Pacheco Fiorillo e Renata Marques Ferreira (2020, p. 58-66), que para buscar soluções para o desenvolvimento sustentável seria imprescindível tomar consciência do fato de que os problemas sociais e ambientais são interconectados e reconhecer que as perturbações ambientais não são restritas a propriedades particulares ou limites geográficos, que catástrofes experimentadas em uma determinada região do mundo, conseqüentemente, afetam o bem-estar de pessoas em todas as localidades e que apenas sobre abordagens sustentáveis do desenvolvimento se poderá proteger o frágil ecossistema do planeta e promover o desenvolvimento da humanidade. Ou seja, a proteção ao meio ambiente é primordial para o alcance de uma sadia qualidade de vida e o respeito da dignidade da pessoa humana.

O Relatório propõe ainda para as economias ricas e



desenvolvidas, um capitalismo que assegure um crescimento econômico centrado na qualidade de seus produtos, o que será possível mediante a introdução de novas tecnologias que serão protetoras do meio ambiente. Para as economias subdesenvolvidas o Relatório prevê: crescimento econômico intenso e rápido que permita o aumento do rendimento médio das famílias, fenômeno que freará o incremento demográfico e eliminará a pobreza e as injustiças que são depredadoras do meio ambiente e que afetam principalmente às populações pobres.

Consta ainda do Relatório, a proposta de coordenação das políticas públicas e dessas com os atores privados, mediante a cooperação internacional e bom gerenciamento do governo mundial, o que evitaria o aumento da impressão ecológica.

Igualmente, a Constituição Federal de 1988, no artigo 225, estabelece o princípio do desenvolvimento sustentável eis que prevê a necessidade de defender e preservar o meio ambiente para as presentes e futuras gerações.

Sobre o princípio do desenvolvimento sustentável o Supremo Tribunal Federal já se manifestou quando do julgamento da ADI nº. 3540:

O princípio do desenvolvimento sustentável, além de impregnado de caráter eminentemente constitucional, encontra suporte legitimador em compromissos internacionais assumidos pelo Estado brasileiro e representa fator de obtenção do justo equilíbrio entre as exigências da economia e da ecologia, subordinada, no entanto, a invocação desse postulado, quando ocorrente situação de conflito entre valores constitucionais relevantes, a uma condição inafastável, cuja observância não comprometa nem esvazie o conteúdo essencial de um dos mais significativos direitos fundamentais: o direito à preservação do meio ambiente, que traduz bem de uso comum, de generalidade das pessoas, a ser resguardado em favor das presentes e futuras gerações. (BRASIL, 2005)

Nesse sentido, em 2012 realizou-se no Rio de Janeiro, Brasil, a Conferência das Nações Unidas sobre o Desenvolvimento Sustentável, denominada Rio + 20, com o objetivo da renovação do compromisso político com o desenvolvimento



sustentável por meio da avaliação do progresso e das lacunas na implementação das decisões adotadas pelas principais cúpulas sobre o assunto e do tratamento de temas novos e emergentes. Como resultado da referida conferência, publicou-se um documento final intitulado O Futuro que Queremos, no qual consta no Princípio 4: “Para alcançar o desenvolvimento sustentável, a proteção ambiental deve constituir parte integrante do processo de desenvolvimento, e não pode ser considerada isoladamente deste” (BRASIL, 1992).

Note-se que um dos temas principais abordados na Conferência foi a Economia Verde no contexto do desenvolvimento sustentável e da erradicação da pobreza. Assim, partindo da premissa de que Economia Verde é uma economia na qual a finitude dos recursos naturais, os serviços ecossistêmicos e os limites planetários dados pela ciência são levados em consideração e constituem marcos claros dentro dos quais as atividades de produção, distribuição e consumo poderão ter lugar e que em uma Economia Verde os serviços dos ecossistemas são considerados nos processos de tomada de decisões, as externalidades ambientais são internalizadas e questões como mudança do clima, escassez dos recursos naturais, eficiência energética e justiça social são elementos centrais e orientadores do comportamento dos agentes, conforme conceituam Jorge Hargrave e Sandra Paulsen (2012), seria imprescindível o desempenho da atividade econômica com fulcro na Economia Verde, conforme referida, para que se possa almejar alcançar o desenvolvimento sustentável.

Cumpra esclarecer, que desenvolvimento sustentável, conforme afirmam os autores supracitados, é um conceito mais amplo e abstrato, que aponta princípios a serem seguidos, quase um protocolo de boas intenções.

Assim, a Economia Verde seria uma forma mais concreta de modificar as economias dos países para avançar rumo ao desenvolvimento sustentável, uma maneira de implementar os princípios da sustentabilidade no desenvolvimento econômico.





Desse modo, repisa-se, é permitida a utilização dos bens ambientais para a exploração da atividade econômica, a qual visa lucro, porém, é essencial que se tenha consciência do fato de que os recursos ambientais são findáveis, ou seja, podem se esgotar, devendo, portanto, a atividade econômica se atentar a essa peculiar característica dos bens ambientais e desenvolver sua atividade de modo a manter a sua disponibilidade para as presentes e as futuras gerações. E essa consciência, transformada em atitudes práticas, constitui a denominada Economia Verde, sem a qual, ao que parece, não há outra forma de se efetivar o desenvolvimento sustentável, o qual é de suma importância para o futuro da humanidade, conforme tem demonstrado a pandemia de Coronavírus, causador da COVID-19 e será estudado a seguir.

5 A CRISE INSTAURADA PELA PANDEMIA DA COVID-19 E SEUS POSSÍVEIS REFLEXOS PARA O DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

A partir do reconhecimento pela Organização Mundial de Saúde, em 11 de março de 2020, acerca da instauração da pandemia decorrente do Coronavírus (2020), causador da COVID-19, se iniciou um período de recessão, o qual convencionou-se chamar de “crise”, que conforme expõe Fábio Konder Comparato (2013, p. 353), tem como origem semântica o vocábulo: “*Krisis*, no grego clássico, é o substantivo ligado ao verbo *krinô*, cujas três acepções principais são: 1) separar, escolher, comparar; 2) julgar, decidir, condenar; 3) estimar, crer”.

A rápida propagação da COVID-19, comprovou que com as alterações no modo de vida humano, globalizado, em que é possível viajar de um lado a outro do país em poucas horas, as atitudes humanas devem ser ainda mais responsáveis e pautadas em uma conduta ética. Isso porque, se comprovou, de maneira empírica, que o meio ambiente possui natureza difusa, ou seja,



engloba toda a coletividade e não impacta apenas a um ser humano de modo individual.

O abalo econômico a que as empresas foram submetidas tendo que fechar a porta de seus estabelecimentos, em face da necessidade de distanciamento social, acendeu um alerta do quanto é importante também para a manutenção das atividades econômicas a preservação do meio ambiente para as presentes e futuras gerações, ou seja, demonstrou-se na prática a necessidade de preocupação e empenho global para o alcance do desenvolvimento sustentável.

Diante do exposto e com a esperança de se inaugurar uma possível fase pós-pandemia, verifica-se a necessidade de repensar o desenvolvimento das atividades econômicas e as chances de fomento de atividades enquadradas na denominada Economia Verde, com a finalidade de impulsionar a economia, porém, com o nítido objetivo, de mais cientes do risco das atitudes humanas, perquirir a consecução da dignidade da pessoa humana, por meio de uma sadia qualidade de vida e da garantia do piso vital mínimo.

6. O CHAMADO CRÉDITO DE CARBONO COMO “DIREITO DE EMITIR DIÓXIDO DE CARBONO” EM FACE DO DIREITO EMPRESARIAL AMBIENTAL BRASILEIRO.

Como destaca Celso Fiorillo (FIORILLO, 2021) “o chamado crédito de carbono seria em princípio um termo genérico para qualquer “certificado” ou “permissão negociável” que representaria o “direito” de emitir dióxido de carbono ou a quantidade equivalente de um gás que possa provocar efeito estufa diferente. Em outras palavras os denominados créditos de carbono seriam uma “concessão” que certas empresas/atividades econômicas teriam, permitindo-lhes “queimar” “uma certa quantidade de combustíveis fósseis” Observa referido autor que “alguns entendem que seria um termo genérico para atribuir um



valor a uma redução ou compensação de emissão de gases de efeito estufa podendo então o denominado crédito de carbono ser usado por uma empresa ou mesmo por indivíduo para reduzir sua "pegada de carbono"(medida que calcula a emissão de carbono equivalente emitida na atmosfera por uma pessoa, atividade, evento, empresa, organização ou governo), investindo em uma atividade que reduziu ou sequestrou gases de efeito estufa em outro local..."Lembrando todavia Fiorillo que "o CO₂(dióxido de carbono/gás carbônico), como composto químico constituído por dois átomos de oxigênio e um átomo de carbono é um GÁS tendo em face da legislação brasileira ambiental em vigor natureza jurídica de BEM AMBIENTAL vez que é um dos componentes da atmosfera(recurso ambiental tutelado pelo direito ambiental constitucional e legislação infraconstitucional pertinente)" enquadra o tema e forma absolutamente satisfatório no âmbito do direito empresarial ambiental.

6.1. A COMERCIALIZAÇÃO DOS CRÉDITOS DE CARBONO E A FUNCIONALIZAÇÃO DO DIREITO

Nesse sentido, a discussão acerca da necessidade de as empresas concentrarem esforços para que o desempenho de suas atividades se adeque à Economia Verde ganha força mundialmente. E reacende no Brasil, principalmente no âmbito do direito empresarial ambiental, a discussão acerca da comercialização dos Créditos de Carbono e a possibilidade de expansão das suas transações.

Com efeito.

Os Mecanismos de Flexibilização consistem em arranjos técnicos operacionais para interação de países ou empresas, que oferecem facilidades para que outros países signatários do Protocolo de Kyoto possam atingir as metas de redução de emissões convencionadas.

Note-se que o Mecanismo de Desenvolvimento Limpo



(MDL) surgiu de uma proposta brasileira e é o único mecanismo de flexibilização, dentre os três existentes (Comércio de Emissões, Mecanismo de Desenvolvimento Limpo e Implementação Conjunta), que permite a participação em projetos de redução de emissões alocados nos países em desenvolvimento, onde não há a obrigação de reduzir emissões e o custo de implementação desses projetos é menor.

Assim, por meio do MDL, as atividades que representem uma redução comprovada e mensurada de emissão de Gases Efeito Estufa (GEE), praticadas nos países não listados no anexo I, podem ser negociadas no mercado mundial com os países desenvolvidos, para o cumprimento de suas metas definidas no art. 3º e anexo B, do Protocolo de Kyoto, beneficiando não só os países do anexo I, como também os países em desenvolvimento, que tendem a receber, por meio das atividades de MDL, transferências financeiras e tecnológicas, promovendo, ao mesmo tempo, o desenvolvimento sustentável em seus territórios.

O artigo 12 do Protocolo de Kyoto que institui o Mecanismo de Desenvolvimento Limpo, prevê:

[...] 2. O objetivo do mecanismo de desenvolvimento limpo deve ser assistir às Partes não incluídas no Anexo I para que atinjam o desenvolvimento sustentável e contribuam para o objetivo final da Convenção, e assistir às Partes incluídas no Anexo I para que cumpram seus compromissos quantificados de limitação e redução de emissões, assumidos no Artigo 3.

3. Sob o mecanismo de desenvolvimento limpo:

(a) As Partes não incluídas no Anexo I beneficiar-se-ão de atividades de projetos que resultem em reduções certificadas de emissões; e

(b) As Partes incluídas no Anexo I podem utilizar as reduções certificadas de emissões, resultantes de tais atividades de projetos, para contribuir com o cumprimento de parte de seus compromissos quantificados de limitação e redução de emissões, assumidos no Artigo 3, como determinado pela Conferência das Partes na qualidade de reunião das Partes deste Protocolo.

[...] 8. A Conferência das Partes na qualidade de reunião das Partes deste Protocolo deve assegurar que uma fração dos fundos advindos de atividades de projetos certificadas seja



utilizada para cobrir despesas administrativas, assim como assistir às Partes países em desenvolvimento que sejam particularmente vulneráveis aos efeitos adversos da mudança do clima para fazer face aos custos de adaptação.

9. A participação no mecanismo de desenvolvimento limpo, incluindo nas atividades mencionadas no parágrafo 3(a) acima e na aquisição de reduções certificadas de emissão, pode envolver entidades privadas e/ou públicas e deve sujeitar-se a qualquer orientação que possa ser dada pelo conselho executivo do mecanismo de desenvolvimento limpo. [...] (BRASIL, 2005)

Conforme explica Rafael Pereira de Souza (2007, p. 16), sobre o funcionamento do MDL primeiro identifica-se uma atividade que produza GEE em um país em desenvolvimento. Posteriormente, instala-se uma equipe para capturar gás e torná-lo menos impactante para o meio ambiente, mensurando-se a quantidade de gás documentada pelo interessado e submetendo-a a verificação por auditorias internacionais credenciadas, bem como, pelo órgão do governo brasileiro, e homologada pela ONU. Por fim, o interessado que promoveu a redução do impacto ambiental, recebe um certificado emitido pela ONU, denominado de Redução Certificada de Emissão (RCE).

Nessa senda, Bruno Kerlakian Sabbag (2008, p. 27) afirma ser possível que uma empresa brasileira abra uma subsidiária em uma parte do anexo I, participando, assim, do mercado secundário de carbono. De outra sorte, poderia essa mesma empresa possuir uma conta no Registro Nacional, caso autorizado pela parte, como já o fez expressamente o governo holandês, para participar do mercado internacional de carbono.

Quanto à natureza jurídica do Mecanismo de Desenvolvimento Limpo Flávia Witkowski Frangetto e Flávio Rufino Gazoni (2002, p. 134) expõem:

O Mecanismo de Desenvolvimento Limpo possui natureza mista, haja vista a conjugação de aspectos sociais, ao buscar o desenvolvimento sustentável, aspectos ecológicos ao mitigar as mudanças climáticas reduzindo as emissões de gases de efeito estufa, aspecto econômico e financeiros ao envolver



De acordo com Lillian Theodoro Fernandes (2007, p. 81), as reduções podem ser adquiridas por investidores no mercado de carbono, objetivando utilizá-las como forma de cumprimento parcial das metas de redução de emissão dos GEE, bem como, negociadas com a finalidade de comercialização e revenda, ou, ainda, podem ser adquiridas por Organizações Não-



Governamentais, sem objetivo de revenda, visando retirá-las do mercado para a proteção ambiental, pois, neste caso, aumenta-se a necessidade de projetos e atividades sustentáveis.

Cumpre ressaltar, que o comércio de Reduções Certificadas de Emissão pode ocorrer após a emissão, antes de sua distribuição pelo Conselho Executivo, caracterizando o mercado à vista primário de carbono, bem como, após a sua distribuição, caracterizando o mercado à vista secundário de carbono.

Todavia, existe uma crítica à potencialidade de expansão da comercialização dos créditos de carbono por se tratar de um projeto com tempo de realização lento, conforme constatou José Affonso dos Reis Júnior (2012, p. 57), razão pela qual algumas empresas teriam optado por investir em outros projetos com retorno de curto prazo.

Ademais, o autor supracitado também expõe uma preocupação em relação à política pública e à política empresarial, às quais a comercialização estaria submetida e possuem a possibilidade de afetar sobremaneira o custo-benefício de tais transações, eis que os governos possuem o poder de criar regulação para o mercado (REIS JÚNIOR, 2012, p. 53).

Os aspectos negativos supracitados demonstram que ainda se trata de um mercado de transações deveras insipiente, que demanda uma atenção maior do legislador a fim de conferir maior efetividade e segurança, ou seja, demonstrando a necessidade de funcionalização do direito.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com o advento da pandemia decorrente do Coronavírus o meio ambiente ganhou maior notoriedade no cenário mundial. O Brasil, que já se destacava por sua riqueza de recursos ambientais bem como por seu notável desenvolvimento doutrinário e jurisprudencial no que se refere ao balizamento normativo da matéria ganhou ainda mais relevo internacional em torno da sua



para que se garanta uma sadia qualidade de vida para as presentes e futuras gerações. Sendo, pois o uso dos créditos de carbono instrumento compatível com o direito empresarial ambiental destinado inclusive a auxiliar a retomada sustentável da economia no Brasil Pós Pandemia em proveito da dignidade da pessoa humana.



REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Presidência da República. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 10/09/2020. 2020.
- _____. *Declaração do Rio de Janeiro*. Estud. av., São Paulo, v. 6, n. 15, p. 153-159, ago. 1992. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40141992000200013&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em 10/10/2020.
- _____. *Decreto nº 5.445, de 12 de maio de 2005*. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 2005. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Ato2004-2006/2005/Decreto/D5445.htm>. Acesso em 08/09/2020.
- _____. [Ministério da Saúde]. *O que é o COVID*. BRASIL, DF: Governo Federal. 2020. Disponível em: <https://coronavirus.saude.gov.br/sobre-a-doenca#o-que-e-covid>. Acesso em 27/09/2020.
- _____. [Política Nacional do Meio Ambiente]. *Lei nº. 6.938 de 31 de agosto de 1981*. Brasília, DF: Presidência da República. 1981. Disponível em:



http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6938.htm. Acesso em: 22/09/2020.

_____. STF. *ADI nº 3540-MC*, Rel. Min. Celso de Mello, j. 1.9.2005, Plenário, DJE 3/12/2006.

_____. STF. *ACO nº 876-MC – AgR*, Rel. Min. Menezes Direito, j. 19.12.2007, Plenário, DJE 1/08/2008.

_____. *Sumário para Formuladores de Políticas Públicas*. 2018. p. 12. Disponível em: <https://www.ipcc.ch/site/assets/uploads/2019/07/SPM-Portuguese-version.pdf>. Acesso em 10/09/2020.

CALÇAS, Manoel Pereira; DEZEM, Renata Mota Maciel. *A Função Social da Empresa e a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro*.

COMPARATO, Fábio Konder. Regime Constitucional do Controle de Preços. *Revista De Direito Público*. nº. 97, Rio de Janeiro: 1991.

_____, Fábio Konder. *Rumo à Justiça*. 2. ed. Saraiva, São Paulo: 2013.

FERNANDES, Lilian Theodoro. O Mecanismo de Desenvolvimento Limpo. In Coleção LEXNET: *Aquecimento Global e Créditos de Carbono - Aspectos Jurídicos e Técnicos*. São Paulo: LEXNET, 2007.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Curso de Direito Ambiental Brasileiro*. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2021.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco; FERREIRA, Renata Marques. *Liberdade Econômica (Lei 13.874/19) em Face do Direito Ambiental Constitucional Brasileiro: o enquadramento jurídico das atividades econômicas vinculadas ao desenvolvimento sustentável*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco; FERREIRA, Renata Marques. *Direito Empresarial Ambiental Brasileiro e sua delimitação constitucional*. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2020.



- FRANGETTO, Flávia Witkowski; GAZANI, Flávio Rufino. *Viabilização Jurídica do Mecanismo de Desenvolvimento Limpo (MDL) no Brasil*. Brasília: Peirópolis, 2002.
- HARGRAVE, Jorge; PAULSEN, Sandra. Economia Verde e desenvolvimento sustentável. *Revista Desafios do Desenvolvimento* – SBS: Brasília/DF. Ano 9. Ed. 72. Disponível em http://desafios.ipea.gov.br/index.php?option=com_content&view=article&id=2747:catid=28&Itemid=23. Acesso em 10/09/2020.
- IPIRANGA, Ana Silva Rocha; GODOY, Arilda Schmidt; BRUNSTEIN, Janette. Introdução. RAM, *Rev. Adm. Mackenzie (Online)*, São Paulo, v. 12, n. 3, p. 13-20, Jun. 2011. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1678-69712011000300002&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 10/09/2020. <https://doi.org/10.1590/S1678-69712011000300002>.
- MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 8a. ed., Freitas Bastos, 1965.
- REIS JÚNIOR, José Affonso dos. *Análise da potencialidade do mercado de projetos de crédito de carbono no Brasil*. 2012. Dissertação (Mestrado em Controladoria e Contabilidade) - Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade de Ribeirão Preto, University of São Paulo, Ribeirão Preto, 2012. doi:10.11606/D.96.2012.tde-14012013-170130. Acesso em: 11/09/2020.
- SABBAG, Bruno Kerlakian. *O Protocolo de Quioto e seus Créditos de Carbono* – Manual Jurídico Brasileiro de Mecanismo de Desenvolvimento Limpo. São Paulo: LTr, 2008.
- SOUZA, Rafael Pereira de. Introdução. In Coleção LEXNET: *Aquecimento Global e Créditos de Carbono - Aspectos Jurídicos e Técnicos*. São Paulo: LEXNET, 2007.

CASO ESCHER *VERSUS* BRASIL, UMA ANÁLISE SOB A ÓTICA CONSTITUCIONAL E CONVENCIONAL DOS DIREITOS HUMANOS

Christian Del Anhol Pereira Bueno¹

Eduardo Lemes de Oliveira²

João Carlos Antunes Ferreira³

Tiago Arantes Franco⁴

1. INTRODUÇÃO



A presente análise parte do caso *Escher vs Brasil*, em que o Estado brasileiro foi réu e condenado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos por infringir diversos direitos previstos na Convenção Americana.

A problemática aqui desenhada, parte da necessidade de um duplo grau de defesa aos direitos humanos, quando o Estado, aquele que tem por atribuição protegê-los, age de modo contrário, portanto infringindo tais premissas, acentuando um problema ainda recorrente atualmente, que se dá pela inobservância de direitos fundamentais às pessoas humanas.

Para tanto, se apresenta a Convencionalidade como uma ferramenta dessa proteção aos direitos humanos, mesmo que, se

¹ Bacharel em Direito pela Faculdade de Telêmaco Borba – FATEB, 2018.

² Bacharel em Direito pela Faculdade de Telêmaco Borba – FATEB, 2018.

³ Bacharel em Direito pela Faculdade de Telêmaco Borba – FATEB, 2018.

⁴ Mestrando em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná - UENP (Campus de Jacarezinho-PR). Graduado em Direito (2018) pela Faculdade de Telêmaco Borba - FATEB.



trate de algo que faça parte das atribuições de operadores e órgãos ligados tanto à Justiça quanto ao Executivo, faz-se mister, o debate acerca de tal instituto como uma defesa frente a ainda existente discricionariedade e descaso aos tratados assinados, que têm com a finalidade garantir e efetivar direitos básicos.

Através do método dedutivo, buscar-se-á apresentar a Convencionalidade como uma forma de proteção aos direitos convencionados pela observação das normas adquiridas frente aos tratados internacionais, como na ausência dessa observação no julgamento do caso em questão, com a proposta de efetivação de tal controle como uma dupla garantia dos direitos humanos. Consubstanciado pela pesquisa qualitativa de revisão bibliográfica em livros, artigos científicos, decisões jurisprudenciais e sítios de internet.

Com uma análise dos pontos principais da decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos, se busca um entendimento pelo viés protecionista do procedimento convencional de normas, uma maneira de apresentar a Corte como garantidora dos direitos por ela assegurados e sua legitimidade frente a justiça nacional, quando esta não observa as garantias fundamentais de direitos humanos e como operadores dos órgãos nacionais tem sua legitimidade para per si, iniciarem um controle dessas normas a fim de evitar futuras condenações pela Corte.

2. SÍNTESE DA DEMANDA

A atuação do Direito internacional se mostra cada vez mais relevante no desenvolvimento de uma cultura global do Direito, se iniciando com o Direito Humanitário, o qual tratou dos casos de guerra, a Liga das Nações, que buscou a paz e a cooperação Internacional, desenhando uma ideologia mundial, tendo como marco histórico a Carta de São Francisco de 1945, que teve como princípio basilar a promoção dos direitos humanos (PINTO, 2015).



Ao que se refere ao Sistema Regional Interamericano, teve origem em 1948, pela Carta de Bogotá. A efetividade se mostra com o Pacto de São José de Costa Rica, que entrou em vigor em 1978, se tornando uma Corte de instituição jurídica autônoma, com o propósito de interpretação e aplicação da convenção, julgando as violações em relação aos direitos humanos.

A Convenção Americana dos Direitos Humanos foi ratificada pelo Estado Brasileiro em 1969, desde então o Estado já foi réu em diversos processos, como por exemplo o caso “*Escher e Outros versus. Brasil*” (PINTO, 2015).

No final dos anos 90 foi concedido uma autorização para grampear linhas telefônicas de uma cooperativa, solicitado por oficial de Polícia Militar, naquela época na pessoa de Waldir Copetti Neves. Tal autorização concedida pela Juíza Elisabeth Khater, da Comarca de Loanda, no Estado do Paraná, deixou de observar diversos requisitos removendo a legalidade do ato, como a falta de fundamentação, a não notificação ao Ministério Público, ou ainda, a ausência de competência da polícia militar de realizar investigações criminais contra civis, no caso, trabalhadores de uma cooperativa ligada ao MST, que tiveram seus telefonemas gravados por um período de 49 dias (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2009).

O objetivo da escuta segundo a proposição da demanda era a princípio criminalizar o Movimento, levando em consideração conteúdos tendenciosos de acordo com a ONG Justiça Global, e que posteriormente, o Estado Brasileiro foi considerado culpado pela impunidade dos responsáveis pela instalação do grampo ilegal e divulgação dos materiais obtidos (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2009, p. 3).

Em dezembro de 2000, o MST e diversas entidades denunciaram o Estado, sendo que, somente em 2006, foi declarada admissível o caso, e em 2007 foi aprovado o relatório de mérito, o qual continha recomendações ao Estado (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2009, p. 3).



Não sendo observado progresso, uma vez que o se percebeu a inércia do Estado, a Comissão submeteu o caso para julgamento da Corte (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2009).

Devido as violações, o Estado brasileiro foi condenado a pagar indenização por danos morais aos indivíduos que tiveram seus direitos violados, devido à grande repercussão que a decisão causou, pois, a sentença foi publicada em jornais de ampla circulação (ROCHA, 2017).

A demora das investigações do caso resultou na impunidade penal dos agentes públicos, embora pagas as indenizações, em 2012 a Corte arquivou o processo contra o Brasil, levando em consideração que os pontos relativos às indenizações foram cumpridos (ROCHA, 2017).

3. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO E SUPRESSÃO DOS DIREITOS HUMANOS

No começo do mês de maio de 1999, foi apresentado a justiça comum estadual, por um policial militar, a solicitação de interceptação e monitoramento de ligações telefônicas de uma organização denominada COANA. Exatamente no dia 12.05.1999, outro policial militar apresentou um segundo requerimento de interceptação telefônica, que se encontrava instalada na sede de outra organização, a ADECON. As duas solicitações foram autorizadas pela juíza titular, Elisabeth Kharter, que autorizou a interceptação através de uma simples anotação na margem da petição (MASI, 2013).

As interceptações telefônicas, autorizadas pelo Juízo da Comarca de Loanda, eram desprovidas de fundamentação, e os pedidos formulados pela autoridade policial não apresentavam motivação e nem estavam relacionados a nenhum procedimento de inquérito ou ação penal. Além disso, não houve a notificação do Ministério Público, violando às disposições da Lei n.9.296/96



(PEREIRA, 2013).

Esses fatores possibilitaram a denúncia do caso à Comissão Interamericana de Direitos Humanos, a Corte e a Comissão realizaram alguns procedimentos e proferiram sentença de exceções preliminares, mérito, reparações e custas, declarando que houve a violação dos direitos à vida, à honra, à reputação, à liberdade de associação, às garantias judiciais e à proteção judicial (PEREIRA, 2013).

Ao não fundamentar a decisão um juiz não fere somente princípios processuais ou constitucionais em sentido estrito, pois ferem a dignidade da pessoa como humana e reconhecidamente dotada de direitos que a protegem como tal, portanto ao não, a ausência de fundamentação no presente caso fere os direitos intrínsecos do homem em face ao Estado, que representam sua liberdade e sendo esses direitos fundamentais (BONAVIDES, 2004, p. 561)

Ausentar de fundamentar sobre os direitos fundamentais significa uma regressão, além de que os direitos humanos fundamentais seguem por todo o mundo uma ascensão crescente no sentido de sua solidificação como direitos fundamentais dotados de valoração histórica e filosófica universais às pessoas humanas. (BONAVIDES, 2004, p. 562)

Ficou demonstrada pela Corte que o pedido apresentado pelo Major de Polícia, não se deu em sede de investigação para apuração justificada e que na presente decisão não restaram fundamentados os pontos elementares dos requisitos legais tão pouco os elementos de motivação para deferir a interceptação telefônica, juntamente com a ausência do prazo para realização de tal atividade. (CEIA, 2013, p. 120)

O caso *Escher e outros vs. Brasil*, demonstrou que, mesmo com a decisão da Corte (CIDH), não ocorreram mudanças legislativas, tão pouco inovações políticas, uma vez que se constitui como direito constitucional a proteção da inviolabilidade das comunicações, restando portanto, o alerta de que



existem resquícios de um governo ditatorial, pela aplicação de condutas dadas pelos seus próprios agentes em forma abusiva, que por suas faculdades agiram sem respaldo legal, praticando “espionagem e perseguição” (CEIA, 2013, p. 121).

Para Masi (2013), a decisão da CIDH possui um duplo caráter a ser observado, um de plano internacional e um nacional, focando seu estudo no segundo ponto, o autor critica que mesmo dada a atual posição em que o Estado se encontra na comunidade internacional, ainda seja alvo de suas omissões e transgressões de direitos humanos, ademais, que apenas pelo Poder Judiciário se atue em reparação desses danos causados e que ainda não possua uma aplicação sistêmica para manutenção da ordem constitucional e internacional, sobretudo pela visão ofuscada de que o país já integra um sistema de proteção dos direitos humanos, a CADH, e por essa razão, de não se enxergar como parte do tratado, deixa de seguir e aplicar as normativas mandamentais de tal Convenção. (MASI, 2013, p. 349)

3.1. GARANTIAS JUDICIAIS E PROTEÇÃO JUDICIAL

O artigo 8.1⁵ da Convenção Americana Sobre Direitos Humanos, explicita que a garantia da oitiva da parte ré se dê em um prazo justo e com total imparcialidade. Desta forma, a ausência efetiva de um recurso que venha a gerar qualquer violação deste direito convencionado, constituirá transgressão do instrumento de defesa por parte do Estado signatário, tornando assim a parte ré indefesa. Portanto que não basta apenas a existência do recurso se não houver a efetiva aplicação no caso concreto.

5 Artigo 8. Garantias judiciais: 1. Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza. (Convenção Americana Sobre Direitos Humanos, 1969. Disponível em <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.Convencao_Americana.htm>. Acesso em 12/10/2017.)



(MASI, 2013)

As garantias que foram violadas perante a Comissão Internacional autorizaram que a parte ré procurasse os tribunais pátrios, almejando garantir os seus direitos, e ao se depararam com a ausência de respostas concretas trouxeram à tona fraude na coisa julgada, caracterizando resultados de um litígio em que não foram respeitadas as regras processuais, ou que, os juízes não mostraram uma atuação independente e com a devida imparcialidade. (MASI, 2013)

A garantia judicial no presente caso remete sobre tudo a proteção processual, ao ser mitigada, fere o princípio do devido processo legal⁶. Previsto na Constituição Federal em vários artigos que visam a competência ao Estado de julgar e garantir um processo justo e com ampla defesa aos acusados, juntamente com o pacto de San Jose de Costa Rica ou mais conhecido como Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969, passam a integrar o rol de proteção do acusado no processo. (PRUDÊNCIO, 2010, p. 302)

Para Gustavo Henrique Badaró, o devido processo possui amplos contornos, sendo possível sua divisão em devido processo legal substantivo e o processual, em que o primeiro garante a análise da validade das lei e atos conforme a Constituição, prevenindo que o Estado use da desproporcionalidade para punir e da ausência de irracionalidade para aplicação correta das leis, sendo os entes estatais responsáveis pela aferição do valor de justiça. Por seu turno o devido processo legal, em sede processual trata de englobar e garantir os demais princípios e garantias do processo assegurando que sejam cumpridos conforme preza a Constituição, superando o simples procedimento e criando o contraditório e que as decisões proferidas possuam motivação. (BADARÓ, 2015, p.78)

⁶ Artigo 5º, LIV, CR/1988: *ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal*; BRASIL, *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 12/10/2017.



A representação sustentou que não foi assegurado por parte do Estado uma investigação administrativa justa e com plena eficiência para que assim chegasse ao ponto de aferir a real responsabilidade dos agentes públicos envolvidos no caso, não se garantindo um “recurso judicial” com uma razoabilidade de tempo, para que assim houvesse a reparação dos danos. Desta forma, acolhe-se aqui o pressuposto de que o Juiz após aprovar tal conduta fere o princípio da imparcialidade. (MASI, 2013)

Ocorrendo no processo qualquer tipo de fraude ou irregularidade, deve o Estado intervir e assegurar que os direitos das partes sejam respeitados dentro das garantias judiciais elencadas dentro dos pactos internacionais, assim como em sua própria Constituição. (MASI, 2013)

A doutrina ensina que o devido processo legal surge, portanto com a função de evitar as arbitrariedades do Estado e da Administração Pública. (PRUDÊNCIO, 2010, p. 305)

Mesmo havendo indícios de ilegalidade como: prevaricação, verificado pelo fato da proximidade entre a juíza e os latifundiários, o Estado alega que não houve qualquer tipo de violação de direito, visto que, a parte ré ainda dispunha de dois recursos no direito interno, optando por não usá-los. Ainda no caso *Escher vs Brasil*, se verificam várias violações das garantias judiciais, seja pela falta de imparcialidade do judiciário, ou pelo erro da Juíza Khater ao conduzir o andamento do processo, como no caso do deferimento de forma imediata da escuta telefônica, contrariando o extenso tempo normalmente despendido para tal. O Estado mesmo reconhecendo o erro de conduta da magistrada, alegou que a mesma não agiu de má fé ou com algum tipo de dolo. Recaindo no pensamento que, “de nada irá valer as garantias acordadas, se as mesmas não tiverem eficácia no caso concreto”. (MASI, 2013)

Não se pode confundir a ausência de pronunciamentos com a dificuldade encontrada por operadores do direito na distinção de direitos fundamentais e humanos, devida a grande



incerteza presente nesses dois aspectos, que muitas vezes na prática acabam se mesclando de forma a não conseguir saber onde começa cada um, criando uma perigosa banalização dos direitos fundamentais. (ALARCÓN, 2015, p. 201)

O deferimento imediato sem o lastro de legalidade o qual exige tal conduta fere o princípio da motivação prevista no artigo 93, IX da CR/1988,⁷ que permite que exista uma finalidade dú- plice: i) pela visão individualista, que considera a finalidade pro- cessual desenvolvida pela motivação, que considera a vontade das partes, as razões da decisão, configurando uma finalidade de técnica processual e pela ii) visão jurisdicional, em que se pode avaliar a atuação da atividade da jurisdição pelo controle so- cial. Portanto a primeira se refere a função endoprocessual e a seguinte representa a função extraprocessual da motivação. (BADARÓ, 2015, p. 59)

A CIDH afirma que para haver as garantias, o Estado não deve apenas prevenir, e sim investigar quaisquer violações aos direitos reconhecidos pela Comissão. Havendo violação, deve o Estado intervir e procurar restabelecer esses direitos. Em suma, o Estado tem obrigação de garantir que haja uma investigação séria e idônea. A existência dessa garantia é a base da Conven- ção Americana, assim como do próprio Estado de Direito, em uma sociedade Democrática. (MASI, 2013)

Portanto garantir os direitos, antes de tudo se trata de uma forma de ver seus semelhantes como a si no direito, assim passando por uma triagem axiológica, com a separação em que os elementos que conferem respeito ao próximo, pelo simples fato deste ser dotado de racionalidade, poder de administrar a

⁷ Artigo 93, IX, CRFB/1988: *todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do inter- essado no sigilo não prejudique o interesse público à informação*; BRASIL, Con- stituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 12/10/2017.



própria liberdade e regente de seu próprio destino, sendo o texto aplicado ao caso concreto um resultado “dessa triagem” (ALAR-CÓN, 2015, p. 200).

Portanto, para efetivar a defesa das garantias processuais em um sistema garantista integrado com sistemas de proteção de direitos humanos se faz necessário o respeito ao devido processo legal e seus princípios garantidores. Tanto a Constituição Federal quando a CADH em conjunto, possuem um extenso rol de garantias fundamentais à defesa do acusado, e a omissão destas, causa o enfraquecimento e o fracasso do Poder Judiciário em sua atuação frente aos jurisdicionados. (PRUDÊNCIO, 2010, p. 315)

3.2. PROTEÇÃO DA HONRA E DA DIGNIDADE

O artigo 11^o da Convenção Interamericana dos Direitos Humanos versa sobre a proteção da honra e da dignidade, proíbe qualquer ingerência de cunho arbitrário ou abusivo sobre as pessoas, buscando a proteção contra as ingerências ou ofensas nas conversas realizadas por meio de linhas telefônicas instaladas nas residências particulares ou em escritórios. Desta forma, o art. 11 pode ser aplicado nas conversas telefônicas, independentemente do conteúdo das mesmas (MASI, 2013, p. 320).

As interceptações telefônicas precisam estar fundamentadas em lei, para que apresentem legalidade. No caso apresentado nota-se que as interceptações e gravações telefônicas deixaram de apresentar vários dispositivos previstos na Lei 9.296 de 1996 violando os direitos à vida, à honra e à reputação (CEIA,

8 Artigo 11. Proteção da honra e da dignidade. 1. Toda pessoa tem direito ao respeito de sua honra e ao reconhecimento de sua dignidade; 2. Ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, na de sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra ou reputação; 3. Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais ingerências ou tais ofensas. (Convenção Americana Sobre Direitos Humanos, 1969. Disponível em <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.Convencao_Americana.htm>.) Acesso em 12/10/2017.

2012, p. 120). Além das mesmas não representarem direitos absolutos, pois o Estado tem a previsão de poder para infringir este direito, desde que, *i)* o pedido seja realizado antes do início das investigações e *ii)* seja solicitado por pessoa competente, *iii)* ocorra em investigação formal, *iv)* a escuta dure o prazo legal, *v)* a decisão autorizativa esteja fundamentada e *vi)* ocorra a notificação ao Ministério Público (MASI, 2013, p. 321).

No mais, o tema se mostra pacífico na lei e na jurisprudência nacional ao quanto a possibilidade e procedimento para instauração de escutas telefônicas.⁹

Ocorreu, portanto, a violação da honra e da dignidade das pessoas envolvidas, pois, os pedidos de interceptações não foram apresentados através de uma investigação e a fundamentação da magistrada deixou de apresentar requisitos legais, que determinasse o deferimento às interceptações (CEIA, 2012, p. 120). Além de que, o pedido não respeitou o artigo 144 da Constituição Federal, ao não ser requerido por autoridade competente (OLIVEIRA, 2010, p. 62).

Pois segundo a Corte, as conversas via telefone estão incluídas na esfera de proteção a vida privada e mesmo não se tratando de direito absoluto, visto que podem sofrer ingerências para possíveis apurações judiciais, mas que tais atitudes devem ser dotadas de respeito e diligencia evitando sempre excessos que comprometam os direitos fundamentais. (CEIA, 2013, p. 120)

3.3. DISCORDÂNCIA DA DECISÃO INTERNA FRENTE A

⁹ De acordo com a legislação brasileira, somente a Polícia Civil, a Polícia Federal e o MP podem requerer a quebra do sigilo telefônico. Cumpre ressaltar que, em maio de 2012, a 2ª Turma do STF reconheceu que a Polícia Militar, excepcionalmente, com autorização judicial e acompanhamento do MP, é legítima para realizar escutas telefônicas, quando há indícios de envolvimento de policiais com a prática criminosa. Ver STF, 2ª Turma, HC 96986/MG, rel. Min. Gilmar Mendes, de 15 de maio de 2012. (CEIA, Eleonara Mesquita. A Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos e o Desenvolvimento da Proteção dos Direitos Humanos no Brasil*. In: R. EMERJ, Rio de Janeiro, v. 16, n. 61, p. 113-152, jan.-fev.-mar.2013. p. 119)



CONSTITUIÇÃO FEDERAL

A legislação aplicável para os casos de interceptação telefônica, no âmbito do direito interno brasileiro é regulamentada pela Constituição Federal, em seu artigo 5º XII, o qual considera que “é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados ou comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer [...]”. Em termos de norma infraconstitucional, combinada com a regulamentação da lei 9296/96, demonstra os requisitos a serem observados na interpretação do artigo citado.

A legislação trata que, a interceptação telefônica deve ser requerida pela autoridade policial durante investigação criminal ou pelo Ministério Público na instrução penal, desde que haja fortes indícios de autoria e/ou participação do indivíduo, para que sua comunicação telefônica seja violada, não podendo o prazo de vigência ser superior a 15 dias prorrogáveis por igual prazo, devendo o MP acompanhar a execução da considerada “gravosa” medida (OLIVEIRA, 2013).

No caso “*Escher vs Brasil*”, não se observou o procedimento legalmente previsto, pois diversas irregularidades foram apontadas pela CIDH, tais como: a) o pedido de interceptação requerido sem qualquer investigação criminal por um policial militar, parte ilegítima para presidir tal ação, conforme determina artigo 144 da Constituição Federal¹⁰, trata-se de incumbência da polícia civil; b) a decisão que autorizou a interceptação por um período de 49 dias não foi fundamentada e nem se outorgaram ampliações; c) o MP não tinha conhecimento de sua

¹⁰ Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos:[...] § 4º Às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares. § 5º Às polícias militares cabem a polícia ostensiva e a preservação da ordem pública [...]



Denota-se que o cenário brasileiro sempre foi conturbado, no que tange a violação de direitos fundamentais, diversas escutas telefônicas já foram divulgadas na mídia durante o passar dos tempos, dentre elas, destacam-se os casos conhecidos do banqueiro Daniel Dantas e das gravações sigilosas do filho de José Sarney (GOMES, 2009). Além da recente divulgação das escutas da então ex-presidente Dilma Rouseff e do ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva, durante a Operação Lava-jato, o qual foi alvo de críticas pelo Presidente da Corte Americana de Direitos Humanos (CARVALHO, 2016).

Para Masi (2013) o Brasil, apesar de sua posição de liderança política e econômica e de possuir uma Carta Fundamental chamada de “cidadã”, ainda é palco de gravíssimas transgressões relacionadas a direitos humanos, pois não se tem uma postura institucional, estatal e cultural de mudança, principalmente por parte do Judiciário, o qual muitas vezes, deixa de aplicar as

Art. 6º Deferido o pedido, a autoridade policial conduzirá os procedimentos de interceptação, dando ciência ao Ministério Público, que poderá acompanhar a sua realização.

¹² Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação [...]



medidas eficazes para a restauração da ordem constitucional.

4. DISCORDÂNCIA DA DECISÃO FRENTE AS NORMAS INTERNACIONAIS, (IN)CONVENCIONALIDADE NORMATIVA E ADOÇÃO DO DIÁLOGO ENTRE CORTES PARA UNIFICAÇÃO DA PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

O Brasil desde que iniciou um processo de auto democratização a partir da Constituição Federal de 1988, passou a adotar importantes meios para incorporar direitos internacionalmente reconhecidos, principalmente os direitos humanos, portanto, com essa adição protetiva, tais direitos passaram a garantir que a cidadania fosse redimensionada, dotando os cidadãos de direitos humanos protegidos não somente internamente, mas externamente às fronteiras de seu Estado (PIOVESAN, 2013, p.387-389)

O Estado brasileiro faz parte da Convenção Americana desde 1922 e tem reconhecido a competência contenciosa da Corte Interamericana de Direitos Humanos desde 1998 (CORTE INTERNACIONAL DE DIREITOS HUMANOS, 2009). Portanto, não há dúvida quanto sua competência para julgar casos de violação de Direitos Humanos pelo Estado Brasileiro.¹³

Ocorre que “[...] ainda não se consolidou a consciência que o Brasil integra um sistema interamericano de proteção aos direitos humanos” (MASI, 2013).

As decisões condenatórias da Corte Interamericana deveriam amplamente repercutir em nosso ordenamento jurídico, mas são praticamente desconhecidas e pouco respeitadas (OLIVEIRA, 2013).

O desrespeito a Convenção Interamericana de Direitos

¹³ O art. 5º § 3º da Constituição Federal ratifica este marco, esclarecendo que: “Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”.



Humanos, ficou evidenciado no presente caso concreto. A violação da Lei 9.296/96, em seus artigos 1º, 2º, 3º, 4º, 5º, 6º, 8º, 10º, retrata que de fato o Estado violou o direito à vida privada, reconhecido pelo artigo 11 da Convenção Americana¹⁴, causando prejuízo as vítimas, evidenciando a abusiva intromissão a vida privada, honra e a reputação de cada uma das vítimas (OLIVEIRA, 2013).

Também foram considerados violados pela Corte, por unanimidade: artigo 1.1 (obrigação de respeitar os direitos)¹⁵; artigo 16 (liberdade de associação), artigo 8.1 (garantias judiciais)¹⁶ e; artigo 25 (proteção judicial) da Convenção Americana (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2009).

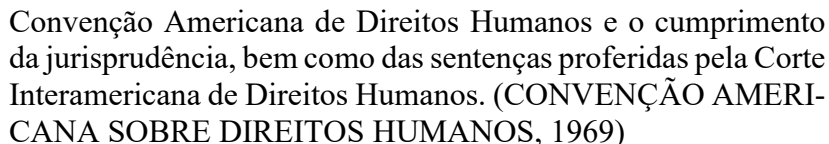
Dessa forma, o Brasil, passa a ter uma obrigação na manutenção e desenvolvimento do “Estado Democrático de Direito” independentemente da situação em que se encontre, sempre buscar a proteção nuclear básica de direitos que não podem ser ignorados, uma vez que, conta com a fiscalização em nível internacional. (PIOVESAN, 2013, p. 389)

Desde a adesão ao Pacto de San José de Costa Rica, o Brasil como signatário, tem dever de se orientar pelas normas contidas no tratado, assim como, observar a normativa da

¹⁴ O artigo 11 da Convenção dispõe que: 1. Toda pessoa tem direito ao respeito da sua honra e ao reconhecimento de sua dignidade. 2. Ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, em sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra ou reputação. 3. Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais ingerências ou tais ofensas.

¹⁵ O artigo 1.1 da Convenção dispõe que: Os Estados-partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma, por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social.

¹⁶ O Artigo 8.1 da Convenção dispõe que: Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza



As sentenças proferidas pela Corte de Direitos Humanos são dotadas de caráter vinculante e possuem obrigatoriedade estendida a todos os países signatários de seu tratado, portanto, essa prerrogativa se alia a um procedimento diferenciado de acompanhamento do cumprimento de tais decisões, como o de chamamento das partes em uma audiência para se aferir o andamento de tal obrigação, e se esta, estaria sendo cumprida, mesmo possuindo caráter definitivo, se possibilita que as partes arbitrem possíveis conciliações que sejam mais adequadas aos seus interesses, portanto, se trata de uma jurisdição pragmática e clássica, uma vez que, não busca interesse único na execução e sim que a sentença seja cumprida, para que esta então se pronuncie sobre sua posição. (BRANT; MARQUES, 2015, p.363)

Assim sendo, a discricionariedade pode existir pelo país a que se destina a norma, e se este não a cumprir, cabe a ele, somente recusar-se em proceder com o que se espera da norma. Porém, o não cumprimento de uma norma não significa que esta deixe de existir, a negativa do Estado não remove o alcance normativo, pois, ela ainda possui vinculação, e o fato de não cumprir com a sanção, não deslegitimaria o direito, mas sim o confirmaria. Para tanto, como Kelsen elucidou, segundo Brant e Marques (2015, p. 343), não se pode esperar que um sistema normativo se baseie unicamente na moral, para que as obrigações sejam cumpridas, faz-se necessário um sistema sancionador.

Portanto, para Brant e Marques (2015, p. 363), as sentenças da Corte que costumam ser usadas como inspiração da doutrina jurídica, até mesmo em reformas legais que possam incorporar tais pronunciamentos da CAHD, são formas de um Estado signatário não demonstrar má-fé perante a Corte, já na visão de



Silva (2010, p. 522), tais decisões na prática, não refletem de forma efetiva, pois as mesmas não possuem ressonância nos tribunais nacionais.

Para Carvalhal, (2014), outros países têm respeitado e levado a Corte mais a sério, como exemplo, o Peru, que passou a obrigar seus magistrados a interpretar normas de direitos fundamentais à luz dos tratados internacionais que versem sobre direitos humanos, no mesmo sentido, a Costa Rica, Argentina e Colômbia vem progressivamente adotando as medidas vinculantes da Corte Interamericana.

Uma saída para que casos como esse, em que o Brasil figurou como réu na Corte Internacional, pode estar no cumprimento dos preceitos basilares da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, aplicando um controle de Convencionalidade, que muito se assemelha ao controle de constitucionalidade brasileiro, mas que para Russowsky (2012, p. 26) diferem em pelo objeto de suas análises, pois, enquanto a convencionalidade discute as normas internas em face dos tratados internacionais, a constitucionalidade tem como norte as normas internas e se estas são compatíveis com a Constituição.

Portanto, para Menezes (2009), sempre que um país signatário deixa de observar com os acordos ratificados por ele perante a Corte Internacional, ou mesmo, cria ou edita normas internas, até mesmo decidindo de forma adversa com a normativa de proteção de direitos humanos internacional, estar-se-á diante de uma infração.

Essa previsão consta do art. 33 da Convenção Interamericana dos Direitos Humanos, que determinam a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos como competentes para reconhecerem descumprimentos pelos Estados relacionados à normativa internacional de direitos humanos. (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2012, p. 1.991)

No entanto a Convenção Americana não impõe nenhum



modelo para se realizar a Convencionalidade normativa, ela apenas, orienta que o país signatário busque adequar-se suas normas internas face ao tratado internacional. (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 2015, p. 11)

Por outro lado a jurisprudência do Corte assentou entendimento nos julgamentos *Gelman versus Uruguay* (24 de fevereiro de 2011); *Rochac Hernández e outros versus El Salvador* (14 de outubro de 2014) e *Cabrera Garcia e outro versus México*; *Liakat Ali Alibux versus Suriname* (30 de janeiro de 2014), no sentido de que, cabe a todos as instituições, inclusive o Poder Judiciário, exercerem o controle de convencionalidade em caráter *ex officio*¹⁷, ou seja, cabendo aos operadores, observarem a lei internacional, assim como já o fazem com a lei constitucional nacional, afim de que se evite quaisquer violações de direitos humanos. (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 2015)

Nessa esteira, embora o Brasil, não seja atuante em consonância com as decisões e jurisprudência da Corte, importante salientar, que no caso *Escher*, conforme o Decreto Nº 7.158, de 20 de abril de 2010, publicado no Diário Oficial da União, o então Presidente da República Luiz Inácio Lula da Silva autorizou o pagamento de US\$ 110.000,00 (cento e dez mil dólares), apenas nove meses após a sentença que condenou o Estado

¹⁷ Nesse sentido, a Corte também estabeleceu no caso no Caso dos Trabalhadores Demitidos do Congresso Vs. Peru, julgado em 24 de novembro de 2006, que reforçou o entendimento anterior e especificou detalhes do controle atreves do parágrafo 128 da sentença: *Quando um Estado ratifica um tratado internacional como a Convenção Americana, seus juízes também estão submetidos a ela, o que os obriga a velar para que o efeito útil da Convenção não se veja diminuído ou anulado pela aplicação de leis contrárias às suas disposições, objeto e fim. Em outras palavras, os órgãos do Poder Judiciário devem exercer não somente um controle de constitucionalidade, senão também “de convencionalidade” ex officio entre as normas internas e a Convenção Americana, evidentemente no âmbito de suas respectivas competências e dos regulamentos processuais correspondentes. Esta função não deve se limitar exclusivamente às manifestações ou atos dos postulantes em cada caso concreto.* MAZZUOLI, Valerio de Oliveira, Curso de direitos humanos – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2014. p.167

brasileiro à quantia arbitrada pela Corte.¹⁸

Portanto o Estado assume um papel vital no processo entre mediador dos direitos e os cidadãos, cabendo a ele a decisão de crescer ou regredir perante seu papel garantista de direitos, atuando na reprodução ou promovendo tais direitos, e esta atuação depende do confronto iniciado por forças de diferentes agentes e atores sociais (ALARCÓN, 2015, p. 198).

Seria por assim dizer os Direitos Humanos e Fundamentais estão conectados pela ideia de direito constitucional e internacional, uma vez que, partindo do texto, tais direitos com o decorrer do desenvolvimento humano, retratam esse crescimento construtivo representados por moldes garantistas da dignidade em caráter universal, de maneira a serem reconhecidos internacionalmente, assim como o seu enlace entre a compreensão valorativa peculiar de grupos sociais singulares. (ALARCÓN, 2015, p. 199)

Sendo os direitos fundamentais e humanos, independentemente de seu viés constitucional ou internacional, referenciados por sua carga valorativa de moral, democrática, inclusiva e cidadã, indiferente à sua dimensão, seja “local ou universal” (ALARCÓN, 2015, p. 199).

Neste sentido, uma saída para o problema de descumprimento das normas convencionais, André de Carvalho Ramos (2014), propõe que se poderia adotar o modelo de diálogo entre as Cortes nacionais e internacionais afim de se alcançar uma eficácia máxima da proteção dos Direitos Humanos. (RAMOS,

¹⁸ (...) O PRESIDENTE DA REPÚBLICA, no uso da atribuição que lhe confere o art. 84, inciso IV, da Constituição, e Considerando a sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso Arley José Escher e outros; (...) para pagamento de indenização a vítimas de violação das obrigações contraídas pela União por meio da adesão a tratados internacionais de proteção dos direitos humanos; DECRETA: Art. 1º Fica a Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República autorizada a promover as gestões necessárias ao cumprimento da sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos, expedida em 6 de julho de 2009 (...). BRASIL. Casa Civil. *Decreto Nº 7.158, de 20 de bril De 2010*. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Decreto/D7158.htm>. Acesso em 21/08/17.



2014)

Seguindo esse raciocínio, para Ramos (2014) o Controle de Convencionalidade se divide em duas espécies i) o de matriz internacional e ii) o controle de convencional de matriz nacional. Em que na primeira, julgadores internacionais e independentes, realizam a fiscalização da aplicação dos tratados de proteção dos direitos ratificados para tutela estatal. Enquanto na segunda espécie, cabe aos julgadores, internos em face aos tratados internacionais e se estes estão sendo cumpridos internamente. (RAMOS, 2014, p. 386)

Para tanto o diálogo entre Cortes garante que os Direitos Humanos possuam uma dupla proteção, uma vez que, ambas as Jurisdições e seus órgãos devem buscar a mesma sintonia na defesa dos direitos tutelados, de maneira a criar um diálogo compatível que permita que, mesmo Cortes distintas, caminhem no mesmo sentido efetivando a teoria do duplo controle (ou crivo de direitos humanos), em que, controle de Constitucionalidade e Controle de Convencionalidade, cada qual aplicados por sua respectiva jurisdição, efetivem a tutela dos direitos fundamentais ao homem. (RAMOS, 2014, p. 389)

Sendo uma forma de o intérprete, portanto, entrelaçar e escolher as doutrinas e jurisprudências no caso em questão com o conteúdo de direito face ao sistema de normas, em atenção especial aos princípios postados na Constituição, assim como, a conexão exigida pelos textos provenientes do campo internacional. (ALARCÓN, 2015, p. 199)

Pois os sistemas de proteção de Direitos Humanos são coexistentes e se complementam no intuito da melhor proteção ao interesse de possíveis violações do direito humano, configurando em sistema regional e global, sendo neste sentido uma prerrogativa do ofendido buscar a tutela no sistema que melhor se adequa a proteger seu direito violado, assim pode se dizer, que se no sistema regional não oferecer uma tutela efetiva, pode o ofendido buscar proteção no sistema global (como exemplo



pode se citar a ONU), assim como na ausência de proteção em âmbito global, mas se disponível no sistema regional, pode se buscar essa proteção. Importando dizer que, estes sistemas não podem ser vistos de forma hermética ou repartida, mas sim de forma coordenada. (MAZZUOLI, 2014, p. 49)

Ainda para Mazzuoli (2014), atualmente dada as inúmeras formas de controle de normas (6 para ser mais preciso segundo o autor), não se pode admitir que sejam utilizadas pelos operadores a justificativa de ausência de conhecimento acerca de tais ferramentas para o descumprimento para com as obrigações assumidas pelo Estado em face da comunidade internacional e dos cidadãos, que são o objeto final na aplicação. Tendo que, as ações dos operadores estarem de acordo não somente como o direito público e internacional como também de acordo com a própria Constituição Federal, pois esta possui vínculos e está integrada ao novo sistema de proteção de direitos humanos visto aos novos, e desconhecidos até pouco tempo, “meios de controle das normas do direito interno” (MAZZUOLI, 2014, p. 175)

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente estudo acerca da decisão proferida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso *Escher vs Brasil*, buscou delinear a atuação da referida Corte como garantidora dos direitos humanos face a inércia e violação do Estado brasileiro no presente caso, o qual se mostrou mais uma afronta que uma simples falta de conhecimento ao direito internacional.

O desconhecimento das convenções às quais o Brasil integra como signatário, é fato que se debate atualmente, ainda, devida a postura da Corte como contenciosa e não executória, no entanto no presente caso, a postura de uma magistrada ao permitir com que inúmeros direitos fossem cerceados demonstra a importância de um duplo grau de defesa de direitos humanos.



Além de contar com a defesa dos princípios constitucionais, se faz necessário uma proteção internacional, pois como observado, ainda não se superou essa necessidade no sistema de justiça nacional.

O uso da Convencionalidade normativa, ainda em processo de reconhecimento por boa parte dos operadores do direito, demonstra ainda mais a importância de se debruçar pelo tema. De fato, não se trata de novidade, visto o tempo em que o Estado faz parte de Convenção Interamericana de Direitos Humanos, além de ser notória outras normativas internacionais, que ao longo do tempo, principalmente após a segunda guerra mundial, vêm buscando uma afirmativa à defesa dos Direitos inerentes à pessoa humana.

Na presente demanda, o Estado brasileiro condenado, reconheceu e cumpriu com a sentença, indenizando os prejudicados pela ação do Estado, no entanto a demora, até a propositura da ação na Corte IDH, acabou dificultando a punição aos agentes estatais, provando que, cada vez mais se necessita de uma dupla proteção aos direitos humanos e que mesmo o país sendo signatário de importantes convenções de direitos, ainda não cumpre com suas normativas, revelando um ponto ainda a ser combatido.

Nessa esteira, fica evidente que somente a adoção e criação dos meios de controle de normas as quais dispõe o sistema jurídico nacional e internacional não são suficientes para evitar novas violações, sendo necessária a superação da visão de sistemas de proteção dos direitos fundamentais como autônomos e que somente são buscados quando ocorrem a violação de direitos, para que então, sejam integrados e caminhem num mesmo sentido, para tanto o uso do diálogo entre Cortes se mostra como uma alternativa eficaz num primeiro momento, para que ambas jurisdições lancem mãos em seus sistemas de controle de normas de forma conjunta, num mesmo sentido, alcançando assim maior efetividade na dupla proteção normativa dos direitos

Humanos e Fundamentais.



6. REFERÊNCIAS

- ALARCÓN, Pietro. Considerações Críticas sobre a Abordagem dos Direitos Humanos e a Constitucionalização e Internacionalização do Direito. p. 193-216. In: *A consolidação substancial dos Direitos Humanos: perspectivas e tendências*. Org. MARGRAF, Alencar Frederico; LAZARI, Rafael de. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.
- BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*, ed. 3º - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 15ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- BRANT, Leonardo Nemer Caldeira; MARQUES, Laura Cabral de Avelar. A sanção coercitiva como instrumento de eficácia da norma no direito internacional. In: *Rev. Fac. Direito UFMG*, Belo Horizonte, n. 67, p. 341 - 372, jul./dez. 2015. Acesso em 10/03/2017.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil* (1988). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 14/08/2017.
- BRASIL. *Lei 9.296*, de 24 de julho de 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9296.htm>. Acesso em: 15.08.2017.
- CARVALHAL, Ana Paula. Corte Interamericana decide pela vinculação de sua jurisprudência. In: *Revista Consultor Jurídico*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-set-27/observatorio-constitucional-corte-interamericana-decide-vinculacao>>.



- jurisprudencia#_ftn8>. Acesso em: 11/03/2017
- CARVALHO, Jailton. Presidente da Corte Interamericana critica a divulgação de grampos telefônicos na Lava Jato. *Agência “O Globo”*. 2017. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/brasil/presidente-da-corte-interamericana-critica-divulgacao-de-grampos-telefonicos-na-lava-jato-19024931>>. Acesso em: 16/08/2017.
- CEIA, Eleonara Mesquita. A Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos e o Desenvolvimento da Proteção dos Direitos Humanos no Brasil*. In: *R. EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 16, n. 61, p. 113-152, jan.-fev.-mar.2013. Disponível em: http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista61/revista61_113.pdf. Acesso em: 18/07/2017.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N° 7. Control de Convencionalidad*. Disponível em <<http://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/controlconvencionalidad8.pdf>>. Acessado em: 27/10/2015.
- CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Escher e outros Vs. Brasil. Sentença de 6 de julho de 2009*. Disponível em: < <http://www.cidadao.pr.gov.br/arquivos/File/decisao corteinteramericana.pdf>>. Acesso em: 13/08/2017.
- MASI, Carlo Velho. O caso Escher e outros vs. Brasil e o sigilo das comunicações telefônicas. In: *Revista dos Tribunais*. RT932 • Junho de 2013. p. 309 – 352. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- MAZZUOLI, Valerio de Oliveira, *Curso de direitos humanos – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO*, 2014.
- MENEZES. André Felipe Barbosa de. *Controle de Convencionalidade no sistema interamericano de direitos*



humanos. Recife: Tese de Doutorado em Direito – Universidade Federal de Pernambuco, 2009. Disponível em: http://www.repositorio.ufpe.br/jspui/bitstream/123456789/4162/1/arquivo6336_1.pdf. Acesso em: 25/09/2017.

OLIVEIRA, Marlus H. Arns de. Divulgação de conteúdo de interceptação telefônica ilegal e a condenação do Estado Brasileiro pela Corte Interamericana de direitos humanos no denominado “Caso Escher”. In: *XXII Encontro Nacional do CONPEDI/UNICURITIBA*. Curitiba: CONPEDI, 2013. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/publicacao/unicuritiba/livro.php?gt=122>>. Acesso em: 14/08/2017.

OLIVEIRA, Simone Lavelle Godoy de. *A Corte Interamericana de Direitos Humanos e a Formulação de Políticas Públicas*. Disponível em: <http://biblioteca.unisantos.br:8181/bitstream/tede/72/1/Simone%20Lavelle%20de%20Oliveira.pdf>. Acesso em: 18/07/2017.

PEREIRA, Taís Mariana Lima. O Cumprimento Das Decisões Da Corte Interamericana de Direitos Humano. Recognition of Inter-American court of Human Rights Decisions In Brazil. In: *Chapecó*, v. 14, n. 2, p. 315-348, jul./dez. 2013. Disponível em: <<https://editora.unoesc.edu.br/index.php/espacojuridico/article/viewFile/2777/2091>>. Acesso em: 16/08/2017.

PINTO, Diogo Dória. O Brasil e o sistema interamericano de proteção aos direitos humanos: desafios e perspectivas. Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe - Fanese – Sergipe *Revista do Curso de Direito - Vol 5 - N 1*. Disponível em: http://app.fanese.edu.br/rd_direito/wp-content/uploads/2015/10/ARTIGO-03-Diogo-D%C3%B3ria-Pinto-Sistema-Interamericano-de-Protecao-aos-Direitos-Humanos-1.pdf. Acesso em: 13/08/2017.



- Piovesan, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. – 14. ed., rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2013.
- PRUDÊNCIO, Simone Silva. Garantias Constitucionais e o Processo Penal: Uma visão pelo prisma do devido processo legal. In: *Rev. Fac. Direito UFMG*, Belo Horizonte, n. 57, p. 297-320, jul./dez. 2010. Disponível em <<https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/134>>. Acesso em 12/10/17.
- RAMOS, André de Carvalho. *Curso de direitos humanos*. – São Paulo: Saraiva, 2014.
- ROCHA, Felipe José Nunes. *Direitos humanos e justiça de transição: obstáculos para o cumprimento da sentença do caso Gomes Lund e outros Vs. Brasil*. São Luiz. 2017. Disponível em: <https://tedebc.ufma.br/jspui/bitstream/tede/1693/2/Felipe%20Jos%C3%A9.pdf>. Acesso em: 12/08/2017.
- SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: RT, 2012.
- SILVA, Virgílio Afonso da. Integração e diálogo constitucional na América do Sul. In: Armin von Bogdandy / Flávia Piovesan / Mariela Morales Antoniazzi (orgs.), *Direitos humanos, democracia e integração jurídica na América do Sul*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.



Abstract: Technological development and the advent of new techniques of data recording, storage and processing, bring within it the legal debate regarding the limits of the advancement of technology, in view of the protection, which is imposed, of the rights concerning the private sphere of the individual. In this sense, this article aims to analyze the problem: would the protection of the individual regarding the processing of personal data be an obstacle to innovation? In this sense, we will seek to systematize the relevance of innovation; advances in technological innovation regarding the processing of personal data; constitutional protection regarding the processing of personal data and considering whether the protection of the individual regarding the processing of his data would be an obstacle to innovation.

Keywords: Innovation. Development. Personal data. Dignity of human person. Weighting.

1 INTRODUÇÃO



o presente estudo, abordar-se-á a análise do problema a ser discutido: a proteção do indivíduo quanto ao tratamento de dados pessoais seria um entrave à inovação?

O desenvolvimento tecnológico e o advento de novas técnicas de registro, armazenamento e processamento de dados, trazem em seu bojo o debate jurídico quanto aos limites do avanço da tecnologia, face à proteção, que se impõe, dos direitos concernentes à esfera privada do indivíduo. A inovação transforma e substitui as formas de produção e organização da economia, dando lugar a novos mercados, processos e mercadorias mais eficientes do que os antecedentes. Contudo, impera-se destacar impacto ainda maior: trata-se de fator primordial ao desenvolvimento de uma nação.

O Estado brasileiro, por meio da Constituição Federal e



da Lei de Inovação (n. 10.973/04), traz o reconhecimento de que a inovação, a ciência e a tecnologia são fatores essenciais do progresso, o que segue em sintonia às diretrizes políticas de países em todo o mundo.

Na sociedade contemporânea, a base segura de um processo consistente de inovação é o desenvolvimento de competências técnicas diferenciadas, capazes de transformar a gama de produtos e os seus processos de produção, criando mercados para a inovação e destruindo ou enfraquecendo mercados pré-existentes. A formação de redes, a intensidade de conexões e a rapidez da informação, gerada pela “economia do conhecimento”, têm criado um grande impacto no ramo dos negócios, intensificando a competição empresarial e a busca, em ciclos constantes e contínuos, por inovações³, notadamente quando se considera que a “informação” é subsídio para a criação ou aprimoramento de produtos e serviços, o que se potencializa no ambiente digital. Hodiernamente as informações pessoais detêm grande valor comercial e ganham especial importância quando se tornam insumo para a realização de novos negócios. Ocorre que o tratamento de dados não pode ocorrer de forma indiscriminada, razão pela qual impera-se a ponderação da tutela constitucional quanto ao tratamento de dados pessoais.

Nesse sentido, buscar-se-á realizar a sistematização da relevância da inovação; dos avanços da inovação tecnológica quanto ao tratamento de dados pessoais; da tutela constitucional quanto ao tratamento de dados pessoais e a ponderação se a proteção do indivíduo quanto ao tratamento de dados seria um entrave à inovação.

2 INOVAÇÃO COMO PRESSUPOSTO PARA O DESENVOLVIMENTO

³ FLORES, André Stringhi. Incentivo fiscal de inovação: impacto da Lei do Bem nas empresas brasileiras. R. de Dir. Empresarial – RDEmp | Belo Horizonte, ano 12, n. 1, p. 101-123, jan./abr. 2015. Pág. 101



As inovações são cada vez mais reconhecidas como forças motrizes centrais da transformação das estruturas econômicas e do desenvolvimento dos países de todo o mundo, no contexto da sociedade contemporânea.

Building upon the analysis of Adam Smith and Karl Marx, Joseph Schumpeter explicitly incorporated innovation as a central variable in economic analysis. In fact, technology and technical change were important parts of the post-war debate on development. Schumpeter's concept of development contributed to this debate with two central ideas: the connection of technology with production, and the disruptive character of development. The first idea relates innovation with economic agents, leading to the generation of new products and processes or the establishment of new markets. The second idea encompasses the understanding that the evolution of the economic system is marked by the continuous destruction of old structures and the creation of new ones. This idea was further developed by many scholars, showing how great transformations of the world economy over centuries were related to new modes of production and the diffusion of technologies, such as the steam engine, telegraph, electricity, and information and communication technologies (ICTs)⁴.

O avanço das tecnologias transforma e substitui as formas de produção e organização da economia, dando lugar a novos mercados, processos e mercadorias, mais eficientes do que os antecedentes⁵. A importância de se investir em desenvolvimento científico, tecnológico e de inovação foi primeiramente reconhecida por economistas, cujas teorias passaram a considerar a produção de inovação como fator essencial para o crescimento econômico ao proporcionar ganhos de competitividade,

⁴ CASSIOLATO, José Eduardo & MATOS, Marcelo G. Pessoa de & LASTRES, Helena M. M. Innovation Systems - <https://www.researchgate.net/publication/299898698> - Pág.7

⁵ BAPTISTA, Patrícia & KELLER, Clara Iglesias. Por que, quando e como regular as novas tecnologias? Os desafios trazidos pelas inovações disruptivas. Artigo recebido em 29 de agosto de 2016 e aprovado em 29 de setembro de 2016. DOI: <http://dx.doi.org/10.12660/rda.v273.2016.66659> - RDA – revista de direito administrativo, rio de Janeiro, v. 273, p. 123-163, set./dez. 2016 – Pág. 129





de produção e desenvolvimento não poderão ser considerados arraigados, muito menos poderão ser dominantes. A inovação bem-sucedida retira dos concorrentes fatias de mercado, deduzindo-lhes valores que são agregados à empresa inovadora. É no resultado do desenvolvimento da nova alternativa, resultante da inovação, que o agente inovador alimenta o processo face a seus competidores, razão pela qual a ação de um agente interfere no ambiente em que figuram os demais.

O papel da inovação é tão relevante para o progresso de uma nação que a maioria dos países concede apoio fiscal para o desenvolvimento tecnológico das empresas, com isso, confere estímulos à desenvolvimento de novas técnicas. Nesse sentido, o papel contemporâneo fundamental de uma política de desenvolvimento tecnológico e inovação no contexto brasileiro é o de ajudar a dar potência aos esforços das empresas⁹. Giovani Clark; Luiza Viana Torres e Leonardo Alves Correa dispõem que a inovação deve ser entendida como um conjunto de métodos e práticas ou a implementação de produtos que são capazes de mudar um conjunto econômico vigente¹⁰. Mazzucato, em referência a Keynes e Schumpeter, dispõe que os investimentos em inovação pelo Estado podem estimular uma economia produtiva, que gere lucro e receitas capazes de financiar direitos ligados ao bem-estar social. Ainda no âmbito da ciência econômica, a estudiosa dispõe que existe um debate entre os economistas sobre quais seriam os fatores mais importantes para o crescimento econômico, mas afigura-se unânime a relevância crucial da tecnologia¹¹. Os países de todo o mundo buscam alcançar um crescimento econômico que seja inteligente, inclusivo e sustentável, o

⁹ FURTADO, João. O Estado da Inovação no Brasil: Evolução Recente e Perspectivas - www.finep.gov.br/portaldpp. Págs. 21

¹⁰ CLARK, Giovani & TORRES, Luiza Viana & CORREA, Leonardo Alves. O planejamento estatal, inovação e políticas públicas. R. de Dir. Empresarial – RDEmp | Belo Horizonte, ano 14, n. 2, p. 209-226, maio/ago. 2017. Pág. 209

¹¹ MAZZUCATO, Mariana. O estado empreendedor: desmascarando o mito do setor público vs. Setor privado. Tradução Elvira Serapicos. São Paulo: Portfolio-Penguin, 2014. Pag.60/61

que muitas vezes dependente de processos de inovação para ser alcançado. Nesse sentido, surge a grande razão para que o governo busque articular alternativas para possibilitar que se desenvolva a inovação.

In this context, innovation policy is about identifying and articulating new missions that can galvanize production, distribution, and consumption patterns across sectors. Mission-oriented policies can be defined as systemic public policies that draw on frontier knowledge to attain specific goals or ‘big science’ deployed to meet big problems¹²

Nesse sentido, a variável meramente econômica é identificada como insuficiente para gerar o desenvolvimento de uma nação. O desenvolvimento é que deveria ser o fim último a ser perseguido, por distribuir os resultados do crescimento econômico e, assim, promover as transformações sociais necessárias em países em desenvolvimento, como o Brasil¹³. E, nesse sentido, o Estado brasileiro, por meio da Constituição Federal e da Lei de Inovação (n. 10.973/04), traz o reconhecimento de que a inovação, a ciência e a tecnologia são fatores essenciais do progresso¹⁴. A inovação é essencialmente um processo também social. Se a principal restrição de desenvolvimento de uma região ou país é a erradicação da miséria, a inovação tem um papel muito relevante no fornecimento de possíveis soluções¹⁵.

The results of the Brazil Without Misery plan reinforce two main arguments of this chapter. First, in order to achieve

¹² MAZZUCATO, Mariana & PENNA, Caetano. The Brazilian Innovation System: A Mission-Oriented Policy Proposal. Avaliação de Programas em CT&I. Apoio ao Programa Nacional de Ciência (Plataformas de conhecimento). Brasília, DF: Centro de Gestão e Estudos Estratégicos, 2015. Pág. 6

¹³ CLARK, Giovani & TORRES, Luiza Viana & CORREA, Leonardo Alves. O planejamento estatal, inovação e políticas públicas. R. de Dir. Empresarial – RDEmp | Belo Horizonte, ano 14, n. 2, p. 209-226, maio/ago. 2017. Pág. 210

¹⁴ Arts.218 e 219 da Constituição Federal.

Lei 10.973/04 - Dispõe sobre incentivos à inovação e à pesquisa científica e tecnológica no ambiente produtivo e dá outras providências.

¹⁵ CASSIOLATO, José Eduardo & MATOS, Marcelo G. Pessoa de & LASTRES, Helena M. M. Innovation Systems - <https://www.researchgate.net/publication/299898698> - Pag. 33



development it is necessary to tackle inequalities, and therefore that objective should be at the center of the research and policy agendas. This requires widening the perception of innovation systems, understanding that innovation is not restricted to a group of “advanced” actors, activities, and regions of the world. This will probably shed light on the group of activities capable of mobilizing productive inclusion and improving essential public goods and services. Second, the above results underline the need to overcome the trap of ignoring territories and contexts and dissociating economic from social development, in both research and policy programs—hence the importance of understanding production and innovation systems centered in activities such as health, sanitation, etc.¹⁶.

A inovação não se refere apenas à geração de novas idéias, mas também à tentativa de explorar essas idéias na prática, a fim de aumentar a competitividade e responder aos problemas ou desafios que surgem. Nesse sentido, é que a inovação surge como resposta a problemas sociais e econômicos.

It is this “problem-solving” nature that potentially makes innovation a relevant force for dealing with important social and economic issues that politicians care about. Innovation policy is therefore particularly relevant when politicians are able to clearly define problems that they want innovation to contribute to the solution of. An effective innovation policy is one that provides direction to firm’s innovation efforts and that is credible and not subject to frequent, unpredictable changes. Understood in this way, innovation policy may be a powerful tool for transforming our economy in fundamental ways, e.g., away from its dependence on burning of fossil fuels (Fagerberg et al 2016; Schot 2015). Second, in order to transform economies and cope with societal challenges through innovation, policy makers may need to adjust their instrumentation. In many countries general subsidies to R&D expenditures in firms (often through the tax system) have been considered as a central element of innovation policy.¹⁷

¹⁶ CASSIOLATO, José Eduardo & MATOS, Marcelo G. Pessoa de & LASTRES, Helena M. M. Innovation Systems - <https://www.researchgate.net/publication/299898698> - Pág.33

¹⁷ EDLER, Jakob & FAGERBERG, Jan. Innovation Policy: What, Why & How - <http://ideas.repec.org/s/tik/inowpp.html> - Pág. 17



3 O VALOR DOS DADOS PESSOAIS NO CONTEXTO DA ERA DIGITAL

A nova assimetria informacional não se reduz ao poder, nada desprezível, que o fornecedor pode ganhar com relação ao consumidor na medida em que reúne e trata informações ao seu respeito. Ela se revela também como eixo do modelo de negócio em que a informação pessoal se objetiva como a principal mercadoria. Verifica-se uma modificação no perfil do fluxo informacional entre fornecedor e consumidor – aos olhos da atividade de marketing, este deixou de atuar prioritariamente apenas como destinatário de informações, tonando-se fonte de dados que moldam as formas de abordagem não mais tendo em vista um grupo ou segmento de consumidores, mas

¹⁸ SCHERTEL, Laura Mendes. Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor. Linhas gerais de um novo direito fundamental. São Paulo. Editora Saraiva. 2014, 1ª Ed. Pág. 30.



individualizadamente¹⁹.

Como tecnologia, em sentido amplo, pode ser considerado qualquer processo com capacidade de transformação da realidade, física ou virtual. Uma inovação disruptiva ocorre quando esta for capaz de enfraquecer ou, eventualmente, de substituir indústrias, empresas ou produtos estabelecidos no mercado²⁰. E justamente como exemplo de uma inovação disruptiva, pode-se se citar a capacidade de se gerar produtos, serviços, riqueza e desenvolvimento pela manipulação e tratamento de dados pessoais. No mundo cercado pelos avanços científicos, o ambiente com que se defrontam as empresas tem sido, a cada dia que passa, mais concorrido, complexo e dinâmico. O crescimento e o avanço das tecnologias têm criado realidades cada vez mais polidisciplinares, transversais, multidimensionais e transnacionais. A formação de redes, a intensidade de conexões e a rapidez da informação, gerada pela “economia do conhecimento”, têm criado um grande impacto no ramo dos negócios, intensificando a competição empresarial e a busca, em ciclos constantes e contínuos, por inovações²¹, notadamente quando se considera que a “informação” é subsídio para a criação ou aprimoramento de produtos e serviços, o que se potencializa no ambiente digital. Hodiernamente as informações pessoais detêm grande valor comercial e ganham especial importância quando se tornam insumo para a realização de novos negócios.

Os dados prospectados por meio de um contínuo processo de coleta a que alguns autores reservam o nome emblemático de

¹⁹ DONEDA, Danilo. A proteção de dados pessoais nas relações de consumo: para além da informação creditícia. Escola Nacional de Defesa do Consumidor. Brasília: SDE/DPDC, 2010. Pág. 61.

²⁰ BAPTISTA, Patrícia & KELLER, Clara Iglesias. Por que, quando e como regular as novas tecnologias? Os desafios trazidos pelas inovações disruptivas. Artigo recebido em 29 de agosto de 2016 e aprovado em 29 de setembro de 2016. DOI: <http://dx.doi.org/10.12660/rda.v27.2016.66659> - RDA – revista de direito administrativo, rio de Janeiro, v. 273, p. 123-163, set./dez. 2016 – Pág. 129

²¹ FLORES, André Stringhi. Incentivo fiscal de inovação: impacto da Lei do Bem nas empresas brasileiras. R. de Dir. Empresarial – RDEmp | Belo Horizonte, ano 12, n. 1, p. 101-123, jan./abr. 2015. Pág. 101

data mining, são empregados gradativamente na composição de um perfil do consumidor ou de um grupo de consumidores²².

A título de exemplo,

Algumas empresas começaram a explorar a possibilidade de se tornarem *data brokers* dos cidadãos, uma espécie de corretores de dados que gerenciariam nossa informação, devolvendo-nos parte dos lucros gerados por ela (...). Na aurora dessa promessa de negócio, proliferam corretores de dados dedicados ao cruzamento de diferentes bases para aumentar o preço de venda dos perfis gerados a partir do cruzamento de informações de atividade *online* e *offline*: relatórios médicos, por exemplo, podem adicionar muito valor a um histórico de busca na internet²³.

A partir de dados pessoais serão extraídas as descobertas capazes de transformar a realidade não só das organizações, mas de novos mercados.

“Com a inteligência gerada pela ciência mercadológica, especialmente quanto à segmentação dos bens de consumo (marketing) e sua promoção (publicidade), os dados pessoais dos cidadãos convertem-se em um fator vital para a engrenagem da economia da informação. E com a possibilidade de organizar tais dados de maneira mais escalável (e.g., big data), criou-se um (novo) mercado cuja base de sustentação é a sua extração e comodificação. Há uma ‘economia de vigilância’ que tende a posicionar o cidadão como um mero expectador das suas informações”²⁴.

“O que faz a empresa ganhar dinheiro não é receber a informação em si própria. É transformar essa informação em conhecimento que depois é aplicado”²⁵.

A respeito da utilização com fins negociais de dados pessoais, dispõe Veridiana Alimonti:

²² SCHREIBER, Anderson. Direito à privacidade n Brasil: Avanços e retrocessos em 25 anos de Constituição in Direitos fundamentais e jurisdição constitucional. Alexandre Freire coordenação – 1a ed. São Paulo. Ed. Revista dos Tribunais, 2014. Pág. 183/201

²³ https://brasil.elpais.com/brasil/2015/06/12/tecnologia/1434103095_932305.html

²⁴ BIONI, Bruno Ricardo. Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento. Rio de Janeiro: Forense, 2019. Pag. 12/13

²⁵ AMARAL, João Ferreira do. Economia da informacao e do conhecimento. Coimbra: Almedina, 2009. Pág. 116



A constituição de bancos de dados sobre consumidores não é novidade, tampouco foi inaugurada com a digitalização da informação ou com a polarização da internet. Entretanto, é certo que as ferramentas digitais de coleta, tratamento, armazenamento e transferência de dados pessoais potencializaram essas operações em quantidade, qualidade e velocidade, conferindo cada vez mais destaque a esse tema no contexto da tutela do consumidor e do cidadão²⁶.

E sobre o tema, alerta Danilo Doneda:

a abundância de informação passível de ser obtida sobre o consumidor pode caracterizar uma nova vulnerabilidade do consumidor em relação àqueles que detêm a informação pessoal. O acesso do fornecedor a estas informações é capaz de desequilibrar a relação de consumo em várias de suas fases, ao consolidar uma nova modalidade de assimetria informacional²⁷.

Henrique Antoun, especialista sobre cibercultura dispõe a respeito do poder de gestão das informações:

Podemos pensar que o poder da mídia de massa deixou de ser um poder moderno, sob a forma de uma ação sobre a ação presente, para tornar-se um poder de controle, investindo a ação sobre uma ação futura (Deleuze, 1992; Foucault, 2008). Mais do que um lugar disciplinar de irradiação e circulação de ordem (Deleuze & Guattari, 1980; Foucault, 1977a), ele revela-se como um poder de atualização da memória nas comunicações. No caso da mídia massiva trata-se de um monopólio sobre a atualização das informações; um poder de monopolizar, processar e narrar (...) e a informação é atualizada para mobilizar as esferas de decisão e ação social sendo preferencialmente investido para endossar ou inibir os programas eleitorais de candidatos a cargos executivos, as imagens públicas de candidatos majoritários épocas de eleição e as discussões legais acopladas a decisões parlamentares para criação ou transformação de leis existentes²⁸.

²⁶ ALIMONTI, Veridiana. O fortalecimento da proteção do consumidor com o marco civil da internet. In *Vigilância e visibilidade: espaço, tecnologia e identificação* / organizado por Fernanda Bruno, Marta Kanashiro e Rodrigo Firmino. Porto Alegre, 210. Pág.215/257

²⁷ DONEDA, Danilo. A proteção de dados pessoais nas relações de consumo: para além da informação creditícia. Escola Nacional de Defesa do Consumidor. Brasília: SDE/DPDC, 2010 Pág. 9-10

²⁸ ANTOUN, Henrique. Vigilância, comunicação e subjetividade na cibercultura. In



Ressalte-se, contudo, que o tratamento de dados pessoais possui impactos para além da mera relação de mercado, sendo que cada vez mais ganha interesse dos setores público de segurança, saúde e educação. Contudo, para que qualquer agente interessado no tratamento de dados avance nesse sentido é essencial avaliar os limites e diretrizes impostos pela Constituição Federal a fim de respeitar os direitos da privacidade e da dignidade da pessoa humana do titular dos dados.

4 DA TUTELA CONSTITUCIONAL QUANTO AO TRATAMENTO DE DADOS PESSOAIS

Mariane Sardenberg Sussekund lista cinco direitos fundamentais do indivíduo face à informática:

- o direito à intimidade – consistindo na limitação de informações prestáveis apenas aos fins específicos da fonte coletora;
- o direito à confidencialidade – visando coibir o acesso às informações de terceiros não legitimados;
- o direito de acesso às informações coletadas a seu próprio respeito – com fins de identificar sua extensão e grau de exatidão;
- o direito à correção e eventual exclusão de informações inexatas que sejam incabíveis ou irrelevantes para os fins propostos pela fonte coletora;
- o direito à prescritibilidade de informações de caráter potencialmente danoso, considerando-se o decurso do tempo e a não repetição de faltas análogas ou semelhantes²⁹.

A doutrina elenca diversos direitos do indivíduo face ao avanço da tecnologia da informação, contudo, quatro devem ser destacados pelo caráter fundamental, previsto constitucionalmente: intimidade, vida privada, honra e dignidade da pessoa humana.

Alguns autores não veem relevância no estabelecimento

Vigilância e visibilidade: espaço, tecnologia e identificação / organizado por Fernanda Bruno, Marta Kanashiro e Rodrigo Firmino. Porto Alegre, 210. Pág.141/154

²⁹ SUSSEKIND, Mariane Sardenberg. O direito à privacidade e a divulgação de dados pessoais: a estrutura legal da proteção conferida aos cidadãos no Brasil e nos Estados Unidos da América. Direito, Estado e Sociedade, número 18. Rio de Janeiro. Pág.201



de distinção entre os conceitos de vida privada e intimidade e nesse sentido dispõe Ana Paula Gambogi:

esta diferenciação apresenta uma reduzida importância, uma vez que os defeitos jurídicos da violação da intimidade e da vida privada são idênticos, ensejando no âmbito civil, o dever de reparação consistente no pagamento de indenização dos danos morais e patrimoniais sofridos pela vítima³⁰.

Verifica-se, contudo, que o Constituinte se preocupou com essa distinção de modo a elencar cada um dos direitos individuais. Ressalte-se, ademais, que a violação ao direito à vida privada não é o mesmo que expor a intimidade do sujeito em termos de lesão ao seu íntimo e à dignidade do indivíduo. A respeito do conceito de vida privada, recorre-se à acepção de Dirley da Cunha, que dispõe:

a vida privada não se confunde com a intimidade, pois é menos secreta que esta. Não diz respeito aos segredos restritos da pessoa, mas sim à sua vida em família, no trabalho e no relacionamento com seus amigos, enfim, a vida privada é sempre um viver entre comuns, mas que também exige uma certa reserva³¹.

A intimidade, contudo,

se estabelece onde se fixa uma divisão nuclear entre o eu e o outro, de forma a criar um espaço que o titular deseja manter impenetrável mesmo aos mais próximos. Assim, o direito de intimidade tem importância e significação jurídica na proteção do indivíduo exatamente para defendê-lo de lesões a direitos dentro da interpessoalidade da vida privada³².

Verifica-se, portanto, que a intimidade se relaciona ao mundo intrapsíquico do ser humano, aos seus sentimentos, seus segredos, aquilo que lhe é confidencial. A vida privada, noutro sentido, compreende fatos que, em que pese não sejam de conhecimento de toda a coletividade, “transcendem o indivíduo,

³⁰CARVALHO, Ana Paula Gambogi. O consumidor e o direito à autodeterminação informacional: considerações sobre os bancos de dados eletrônicos. RDC 46/77-119. São Paulo: Ed. RT, abr. 2003.

³¹CUNHA Jr., Dirley da. Curso de Direito Constitucional. 5 ed. rev. amp. e atual. Salvador. Juspodium, 2011. Pág. 702.

³²ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JR., Vidal Serrano. Curso de Direito Constitucional. 7 ed. São Paulo. Saraiva, 2003. p. 117.

uma vez que há interrelação com parte da sociedade”³³. Quanto mais pessoal e mais privado é o fato, maiores tendem a ser as consequências pessoais a quem foi exposto e, nesse sentido, José Adércio Leite Sampaio cita como exemplo:

o prejuízo moral provocado pela divulgação de um defeito físico que a vítima procura esconder do público ou de suas ligações amorosas é objetivamente maior do que aquele causado pela divulgação do nome paronímico de um artista conhecido apenas pelo seu pseudônimo³⁴.

Quanto ao conceito de honra, dispõe Adriano Cupis: “a honra significa tanto o valor moral íntimo do homem, como a estima de outros, ou a consideração social, o bom nome ou a boa fama, como, enfim, o sentimento, ou consciência, da própria dignidade pessoal”³⁵. Verifica-se, portanto, que a honra se relaciona ao nome construído pelo cidadão em seu meio social e a sua visão de si mesmo.

Ressalte-se que se compreende a privacidade como o direito de estar só, aquele que salvaguarda a esfera do ser humano, insuscetível de intromissões externas³⁶. A pessoa tem o direito de retrain aspectos de sua vida do domínio público. Nesse contexto, a privacidade se trata da liberdade negativa de o indivíduo não sofrer interferência alheia. Verifica-se, portanto, que dados pessoais como histórico de mensagens de e-mail, aplicativo de mensagens e extrato de fatura de cartão de crédito enquadram-se como informações que, se expostas, podem vir a abalar a intimidade, a vida privada ou a honra do seu titular. Ocorre que os dados pessoais não são informações sempre e por si mesmas

³³ MAURMO, Julia Gomes Pereira. A distinção conceitual entre privacidade, intimidade, vida privada, honra e imagem. Revista de Direito Privado. Ed. RT. Vol. 57. 2014. 33-52. Pág. 47.

³⁴ SAMPIO, José Adércio Leite. Direito à intimidade e à vida privada: uma visão jurídica da sexualidade, da família, da comunicação e informações pessoais, da vida e da morte. Belo Horizonte. Del Rey, 1998. P. 446.

³⁵ CUPIS, Adriano de. Os direitos da personalidade. Trad. Afonso Celso Furtado de Rezende. Campinas: Romana, 2004. p. 138.

³⁶ BULOS, Uadi Lammêgo. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2008. Pág. 431.



privadas que não podem chegar ao domínio público,

A dinâmica de proteção dos dados pessoais foge à dicotomia do público e do privado, diferenciando-se substancialmente do direito à privacidade. Propugnar que o direito à proteção de dados pessoais seria uma mera evolução do direito à privacidade é uma construção dogmática falha que dificulta a sua compreensão (...) há uma série de liberdades individuais, atreladas ao direito à proteção de dados pessoais, que não são abraçadas pelo direito à privacidade³⁷.

Veja-se, por exemplo, que o nome da pessoa, o seu CPF, a associação de que uma pessoa é casada com outra, em que pese sejam dados pessoais, são informações públicas. Ademais, há situações em que o manejo de dados pessoais do indivíduo não afigura violação ao seu direito à privacidade, afinal ocorre apenas a utilização e tratamento das informações e não a sua publicização. Ocorre que o titular dos dados possui o direito e limitar a utilização desses dados, ainda que o resultado do tratamento seja mantido em caráter privado. A exemplo de páginas de *e-commerce* que, uma vez conhecedoras de produtos que o cliente procura, tornam a direcionar massiva propaganda. Veja-se, neste caso, não houve divulgação sequer de hábitos de consumo, portanto não houve violação da privacidade do sujeito, mas o consumidor reiteradamente é perturbado pelo volume de propagandas direcionadas. A sociedade da informação imprime, portanto, uma nova dinâmica e novos desafios para a garantia dos direitos da personalidade. A privacidade nas últimas décadas reuniu uma série de interesses ao redor de si, o que modificou a sua conceituação e análise. Nesse sentido, a privacidade não mais se estrutura em torno do eixo “pessoa-informação-segreto”, mas assume um paradigma “pessoa-informação-circulação-controle”³⁸.

A proteção da privacidade na sociedade da informação, tomada na sua forma de proteção de dados pessoais, avança sobre

³⁷ BIONI, Bruno Ricardo. Proteção de dados pessoais. Op. cit, pag. 99

³⁸ DONEDA, Danilo. Da privacidade, à proteção de dados pessoais. Ed. Renovar. 2017. Pág. 14



terrenos outrora intransponíveis e nos induz a pensá-la como um elemento que, antes de garantir o isolamento ou tranquilidade, serve a proporcionar ao indivíduo os meios necessários à construção e consolidação de uma esfera privada própria, dentro de um paradigma de vida em relação e sob o signo da solidariedade. [...] Este desdobramento verifica-se, sobretudo, na forma com que o tema foi tratado na elaboração da recente Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, em cujo art. 7º trata do tradicional direito ao ‘respeito pela vida familiar e privada’; enquanto seu art. 8º é dedicado especificamente à proteção de dados pessoais. A Carta, dessa forma, reconhece a complexidade dos interesses ligados à privacidade e utiliza-se de dois artigos para a sua disciplina: um primeiro, destinado a tutelar o momento individualista de intromissões exteriores; e outro, destinado à tutela dinâmica dos dados pessoais nas suas várias modalidades – sem fracionar sua fundamentação, que é a dignidade do ser humano³⁹.

Os dados pessoais, além de se formar como uma nova identificação da pessoa, passam a ser sua mercadoria e a interferir em sua própria esfera relacional, por isso os direitos da privacidade passam a não ser suficientes para determinar os limites da proteção e disponibilidade desses direitos, sendo necessário recorrer a um direito também fundamental, mas mais amplo, que venha a abranger um complexo de interesses, tanto do titular quanto da coletividade, sendo ele: da dignidade da pessoa humana.

A privacidade encerra valores que se desdobram em uma série de situações que não podem ser abrangidas dentro da lógica do direito subjetivo. Assim, a tradicional forma do direito à privacidade revela-se falaciosa, ou ao menos desaconselhável, ao aproximar-se de uma simbologia nos moldes de um direito subjetivo, inapto a colher a complexidade da situação⁴⁰.

A respeito da dignidade da pessoa humana, direito tutelado constitucionalmente,

A dignidade da pessoa humana é um valor espiritual e moral

³⁹ DONEDA, Danilo. Da privacidade, à proteção de dados pessoais. Ed. Renovar. 2017. Pág. 15-16

⁴⁰ DONEDA, Danilo. Da privacidade, à proteção de dados pessoais. Ed. Renovar. 2017. Pág. 88



inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autode-terminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se em um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que apenas excepcionalmente possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos⁴¹.

Entende a doutrina que a dignidade da pessoa humana se insere no texto constitucional como uma cláusula geral a que se subordinam todos os outros direitos da personalidade⁴². E, nesse cenário, a dignidade da pessoa humana se enquadra como direito fundamental também adequado para a tutela dos direitos do titular de dados pessoais, isso porque esses sujeitos merecem proteção tanto pelo potencial de lesão que a sua exposição pode causar ao seu titular quanto pelo fato de que podem ser utilizados de forma diversa pelo sujeito, até com caráter patrimonial.

É comum a afirmação de que os dados pessoais são o petróleo, insumo ou uma commodity, estando para a economia da informação como a destruição do meio ambiente estava para a economia industrial. Há uma verdadeira transformação das pessoas em mercadorias, considerando-se que os seus dados são o seu prolongamento. Não é à toa que se fala em morte da privacidade, crise ou erosão da intimidade, pois a realidade que lhe é subjacente demonstra que os dados pessoais são o que alimenta e movimenta tal economia e, mais do que isso, são a base de sustentação e ativo estratégico de uma série de modelos de negócios e para a formulação de políticas públicas. Há uma economia e uma sociedade que são cada vez mais reféns e dependentes desse livre fluxo informativo.

Nesse contexto, historicamente, normas de proteção de dados pessoais sempre tiveram a dupla função de não só garantir a privacidade e outros direitos fundamentais, mas também fomentar o desenvolvimento econômico⁴³.

⁴¹ MORAES, Alexandre de. Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2011. Pág.61.

⁴² FARIAS, Edílson Pereira de. Colisão de Direitos: à honra, à intimidade, à vida Privada e à imagem versus a liberdade de expressão e informação. 2.ed. P.63

⁴³ BIONI, Bruno Ricardo. Proteção de dados pessoais. Op. cit, pag. 108



5 ENTREVE À INOVAÇÃO?

Conforme já exposto, a inovação transforma e substitui as formas de produção e organização da economia, dando lugar a novos mercados, processos e mercadorias mais eficientes do que os antecedentes. Contudo, impera-se destacar impacto ainda maior: trata-se de fator primordial ao desenvolvimento de uma nação. Leonardo Alves Correa em seu trabalho “Existe um conceito jurídico de desenvolvimento?” define que o desenvolvimento pode ser concebido como: “sinônimo de crescimento; etapa linear e evolucionista de modernização; expansão das liberdades individuais; como complexo processo de alteração das estruturas sociais e econômicas”⁴⁴. Segundo esse conceito, as nações devem se deparar com um conceito estruturado de desenvolvimento integral, a partir do tripé econômico-social-político. E de acordo com esse paradigma, o desenvolvimento supera a mera análise econômica da inovação. Nesse sentido, a fim de se ponderar os limites do avanço de tecnologias e da inovação, quanto ao tratamento de dados pessoais, impera-se destacar que

⁴⁴ CORREA, Leonardo Alves. Existe um conceito jurídico de desenvolvimento? Notas da proposta de uma teoria jurídica de desenvolvimento pluridimensional constitucionalmente adequada. Revista Fórum de Direito Financeiro e Econômico - RFDDE – Belo Horizonte, ano 1, n. 1, mar. / ago. 2012 – pág 3



as garantias constitucionais que tutelam a dignidade da pessoa humana figuram como aspecto social do conceito de desenvolvimento. E em que pese, de fato, o desenvolvimento de tecnologias a respeito do tratamento de dados pessoais seja relevante, impera-se realizar a efetiva ponderação de valores e, nesse sentido, recorre-se ao professor Doutor Álvaro Ricardo de Souza Cruz que dispõe que “a defesa de um direito individual vai muito além da tutela dos interesses das partes envolvidas, pois quando o direito de qualquer um de nós é violado, toda a sociedade é aviltada com isso”⁴⁵. Ressalte-se que a garantia dos direitos fundamentais é aspecto básico para qualquer sociedade moderna e

“o papel do Direito é ser instrumento de transformação social para resgate de direitos ainda hoje não realizados. Cabe, pois, inevitavelmente, estabelecermos o caminho da reconstrução dos direitos fundamentais estabelecido pelo paradigma constitucional do Estado Democrático de Direito”⁴⁶.

Segundo Patrícia Baptista e Clara Iglesias Keller, “a regulação das novas tecnologias digitais não parece divergir substancialmente das decisões ordinárias da vida do Estado sobre a disciplina das demais atividades humanas”⁴⁷, sendo que a internet e as plataformas digitais são inovações tecnológicas disruptivas e, sem dúvidas, trazem uma nova realidade à sociedade, contudo, o direito não é prospectivo, nem ativista; sua tendência natural é procurar a solução das novas questões dentro do seu próprio arsenal de institutos⁴⁸. Nesse sentido, é que cumprirá ao

⁴⁵ CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Hermenêutica jurídica em debate: o constitucionalismo brasileiro entre a teoria do discurso e a ontologia existencial*. Belo Horizonte, Fórum, 2007. Pág.339.

⁴⁶ CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza e SAMPAIO, José Adércio Sampaio Leite. *Hermenêutica e Jurisdição Constitucional*. Belo Horizonte, Del Rey, 2001. Pág. 200.

⁴⁷ BAPTISTA, Patrícia & KELLER, Clara Iglesias. Por que, quando e como regular as novas tecnologias? Os desafios trazidos pelas inovações disruptivas. Artigo recebido em 29 de agosto de 2016 e aprovado em 29 de setembro de 2016. DOI: <http://dx.doi.org/10.12660/rda.v273.2016.66659> - RDA – revista de direito administrativo, rio de Janeiro, v. 273, p. 123-163, set./dez. 2016 – Pág. 127

⁴⁸ BAPTISTA, Patrícia & KELLER, Clara Iglesias. Por que, quando e como regular as novas tecnologias? Os desafios trazidos pelas inovações disruptivas. Artigo recebido em 29 de agosto de 2016 e aprovado em 29 de setembro de 2016. DOI: <http://dx.doi.org/10.12660/rda.v273.2016.66659>

aplicador do direito a realização da efetiva ponderação dos limites, até que ponto a garantia constitucional de proteção do indivíduo, quanto ao tratamento de seus dados pessoais, pode ser relativizada em nome de permitir que se inove neste mesmo aspecto. Conforme abordado, impera-se ressaltar mais uma vez que a ponderação deverá ser realizada pelo aplicador do direito de acordo com o caso concreto, contudo, a título de exemplificação impera-se registrar que a Lei 13.709/18 que é a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais regula a atividade de tratamento de dados pessoais e revela aspectos dessa ponderação. Verifica-se que a LGPD lista o consentimento como uma hipótese para o tratamento de dados pessoais, ocorre que nem sempre o titular ao oferecer o seu consentimento detém pleno domínio das consequências, para a sua reputação, do tratamento desses dados. Nesse sentido, a lei deve ser respeitada como um todo, de modo que, mesmo com consentimento, o agente de tratamento deve se embasar primariamente nos princípios insculpidos no art. 6º da lei⁴⁹. Ao mesmo tempo, o consentimento não é condição

[dx.doi.org/10.12660/rda.v273.2016.66659](https://doi.org/10.12660/rda.v273.2016.66659) - RDA – revista de direito administrativo, rio de Janeiro, v. 273, p. 123-163, set./dez. 2016 – Pág. 128

⁴⁹ Art. 6º As atividades de tratamento de dados pessoais deverão observar a boa-fé e os seguintes princípios:

I - finalidade: realização do tratamento para propósitos legítimos, específicos, explícitos e informados ao titular, sem possibilidade de tratamento posterior de forma incompatível com essas finalidades;

II - adequação: compatibilidade do tratamento com as finalidades informadas ao titular, de acordo com o contexto do tratamento;

III - necessidade: limitação do tratamento ao mínimo necessário para a realização de suas finalidades, com abrangência dos dados pertinentes, proporcionais e não excessivos em relação às finalidades do tratamento de dados;

IV - livre acesso: garantia, aos titulares, de consulta facilitada e gratuita sobre a forma e a duração do tratamento, bem como sobre a integralidade de seus dados pessoais;

V - qualidade dos dados: garantia, aos titulares, de exatidão, clareza, relevância e atualização dos dados, de acordo com a necessidade e para o cumprimento da finalidade de seu tratamento;

VI - transparência: garantia, aos titulares, de informações claras, precisas e facilmente acessíveis sobre a realização do tratamento e os respectivos agentes de tratamento, observados os segredos comercial e industrial;

VII - segurança: utilização de medidas técnicas e administrativas aptas a proteger os



absoluta para a realização do tratamento de dados pessoais, sendo que a Lei 13.709/18 estabelece que é possível ainda o tratamento de dados pessoais, independentemente do consentimento do titular dos dados, “quando necessário para atender aos interesses legítimos do controlador ou de terceiro, exceto no caso de prevalecerem direitos e liberdades fundamentais do titular que exijam a proteção dos dados pessoais”. Não obstante a necessária relevância ao consentimento, fato é que a sua exigência em todas as hipóteses necessariamente impactaria a dinâmica dos contratos, das relações, uma vez que se as hipóteses de tratamento de dados fossem adstritas aos termos do consentimento, verificar-se-ia grande burocratização, impossibilitando muitas vezes o desenvolvimento. Desse modo, a lei estabeleceu uma cláusula genérica permissiva do tratamento de dados pessoais, independentemente de consentimento do titular, o que vem a garantir os interesses da empresa quanto ao tratamento de dados dos seus clientes, desde que, no caso concreto, não viole os direitos e liberdades fundamentais do titular. As hipóteses de tratamento de dados previstas pelo dispositivo transcrito demonstram justamente o conflito que a realidade impõe entre o interesse do agente de tratamento e o titular dos dados e a LGPD estabelece diretrizes para a ponderação desses valores. A LGPD dispõe também sobre o tratamento de dados anonimizados, sendo que estes não são considerados dados pessoais, razão pela qual é possível o tratamento das informações independentemente do consentimento do seu titular. Em que pese parte da

dados pessoais de acessos não autorizados e de situações acidentais ou ilícitas de destruição, perda, alteração, comunicação ou difusão;

VIII - prevenção: adoção de medidas para prevenir a ocorrência de danos em virtude do tratamento de dados pessoais;

IX - não discriminação: impossibilidade de realização do tratamento para fins discriminatórios ilícitos ou abusivos;

X - responsabilização e prestação de contas: demonstração, pelo agente, da adoção de medidas eficazes e capazes de comprovar a observância e o cumprimento das normas de proteção de dados pessoais e, inclusive, da eficácia dessas medidas.



mais reconhecidas como forças motrizes centrais da transformação das estruturas econômicas e do desenvolvimento dos países de todo o mundo, no contexto da sociedade contemporânea. Nesse sentido, elemento de grande relevância na discussão a respeito dos limites quanto às inovações relativas ao tratamento de dados pessoais são os direitos do indivíduo, os quais se revelam de forma mais completa pelo princípio da dignidade da pessoa humana. Diante desse cenário, apresentou-se como problema a ser discutido: a proteção do indivíduo quanto ao tratamento de dados pessoais seria um entrave à inovação? Não que haja propriamente uma novidade aí. Diversos setores da inovação, confrontam-se com essas questões. Na temática, é preciso reconhecer, há ainda muito mais perguntas do que respostas, mas, nem por isso, o estudioso do direito pode se esquivar de esmiuçar o tema. Com isso em mente, empreendeu-se aqui um esforço de sistematização da relevância da inovação; dos avanços da inovação tecnológica quanto ao tratamento de dados pessoais; da tutela constitucional quanto ao tratamento de dados pessoais e a ponderação se a proteção do indivíduo quanto ao tratamento de dados seria um entrave à inovação. Nesse sentido, longe da pretensão de se apresentar fórmulas à ponderação dos limites do tratamento de dados pessoais, face aos direitos dos indivíduos que se impõem, conclui-se que a proteção do indivíduo não se trata de um entrave à inovação digital, mas sim de um aspecto de enorme relevância a ser considerado como critério para a tomada de decisão.



REFERÊNCIAS

ALIMONTI, Veridiana. *O fortalecimento da proteção do consumidor com o marco civil da internet*. In Vigilância e



- políticas públicas*. R. de Dir. Empresarial – RDEmp | Belo Horizonte, ano 14, n. 2, p. 209-226, maio/ago. 2017
- CORREA, Leonardo Alves. *Existe um conceito jurídico de desenvolvimento? Notas da proposta de uma teoria jurídica de desenvolvimento pluridimensional constitucionalmente adequada*. Revista Fórum de Direito Financeiro e Econômico - RFDPE –Belo Horizonte, ano 1, n. 1, mar. / ago. 2012
- CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Hermenêutica jurídica em debate: o constitucionalismo brasileiro entre a teoria do discurso e a ontologia existencial*. Belo Horizonte, Fórum, 2007
- CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza e SAMPAIO, José Adércio Sampaio Leite. *Hermenêutica e Jurisdição Constitucional*. Belo Horizonte, Del Rey, 2001
- CUPIS, Adriano de. *Os direitos da personalidade*. Trad. Afonso Celso Furtado de Rezende. Campinas: Romana, 2004
- CUNHA Jr., Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. 5 ed. rev. amp. e atual. Salvador. Juspodium, 2011
- DONEDA, Danilo. *A proteção de dados pessoais nas relações de consumo: para além da informação creditícia*. Escola Nacional de Defesa do Consumidor. Brasília: SDE/DPDC, 2010
- DONEDA, Danilo. *Da privacidade, à proteção de dados pessoais*. Ed. Renovar. 2017
- EDLER, Jakob & FAGERBERG, Jan. *Innovation Policy: What, Why & How* - <http://ideas.repec.org/s/tik/inowpp.html>
- FARIAS, Edilson Pereira de. *Colisão de Direitos: à honra, à intimidade, à vida Privada e à imagem versus a liberdade de expressão e informação*. 2.ed
- FLORES, André Stringhi. *Incentivo fiscal de inovação: impacto da Lei do Bem nas empresas brasileiras*. R. de Dir. Empresarial – RDEmp | Belo Horizonte, ano 12, n. 1, p. 101-123, jan./abr. 2015



- FURTADO, João. *O Estado da Inovação no Brasil: Evolução Recente e Perspectivas* - www.finep.gov.br/portaldpp
- MAURMO, Julia Gomes Pereira. *A distinção conceitual entre privacidade, intimidade, vida privada, honra e imagem*. Revista de Direito Privado. Ed. RT. Vol. 57. 2014. 33-52
- MAZZUCATO, Mariana. *O estado empreendedor: desmascarando o mito do setor público vs. Setor privado*. Tradução Elvira Serapicos. São Paulo: Portfolio-Penguin, 2014
- MAZZUCATO, Mariana & PENNA, Caetano. *The Brazilian Innovation System: A Mission-Oriented Policy Proposal*. In. Avaliação de Programas em CT&I. Apoio ao Programa Nacional de Ciência (Plataformas de conhecimento). Brasília, DF: Centro de Gestão e Estudos Estratégicos, 2015
- MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2011
- SAMPAIO, José Adércio Leite. *Direito à intimidade e à vida privada: uma visão jurídica da sexualidade, da família, da comunicação e informações pessoais, da vida e da morte*. Belo Horizonte. Del Rey, 1998
- SCHERTEL, Laura Mendes. *Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor. Linhas gerais de um novo direito fundamental*. São Paulo. Editora Saraiva. 2014, 1ª Ed
- SCHREIBER, Anderson. *Direito à privacidade n Brasil: Avanços e retrocessos em 25 anos de Constituição in Direitos fundamentais e jurisdição constitucional*. Alexandre Freire coordenação – 1a ed. São Paulo. Ed. Revista dos Tribunais, 2014
- SUSSEKIND, Mariane Sardenberg. *O direito à privacidade e a divulgação de dados pessoais: a estrutura legal da proteção conferida aos cidadãos no Brasil e nos Estados Unidos da América*. Direito, Estado e Sociedade, número 18. Rio de Janeiro



FATO GERADOR TRIBUTÁRIO À LUZ DA TEORIA DO FATO JURÍDICO

Danyelle Rodrigues de Melo Nunes¹Filipe Lôbo Gomes²Natalie Cristyne de Santana Barbosa Farias³

Resumo: Visando a contribuição para o entrelace a Teoria do Fato Jurídico com o Direito Tributário, tendo como base as obras do Professor Marcos Bernardes de Mello. O presente trabalho abordará alguns conceitos essenciais a essa Teoria, fazendo o cruzamento entre essas ideias e um dos principais institutos do direito tributário, o fato gerador. Com o estudo do fato gerador da obrigação tributária sob a perspectiva Teoria do Fato Jurídico, analisando a forma como ele é empregado pelo legislador e pela doutrina tributarista. Sendo observado que a expressão fato gerador é utilizada por vezes de forma equivocada, algumas como suporte fático, outras como fato jurídico. Entretanto esse entrelace leva a conclusão de que o fato gerador da obrigação tributária é um fato jurídico, ou mais precisamente, um ato-fato

¹ Mestranda em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito Público (PPGDP) na Universidade Federal de Alagoas (UFAL); Pós-Graduada em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários (IBET); Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito de Alagoas (FDA) na Universidade Federal de Alagoas (UFAL).

Doutor em Estado, regulação e tributação indutora pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Professor da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Alagoas e do CESMAC.

3 Mestranda em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito Público (PPGDP) na Universidade Federal de Alagoas (UFAL); Pós-Graduada em Direito e Processo do Trabalho, com formação em Magistério Superior, pela Universidade Anhanguera (UNIDERP); Bacharel em Direito pelo Centro de Estudos Superiores de Maceió (CESMAC).



TAX GENERATOR FACT IN THE LIGHT OF THEORY OF LEGAL FACT

Keywords: Legal Fact; Generator suit; Tax; Marcos Mello

1. INTRODUÇÃO



ser humano é um produto do meio onde ele vive. No decorrer da evolução humana diversos processos de adaptação social foram criados para possibilitar a convivência do homem em sociedade, sendo o direito um deles.

O direito surge como maneira de pacificação da sociedade, diante da necessidade de determinar regras e aplicar sanções, visando a regulação da conduta do indivíduo em sociedade.



Dessa necessidade nascem as normas jurídicas onde são estabelecidos mandamentos e sanções.

O Direito Tributário é construído nesse contexto de regramento da vida em sociedade, tendo como vetor o interesse público, visando o patrocínio das necessidades da coletividade, com a contribuição dos seus integrantes.

Por sua vez a Teoria do Fato Jurídico nasce em um berço civilista, coberta pelo direito privado, que se desenvolve tornando-se uma Teoria Geral do Direito, apta a ser empregada aos diversos ramos do Direito. Essa teoria possui conceitos bem definidos e gerais, de aplicação imediata e infalível.

O presente trabalho, visa a contribuir para o entrelaçamento dessa Teoria com o Direito Tributário, estudando o fato gerador da obrigação tributária pela perspectiva da Teoria do Fato Jurídico, elaborada pelo Professor Marcos Bernardes de Mello.

Trazendo uma sucinta análise da trilogia literária (Teoria do Fato Jurídico: Plano da Existência; Plano da Validade e Plano da Eficácia) do referido autor, seguida por um cruzamento com um dos principais institutos do direito tributário, o fato gerador.

Observando a forma como o fato gerador é empregado pelo legislador e por parte da doutrina, para poder enquadrá-lo na referida Teoria, não como suporte fático, mas sim como fato jurídico.

2. A TEORIA DO FATO JURÍDICO POR MARCOS BERNARDO DE MELLO

Antes de analisar o Fato Gerador da obrigação tributária sob a perspectiva da Teoria do Fato Jurídico, é essencial dominar alguns conceitos e premissas inerentes à Teoria, que teve substancial contribuição do Professor Marcos Mello, que, em sua trilogia literária, aborda as minúcias do Fato Jurídico.

A norma jurídica nasce de um desejo da comunidade,



produzindo um retrato da conduta humana almejada, sendo um fruto da valoração de fatos simples, com o objetivo de disciplinar a vida do homem em sociedade.⁴

Os processos de adaptação social são fontes das normas jurídicas, os principais deles são: a moral, a religião, a ciência, as artes, a etiqueta, a economia e o direito. O direito nasce como um processo necessário de adaptação social, que sofre influência dos demais, sendo o único cogente.

O simples acontecimento de um fato só interessa ao direito quando passível de ser relacionado a um ser humano, assim, estando ligado a um indivíduo quando um fato previsto na norma ocorre no mundo e recebe a incidência, realiza o direito. Só depois da incidência é que se adentra ao mundo jurídico, como uma unidade, um conjunto.

Para Marcos Mello o fenômeno jurídico acontece em três dimensões: dimensão política, dimensão normativa e dimensão sociológica.

A dimensão política corresponde a dimensão axiológica do direito, nessa dimensão ocorre a valoração dos fatos existentes no mundo dos fatos. Havendo uma “revelação da norma jurídica”, já existente na sociedade.⁵

A segunda dimensão é a normativa, que possui caráter dogmático, onde ocorre a incidência da norma sobre o suporte fático, diante do acontecimento no mundo dos fatos que faz incidir a norma sobre o fato valorado, suporte fático, transformando-o em fato jurídico.

Por sua vez esse fato jurídico constituído ingressa na dimensão sociológica, correspondente à terceira dimensão, onde será aplicado, sendo um “dever-ser”. Nessa dimensão deveriam ocorrer as consequências previstas na norma para aquele determinado fato jurídico, porém essa é a dimensão concreta, real,

⁴ MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. 21 ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 48.

⁵ MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. 21 ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 49.



O aplicador do direito não necessariamente tem que ser um jurista, uma autoridade competente, qualquer pessoa é capaz de “fazer o direito”. Quando uma pessoa compra uma televisão em uma loja, pratica um ato, que por ser previamente valorado pela norma jurídica e ter concretizado os elementos previstos para o suporte fático, faz com que aconteça a incidência da norma, surgindo o fato jurídico.

Em contrapartida a esse conceito de incidência, Paulo de Barro Carvalho, desloca a incidência para o final do processo. A norma para ele é a aplicação do texto, traduzida em linguagem competente. Nesse contexto, a incidência ocorre após a aplicação, só haveria incidência se uma autoridade competente afirmasse sua ocorrência.

A norma jurídica tanto prescreve o suporte fático, quanto os preceitos do fato jurídico, que podem vir juntos no mesmo dispositivo da lei ou em dispositivos diversos. Os preceitos são consequências ou efeitos do fato jurídico que serão produzidos no plano da eficácia da norma.

O suporte fático é um “conceito do mundo dos fatos, não

⁷ MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico*: plano da existência. 21 ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 136.



do mundo jurídico, porque somente depois que se concretizam no plano da realidade todos os elementos que o compõe é que se dá a incidência da norma, jurisdicizando-o e fazendo surgir o fato jurídico.”⁸

Podendo depreender que o suporte fático é o fato do mundo geral ainda não carimbado, estando no mundo dos fatos, ingressando no mundo jurídico quando sofre a incidência da norma jurídica.

Um outro ponto muito importante da Teoria do Fato Jurídico são os planos pelos quais o fato jurídico perpassa, quais sejam: o Plano da Existência, o Plano da Validade e o Plano da Eficácia. Sendo planos distintos e independentes, contudo a existência é o primeiro e o único plano essencial do fato jurídico.

O Plano da Existência é o plano do ser, “ao sofrer a incidência de norma jurídica jurisdicante, a parte relevante do suporte fático é transportada para o mundo jurídico, ingressando no plano da existência.”⁹

O suporte fático suficiente ingressa no plano da existência após sofre a incidência da norma, nesse momento não é analisada a validade ou a eficácia do fato recém-formado, o que se analisa é se o suporte fático foi preenchido e se houve a incidência da norma, gerando o fato jurídico existente.

Caso o suporte fático não seja suficiente o fato jurídico é inexistente, entretanto essa inexistência não constitui uma sanção do ato, apenas um não acolhimento no mundo jurídico.

O plano da validade é o segundo estágio percorrido pelo fato jurídico existente, desde que a vontade seja elemento essencial do suporte fático, sendo feita uma filtragem onde serão separados os atos jurídicos perfeitos e os que estão maculados por alguma invalidade.¹⁰

⁸ MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. 21 ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. P.83.

⁹ MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. 21 ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 161.

¹⁰ MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*.



A invalidade é a reação do sistema à imperfeição do ato jurídico, configurando uma sanção, essa visa a manutenção da integridade do sistema jurídico. O sistema jurídico não deixa de ter sua eficácia e seus efeitos tão somente porque não se cumpre o que ele determina. Uma norma jurídica pode ser desrespeitada e não perder sua validade.

Somente os atos jurídicos passam pelo filtro da validade, não sendo “possível ter-se como inválido um fato jurídico stricto sensu, porque seria sem sentido dizer-se que um fato da natureza é nulo ou anulável. A natureza é infensa à vontade humana”¹¹, ou seja, o fato jurídico que independe da vontade humana não pode ser invalidade por essa vontade.

Por último, o fato jurídico passa pelo Plano da Eficácia onde produzirá os seus efeitos ou consequências jurídicas. Contudo para chegar a esse plano o fato jurídico terá que passar obrigatoriamente pelo plano da existência, pois só produz efeito jurídico o fato existente, mas não necessariamente terá que entrar no plano da validade, pois um fato jurídico inválido é apto a produzir efeitos jurídicos

Sendo assim, não existi nenhum fato jurídico completamente ineficaz, até mesmo o ser nulo já é um efeito jurídico.

O plano da existência quanto o plano da validade são planos abstratos ou dogmáticos, por sua vez o plano eficácia é onde o fato jurídico se concretiza produzindo efeitos e consequências, que podem ser previstas ou não na norma jurídica.

Para o Professor Marcos Mello existem três tipos de eficácia: a) eficácia normativa; b) eficácia jurídica; e, c) eficácia social.

A eficácia normativa acontece quando a incidência transforma o suporte fático em fato jurídico. Por sua vez, eficácia jurídica corresponde às consequências dos fatos jurídicos, os

21 ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 162.

¹¹ MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da validade*.

14 ed. São Paulo: Saraiva, 2015. pp. 54-55.

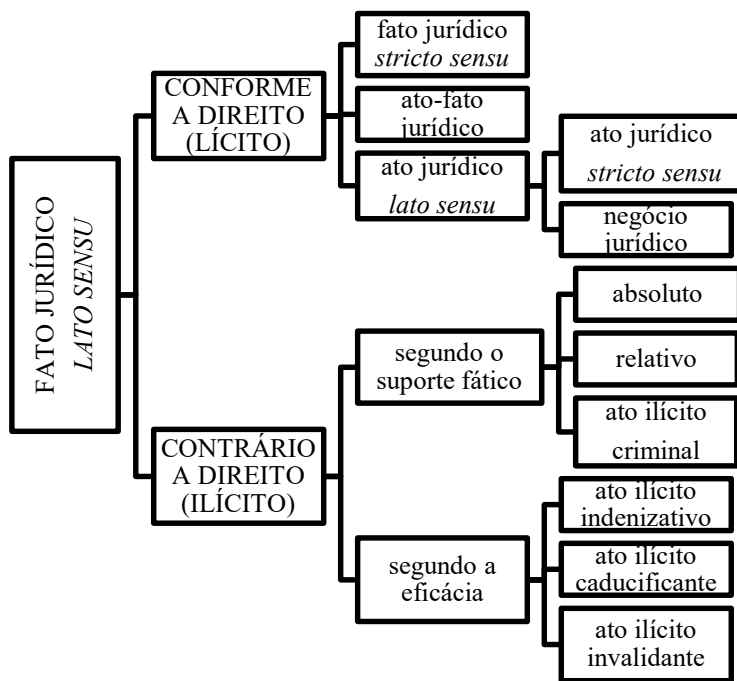


direitos, os deveres. Por fim, a eficácia social é a realização do direito no mundo social, sendo sinônimo de efetividade.

Para classificar o fato jurídico o Marcos Mello adotou o critério dos fatos jurídicos “conformes a direito”, que são os fatos jurídicos *lato sensu* Lícitos, e “contrário a direito” que são os fatos jurídicos *lato sensu* Ilícitos. Dentro dessa classificação indicou e conceituou suas espécies, conforme a “presença, ou não, de conduta humana volitiva à base do suporte fáctico.”¹²

Diante desses critérios o fato jurídico pode ser classificado:

Figura 1



Fonte: elaborada pela autora¹³

¹² MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico*: plano da existência. 21 ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 183.

¹³ Inspiração na figurada do livro: MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico*: plano da existência. 21 ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 185.

Considerando essa classificação, os fatos jurídicos *lato sensu* “conforme a direito” são os lícitos. Tendo o fato jurídico *stricto sensu* como fatos apenas da natureza, ou seja, seu suporte fático não possui como núcleo o ato humano.¹⁴

Por sua vez, o ato-fato jurídico pressupõe uma conduta que resulta sempre em um resultado fático, aqui o que interessa é o resultado, não importando se o ato humano possuía ou não elemento volitivo.

Contudo, o fato jurídico que possui como núcleo do seu suporte fático a “exteriorização consciente de vontade, que tenha por objeto obter um resultado juridicamente protegido ou não proibido e possível” é denominado de ato jurídico *lato sensu*. Que por sua vez subdivide-se em: ato jurídico *stricto sensu* e negócio jurídico.¹⁵

O ato jurídico *stricto sensu* é aquele em que a vontade expressa pelo indivíduo limita-se a compor o suporte fático, porém seus efeitos necessários são previstos pelas normas jurídicas correspondente, denominando-os de efeitos *ex lege*. Por seu turno, no negócio jurídico o elemento volitivo não se encontra somente no núcleo do suporte fático, a vontade permeia-se pelos efeitos do negócio jurídico.

Por outro turno, os fatos jurídicos contrários a direito são os ilícitos, mesmo sendo contrário ao sistema, o fato ilícito não deixa de ser jurídico, produzindo seus efeitos no mundo jurídico. Assim sendo, a mesmas classificações se reproduzem nos fatos jurídicos ilícitos, exceto a de negócio jurídico: fatos jurídicos *stricto sensu*, atos-fatos e atos ilícitos.

Estabelecidos essas ideias basilares da Teoria do Fato Jurídico, será feita uma integração entre esses conceitos e o Fato Gerador da obrigação tributária.

¹⁴ MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. 21 ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 193.

¹⁵ MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. 21 ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 206



3. O FATO GERADOR TRIBUTÁRIO NA TEORIA DO FATO JURÍDICO

A Teoria do Fato Jurídico é vista como uma teoria essencialmente civilista, sendo pouco abordada no Direito Tributário, tendo aqui um desafio de entrelaçá-la a esse ramo do direito que possui regras tão específicas, fazendo uma análise do fato gerador tributário à luz da Teoria do Fato Jurídico.

Tanto o Código Tributário Nacional, quanto a Constituição Federal, fazem menção a expressão Fato Gerador, expressão essa que corresponde a uma liberalidade do legislador, porém não é uma expressão adotada pela Teoria do Fato Jurídico de Marcos Bernardes de Mello, nem pela doutrina lógico-semântica de Paulo de Barros Carvalho.

O Código Tributário Nacional prevê, no artigo 116, que ocorre o fato gerador e seus correspondentes efeitos, quando:

I - Tratando-se de situação de fato, desde o momento em que o se verifiquem as circunstâncias materiais necessárias a que produza os efeitos que normalmente lhe são próprios;

II - Tratando-se de situação jurídica, desde o momento em que esteja definitivamente constituída, nos termos de direito aplicável.¹⁶

A expressão Fato Gerador é aplicada pela legislação brasileira de forma equivocada porque ela se revela ambígua e confusa, chegando a aludir ao mesmo tempo a três realidades essencialmente distintas, como suporte fático abstrato; suporte fático concreto; ou ainda como fato jurídico. No entanto, o fato gerador concretiza-se,

para fins de incidência e consequente jurisdicização, dá-se quando presentes os elementos relativos aos sujeitos e ao objeto, materializa-se o seu elemento cerne, a que a doutrina

¹⁶ BRASIL. Lei n. 5.172, de 25 de outubro de 1966. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 27 out 1966*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15172.htm>. Acesso em: 01 ago. 2019.

costuma referir-se como hipótese de incidência, pressuposto de fato, fato imponible, situação-base, dentre outras locuções usadas para designar aqueles fatos, atos ou estados de fato ou situações jurídicas descritas na lei como “eventos de expressão econômica” que constituem “o critério material” previsto na hipótese da regra matriz (...).¹⁷

Diante desse conceito é possível depreender que o fato gerador tributário não significa suporte fático por si só, mas um fato jurídico, ou seja, o suporte fático juridicizado pela incidência.

Hugo de Brito Machado corrobora da ideia, ao afirmar que “o estudo do fato gerador é de grande importância, mas não constitui sequer especificidade do Direito Tributário. Os direitos em geral têm seus fatos geradores. São os fatos jurídicos”.

Assim, para Machado “ainda que se trate de um ato jurídico, no sentido dessa expressão no Direito Civil, o fato gerador da obrigação tributária há de ser sempre considerado como fato.”¹⁸

Podendo sintetizar, no dizer de José Antônio Garrido, o fato gerador tributário como: “(i) um fato exaustivamente previsto em lei, integrante de um tipo tributário (princípios da legalidade e da tipicidade); (ii) de conteúdo econômico; (iii) para cuja concretização a vontade é irrelevante; (iv) que tem a específica eficácia jurídica de criar a obrigação tributária.”¹⁹

Entende-se que o fato jurídico se identifica com o próprio conceito de fato gerador, o qual corresponde ao fato imponible, aquele passível de sofrer imposição, que surge a partir da incidência automática da norma sobre o fato, desabrochando a relação jurídica, desencadeando o surgimento de um direito

¹⁷ MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. 21 ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 102.

¹⁸ MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*. 28 ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 154.

¹⁹ GARRIDO, José Antônio Ferreira. *Fato Gerador da Obrigação Tributária como Ato-Fato Jurídico*. 228 p. Tese (Mestrado em Direito), Universidade Federal da Bahia. Faculdade de Direito, Salvador, 2012. p. 115.



subjetivo da Fazenda Pública e de um dever jurídico do contribuinte, apto a produzir efeitos jurídicos.

Indo mais além, Garrido, por meio de uma análise dos artigos 109, 118 e 126, do Código Tributário Nacional - CTN, chega à conclusão que o fato gerador da obrigação tributária se equipara ao ato-fato jurídico:

O primeiro afirma que os princípios gerais de direito privado são utilizados para a definição, o conteúdo e o alcance de seus institutos, conceitos e formas, mas não influenciam na definição dos efeitos tributários, de sorte que a norma tributária atribui eficácia autônoma aos fatos tributários. Segundo o art. 118, o fato gerador deve ser interpretado com a abstração da validade jurídica dos atos que compõem o suporte fático de incidência da norma jurídica, de modo que, inserido neste, o fato tributário não se submete a exame de validade. Além destes dispositivos, a interpretação do art. 126 do CTN induz à desvinculação da capacidade de exercício tributária passiva (aptidão de se tornar sujeito passivo do tributo por ter praticado o fato tributário) à capacidade civil as pessoas físicas bem assim à transitória restrição ao exercício de capacidade jurídica específica destas; dessarte, mesmo o sujeito que não tem capacidade de manifestar sua vontade na prática do ato ou na definição dos efeitos jurídicos deste, pratica fato tributário e se torna sujeito passivo do tributo.²⁰

Podendo inferir que o fato gerador tributário corresponde ao fato jurídico *lato sensu*, mais especificamente ao ato-fato jurídico, em seu cerne existe uma conduta mais um evento, prevalecendo o evento, pois ele é irremovível. Desta forma a conduta leva sempre a um resultado fático, prevalecendo o fato, não a conduta.

Em outras palavras, o suporte fático se concretiza independente do aspecto volitivo, podendo até aparecer no núcleo do suporte fático, mas não é essencial para incidência da norma, ou

²⁰ GARRIDO, José Antônio Ferreira. *Fato Gerador da Obrigação Tributária como Ato-Fato Jurídico*. 228 p. Tese (Mestrado em Direito), Universidade Federal da Bahia. Faculdade de Direito, Salvador, 2012.p. 5.

seja, acontecendo o fato da natureza ou o ato humano descrito, ocorrerá a incidência da norma tributária, desde que concretizados os elementos previstos no texto da lei, independente da vontade humana.

O artigo 118 do Código Tributário Nacional, preconiza que a definição legal do fato gerador dever ser analisada abstraíndo a “validade jurídica dos atos efetivamente praticados pelos contribuintes, responsáveis, ou terceiros, bem como da natureza do seu objeto ou dos seus efeitos”²¹, levando a conclusão de que o fato gerado, ou melhor definindo o fato jurídico tributário, não passa pelo plano da validade, pois a vontade do indivíduo de praticar ou não o fato gerador é irrelevante, por conseguinte o fato gerador tributário passa apenas pelo plano da existência e plano da eficácia.²²

Perante esses preceitos é possível depreender que:

o ato-fato que tem por eficácia jurídica o nascimento da obrigação tributária é um ato-fato jurídico da categoria dos atos reais, pois (i) exaustivamente previsto em lei, integrante de um tipo tributário (princípios da legalidade e da tipicidade); (ii) de necessário conteúdo econômico (de resultado econômico); (iii) para cuja concretização a vontade é irrelevante; (iv) que tem a específica eficácia jurídica de criar a obrigação tributária (eficácia constitutiva), sendo que o chamado fato resultante é o relevante para essa eficácia.²³

Na realidade do direito tributário, citando como exemplo a disposição do artigo 19 do Código Tributário Nacional²⁴, que

²¹ BRASIL. Lei n. 5.172, de 25 de outubro de 1966. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 27 out 1966*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15172.htm>. Acesso em: 01 ago. 2019.

²² GARRIDO, José Antônio Ferreira. *Fato Gerador da Obrigação Tributária como Ato-Fato Jurídico*. 228 p. Tese (Mestrado em Direito), Universidade Federal da Bahia. Faculdade de Direito, Salvador, 2012. p. 162.

²³ GARRIDO, José Antônio Ferreira. *Fato Gerador da Obrigação Tributária como Ato-Fato Jurídico*. 228 p. Tese (Mestrado em Direito), Universidade Federal da Bahia. Faculdade de Direito, Salvador, 2012. p. 164.

²⁴ BRASIL. Lei n. 5.172, de 25 de outubro de 1966. Dispõe sobre o Sistema



institui o imposto de importação de produtos estrangeiros, define como suporte fático, erroneamente denominado de “fato gerador”, a entrada no território nacional de produtos estrangeiros.

Nessa situação, presume-se um ato humano que fará com que um produto estrangeiro transponha as fronteiras brasileiras, porém o fato de ter adentrado ao Brasil, independe da vontade ou não do indivíduo de querer concretizá-lo, ou seja, a norma jurídica que prevê o referido imposto incidirá infalivelmente.

Caso semelhante ocorre com a previsão normativa do artigo 32, também do Código Tributário Nacional, que dispõe sobre o Imposto sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana, conhecido como IPTU, tem como suporte fático, denominado mais uma vez equivocadamente como “fato gerador”, a propriedade, o domínio útil ou a posse de bem imóvel por natureza ou por acessão física, como definido na lei civil, localizado na zona urbana do Município.²⁵

Para a concreção desse fato jurídico tributário e sua consequente incidência normativa, é necessário que aconteçam os elementos cerne do suporte fático, alguém tenha a “propriedade, o domínio útil ou a posse de bem imóvel”, e que este bem esteja localizado na zona urbana.

Presume-se que houve um ato humano antecedente para a concreção desse fato jurídico, para incidência da norma não importa qual era a vontade de quem praticou o ato, bastando o preenchimento dos requisitos para que nasça a obrigação tributária.

A incidência da norma tributária sobre o correspondente

Tributário Nacional e instituiu normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 27 out 1966*. Disponível em: < <http://www.planalto.gov.br/ccivil/03/leis/15172.htm>>. Acesso em: 01 ago. 2019.

²⁵ BRASIL. Lei n. 5.172, de 25 de outubro de 1966. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 27 out 1966*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15172.htm>. Acesso em: 01 ago. 2019.

suporte fático faz nascer a relação jurídica tributária, entre o Ente responsável (credor) e o contribuinte (devedor), mas nessa relação jurídica não produz seu conteúdo eficaz de imediato, “enquanto sejam apenas direitos e deveres, não contém, em si, exigibilidade, pois os poderes e faculdades, como ônus e submissões, que seja seus conteúdos, somente existem *in potentia*”.²⁶

Para que esse tributo seja exigível é necessário o seu lançamento, que corresponde ao suporte fático do fato jurídico tributário, sendo responsável pela eficácia final, tornando o crédito exigível. “O lançamento, assim, constitui ato jurídico *stricto sensu* necessário e vinculado a que o contribuinte possa pagar o tributo devido; é ato jurídico que integra sem o compor”.²⁷

A relação jurídica tributária é definida como resultado do fato jurídico tributário, que tem por eficácia a “imposição financeira destinada a financiar atividade pública”.²⁸ Essa relação sempre terá natureza:

(a) de direito público, mesmo quando o titular de seu polo ativo seja entidade de direito privado, (b) de direito relativo, uma vez que seu sujeito passivo é sempre determinado, e (c) de direito pessoal de crédito, pois a obrigação principal que dela resulta consiste em uma promessa do sujeito passivo de pagamento do tributo (*latu sensu*) devido.²⁹

No sentir do Professor Marcos Mello, não se pode excluir da vontade do sujeito que praticou o ato que de alguma forma gerou a incidência da norma. Mesmo diante do caráter cogente e efeito compulsório dos deveres e obrigações da norma jurídica que incide sobre o fato jurídico tributário.³⁰

²⁶ MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico*: plano da existência. 21 ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 103-104.

²⁷ MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico*: plano da existência. 21 ed. São Paulo: Saraiva, 2017. Passim.

²⁸ MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico*: plano da eficácia: 1ª Parte. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p.244.

²⁹ MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico*: plano da eficácia: 1ª Parte. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 275.

³⁰ MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico*: plano da eficácia:



Por serem circunstância impositivas, os efeitos dessas relações jurídicas, estabelecidas pela incidência da norma tributária “não altera o ser uma promessa do contribuinte o objeto da relação jurídica tributária, uma vez que ninguém é contribuinte senão inserir-se em situação fática ou jurídica que constitua suporte fático de norma jurídica tributário.”³¹

Quando o artigo 32 do Código Tributário Nacional estabelece o suporte fático do Imposto sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana - IPTU, em seguida vem o artigo 34, para o complementar, definindo o sujeito passivo dessa relação, aduzindo que: “Contribuinte do imposto é o proprietário do imóvel, o titular do seu domínio útil, ou o seu possuidor a qualquer título.”³²

Ser proprietário, titular ou possuidor é necessário um ato de vontade prévio que embora não seja o cerne do suporte fático, ele o compõe, não podendo ser desprezado, porém esse ato ou vontade de produzi-lo não será considerado na produção dos efeitos que a norma jurídica impõe para aquele determinado fato jurídico tributário, não importando a vontade ou a capacidade de quem produziu o ato.

4. CONCLUSÃO

Analizando o fato gerador da obrigação tributária sob a perspectiva da Teoria do Fato Jurídico, de Marcos Mello, observa-se como a expressão fato gerador é empregada, erroneamente ou com múltiplos sentidos pelo legislador.

O entrelace entre a referida Teoria e o fato gerador

1ª Parte. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 248.

³¹ MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da eficácia*: 1ª Parte. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 276.

³² BRASIL. Lei n. 5.172, de 25 de outubro de 1966. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 27 out 1966*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15172.htm>. Acesso em: 01 ago. 2019.



tributário, levou a depreender que muitas vezes ele é aplicado pelo legislador com sinônimo de suporte fático, mas na verdade é corresponde ao fato jurídico.

Quando o suporte fático se concretiza fazendo incidir a norma jurídica tributária, gerando o fato jurídico tributário. Que por sua vez passará pelo plano da existência, como porta de entrada ao sistema jurídico e em seguida passará pelo plano da eficácia, onde será verificada a possibilidade de produção de efeitos.

Existem algumas particularidades nesse processo do fato jurídico tributário: 1) ele não passa pelo plano da validade, por expressa disposição legal (artigo 118, Código Tributário Nacional), pois não se leva em conta o elemento volitivo do ato humano, não sendo desprezado, mas não será valorado; 2) as consequências não serão produzidas imediatamente, pois a relação jurídica fruto desse processo só será exigível após o lançamento do crédito tributário.

Diante dos exemplos apresentados, retirados do Código Tributário Nacional à luz da Teoria do Fato Jurídico, é possível depreender que o fato gerador da obrigação tributária tem como elementos do suporte fático o acontecimento de um ato que gerará um fato, mas o essencial para a incidência da norma é a concretude desse fato.

Não sendo desprezado o ato praticado, mas ele não é indispensável para o nascimento da obrigação tributária, ou seja, o indivíduo não pode dizer que comprou a casa, mas que não tem a intenção de ser proprietário dela e que por isso não pagará Imposto sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana - IPTU. Ele tornar-se-á responsável tributário apenas pelo fato de ser proprietário do imóvel.

Todos esses elementos levam a conclusão de que o fato gerador da obrigação tributária sob o prisma da Teoria do Fato Jurídico, é um fato jurídico *lato sensu*, e mais especificamente, um ato-fato jurídico, pois a vontade ou a capacidade do homem



não é essencial para incidência da norma jurídica e a produção dos efeitos por ela previstos.



REFERÊNCIAS

- BRASIL. Lei n. 5.172, de 25 de outubro de 1966. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 27 out 1966. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15172.htm>. Acesso em: 01 ago. 2019.
- GARRIDO, José Antônio Ferreira. *Fato Gerador da Obrigação Tributária como Ato-Fato Jurídico*. 228 p. Tese (Mestrado em Direito), Universidade Federal da Bahia. Faculdade de Direito, Salvador, 2012.
- MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*. 28 ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da eficácia*: 1ª Parte. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- _____. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. 21 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- _____. *Teoria do fato jurídico: plano da validade*. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.



DIREITO DE IR E VIR DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES NO BRASIL *VERSUS* AUTORIZAÇÃO PARA VIAJAR DENTRO E FORA DO TERRITÓRIO NACIONAL

Douglas Vasconcelos Barbosa¹

Resumo: As crianças e os adolescentes são seres humanos dotados de direitos, inclusive com direito à liberdade que compreende, também, sua locomoção dentro e fora do território nacional. Destarte, no ano de 2019, a Lei nº 13.812, de 16 de março de 2019 modificou o Estatuto da Criança e do Adolescente no que toca à autorização para viajar. Outrossim, o Conselho Nacional de Justiça – CNJ, também com base nessa mesma lei, assim como outras normas, editou a Resolução nº 295 de 13 de setembro de 2019, “unificando” as ideias e procedimentos sobre o tema. Nesse sentido, por meio de pesquisa exploratória, bibliográfica e qualitativa, com fontes em arquivos de documentos públicos, e inferência para análise dos dados, o presente trabalho teve como objetivo apresentar os avanços trazidos pelo legislador pátrio e hodierno, assim como pelas informações contidas na resolução do CNJ. Por fim, foi possível concluir que a mudança legal e a unificação dos requisitos pelo CNJ, contribui para uma melhor eficácia da doutrina da proteção integral.

Palavras-Chave: Autorização. Viagem. Liberdade. Crianças. Adolescentes.

THE RIGHT TO GO AND COME FOR CHILDREN AND

¹ Mestrando em Educação, Culturas e Identidades da Universidade Federal Rural de Pernambuco – UFRPE, em parceria com a Fundação Joaquim Nabuco – FUNDAJ. Docente do Curso de Bacharelado em Direito da Associação de Ensino Superior Santa Terezinha – AESST/Pernambuco.



ADOLESCENTS IN BRAZIL *VERSUS* AUTHORIZATION
TO TRAVEL INSIDE AND OUTSIDE THE NATIONAL
TERRITORY

Abstract: Children and adolescents are human beings with rights, including the right to freedom, which also includes their movement within and outside the national territory. Thus, in 2019, Law No. 13,812 of March 16, 2019 amended the Statute of the Child and the Adolescent regarding the authorization to travel. Furthermore, the National Council of Justice - CNJ, also based on this same law, as well as other norms, issued Resolution No. 295 of September 13, 2019, “unifying” the ideas and procedures on the subject. In this sense, through exploratory, bibliographical and qualitative research, with sources in public document archives, and inference for data analysis, the present work aimed to present the advances brought by the homeland legislator, as well as the information contained in CNJ resolution. Finally, it was concluded that legal change and the unification of requirements by the CNJ contributes to a better effectiveness of the doctrine of integral protection.

Keywords: Authorization. Trip. Freedom. Children. Teens.

1. INTRODUÇÃO

O direito à liberdade parece abranger quase tudo o que é garantido pela Constituição e pelo ordenamento jurídico infraconstitucional aos titulares de direitos fundamentais em geral (MARTINS, 2012, p. 47)



om as palavras de Martins (2012) à epígrafe, não se pode demudar que as crianças e adolescentes, atualmente, gozam de diversificados direitos que lhes foram outorgados, seja pela Constituição Federal de 1988, em seu artigo 227, seja em função



de legislações esparsas e específicas, como é o caso, por exemplo, da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, comumente conhecida no meio social e jurídico, como ECA. Assim, dita o artigo 4º desta norma (BRASIL, 1990) que a criança e ao adolescente têm, entre outros, o direito à liberdade.

Não empaca por aí, visto que na mesma lei, mais precisamente em seu artigo 16 há a compreensão de quais aspectos estão relacionados ao direito à liberdade, este garantido às crianças e adolescentes de nosso país, pelo que vigora no ECA. Destarte, dos sete incisos que compõem o aludido dispositivo legal, nos interessa o inciso primeiro, pois aduz que eles – crianças e adolescentes – têm direito de ir, vir e estar nos logradouros públicos e espaços comunitários, ressalvadas as restrições legais (BRASIL, 1990).

Assim sendo, um dos recortes que faremos dentro desse dispositivo, para os objetivos aqui perseguidos, está relacionado aos verbos “ir” e “vir”, mormente na expressão “ressalvadas as restrições legais”; e vamos explicar os motivos no decorrer desse trabalho. Inicialmente, fiquemos com o seguinte questionamento: se é direito (à liberdade) das crianças e adolescentes poderem “ir” e “vir”, qual o sentido lógico-jurídico de sua restrição ao término do artigo que outorga essas garantias para esses sujeitos de direitos?. Pois bem! A discussão, destarte, torna-se preeminente na contemporaneidade.

Vamos seguir... Os verbos citados indicam que as crianças e adolescentes podem ir para algum lugar e, se vão, compreendemos que voltam; pelo menos é o sentido que se tem. No entanto, é de se questionar se essas duas ações, representadas pelos verbos no infinitivo, se referem, apenas, aos logradouros públicos e espaços comunitários ou podemos compreender de maneira *latu sensu*: abrangente. Assim, preferimos entender que seja essa segunda opção, pois vai dialogar com a temática aqui aventada.

Dito isso, a gente não pode deslembrar que essas ações –



que representam direito para crianças e adolescentes – não são tão fáceis de compreensão; mesmo que amplas, como sugerimos outrora – uma vez que esses sujeitos de direitos, geralmente, estão sempre acompanhados de adultos para realizarem atividades diárias, como por exemplo, ir e voltar da escola, ir e voltar do cinema, ir e voltar da praça, ir e voltar da casa dos avós, ir e voltar do hospital quando estão doentes... viajar.

Sobre essa ação – viajar –, uma das questões mais contemporâneas, para não dizer totalmente atual no mundo jurídico, mormente no que diz respeito ao campo científico-doutrinário do direito da infância e da juventude, na República Federativa do Brasil, é a coeva legislação promulgada pelo atual Presidente ao décimo sexto dia do mês de março do ano corrente (2019). Assim, mudou-se, por completo, o entendimento e a efetividade dos textos normativos alterados; requerendo tamanha atenção de todos que, diuturnamente, aplicam a doutrina da proteção integral à criança e ao adolescente no país.

Nesse sentido, a Lei nº 13.812, de 16 de março de 2019, instituindo a Política Nacional de Busca de Pessoas Desaparecidas e criando o Cadastro Nacional de Pessoas Desaparecidas, altera o Estatuto da Criança e do Adolescente, mais precisamente o seu artigo 83, bem como as alíneas “a” e “b” do parágrafo primeiro do citado dispositivo legal que tinha redação original, sem alteração formal, há mais de vinte e nove anos, desde a promulgação do ECA, aqui no Brasil, bem no início da década de noventa.

Assim, há regra geral e exceções; e nós vamos perfilhá-las mais adiante. No entanto, antes disso, torna-se protuberante – mormente salutar – discursar sobre o direito que as crianças e adolescentes têm de ir e vir, desde a entrada em vigor da nossa Constituição Federal de 1988, mais também sobre a liberdade que está estampada em múltiplas normas legais que tratam do tema, assim como na doutrina, principalmente na jurisprudência. É hora do diálogo...! Viajemos por ele...!



2. VIAGEM METODOLÓGICA DA PESQUISA

Essa é uma pesquisa exploratória, bibliográfica e qualitativa (MINAYO, 2016), com fontes em documentos públicos (LAKATOS, 2019). O objetivo geral aqui almejado esteve ligado em apresentar os avanços trazidos pelo legislador pátrio e hodierno, por intermédio da edição da Lei nº 13.812, de 16 de março de 2019, assim como pelo Conselho Nacional de Justiça – CNJ, ao publicar, com base nesta norma legal em comento, a Resolução nº 295 de 13 de setembro de 2019 que dispõe sobre autorização de viagem nacional para crianças e adolescentes.

A justificativa dessa demanda científica está atrelada ao fato de que a autorização, judicial ou não, para locomoção de crianças e adolescentes dentro do território nacional e sua saída ao exterior, é assunto de vultuosa relevância social, que merece atenção por parte de toda sociedade, motivo pelo qual, demandas dessa natureza devem ser incentivadas e disseminadas. Ademais, a inferência (LAKATOS, 2019; MINAYO, 2016) foi empregada na análise dos dados.

3. RESULTADOS E DISCUSSÃO

3.1 LIBERDADE DE IR E VIR: DIREITO DAS CRIANÇAS E ADOLESCENTES

O direito das crianças e adolescentes de locomoção – ir e vir – dentro do território nacional, quiçá saindo da base geográfica do nosso país, não é um assunto tão simplório, mas que precisa ser disseminado e compreendido por todos que, diuturnamente, aplicam ou tentam aplicar a doutrina da proteção integral cunhada na Lei nº 8.069/1990, ou seja, do ECA, como afirmamos outrora.



3.1.1 O QUE DIZ A LEI?

A nossa Lei Maior, intitulada de Constituição Democrática, preconiza no título II, capítulo I, uma série de direitos e deveres individuais e coletivos dos cidadãos brasileiros. Dentre eles, está a liberdade de locomoção como direito estampado no artigo 5º, inciso XV, ou seja, é livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens (BRASIL, 1988).

Além da locomoção, estampada no dispositivo outrora citado, podemos aduzir que a nossa Constituição Federal hodierna garante às crianças e adolescentes o direito à liberdade, conforme preceitua o artigo 227. Nesse contexto, essa garantia está para ser assegurada por uma tríade – família, sociedade e Estado – que são as instituições a que o dispositivo legal faz menção. Assim, de acordo com o artigo 227 (BRASIL, 1988), é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente [...], com absoluta prioridade, entre outros, o direito à liberdade.

Dentro dessa assertiva e tomando o direito à liberdade, como direito de locomoção das crianças e adolescentes no território nacional brasileiro, ainda que em tempo de paz, há uma outra norma específica que outorga tais garantias; essa norma é o Estatuto da Criança e do Adolescente que, em seu artigo 4º (BRASIL, 1990) aduz, assim como o artigo 227 da Constituição Federal de 1988, que as crianças e adolescentes têm direito à liberdade.

Não para por aí, visto que no ECA, mais precisamente em seu artigo 16, há o entendimento de quais aspectos estão relacionados ao direito à liberdade, este garantido às crianças e adolescentes de nosso país. Destarte, dos sete incisos que compõem o aludido dispositivo legal, nos interessa o inciso primeiro, pois aduz que eles – crianças e adolescentes – têm direito de ir,



vir e estar nos logradouros públicos e espaços comunitários, res-salvadas as restrições legais (BRASIL, 1990).

Ademais, considerando o ECA, em seu artigo 3º que aduz para o fato de toda criança e adolescente gozarem de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana (BRASIL, 1990), é salutar, também, nesta análise de cognição aqui disse-minada, apresentar a Declaração Universal dos Direitos Hum-a-nos. Nesse sentido, o artigo 3º (ONU, 1948), confirma que todo ser humano tem direito à liberdade. De todo modo, a mesma Norma legal acima aludida faz menção, em seu artigo 13, para o fato de que “todo ser humano tem direito à liberdade de locomo-ção e residência dentro das fronteiras de cada Estado” (ONU, 1948).

3.1.2 COMO PENSA A DOCTRINA?

Partindo de um pressuposto dilatado acerca do direito constitucional à liberdade, garantidos a todos os cidadãos que aqui residem, é salutar que compreendamos o fato de que “a li-berdade importa nos membros da sociedade agirem segundo os limites estabelecidos pela lei. Não existe liberdade fora da lei. No Estado em que tudo é permitido, o mais forte oprime o mais fraco” (SIQUEIRA JR., 2016, p. 210).

De todo modo, é de se pensar que, mesmo tendo direito à liberdade, mormente como direito fundamental estampado em Lei Maior do nosso Estado, os cidadãos brasileiros não usufruem de maneira totalmente ao seu livre arbítrio, visto que precisam atentar para o que determina a lei, ou seja, nos dizeres de Si-queira Jr. (2016, p. 210), “a limitação da liberdade, que é a pró-pria possibilidade de ação, encontra seu limite na lei”.

Ademais, e nessa mesma rota de pensamento de Siqueira Jr. (2016), devemos pensar também a partir do que dissemina Martins (2012, p. 47), visto que, “com efeito, o direito à liber-dade parece abranger quase tudo o que é garantido pela



Constituição e pelo ordenamento jurídico infraconstitucional aos titulares de direitos fundamentais em geral”. Assim, esses titulares – no nosso caso – são as crianças e adolescentes.

Outrossim, uma das questões que está amparada pela Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988, conforme vimos alhures, diz respeito ao direito de liberdade de locomoção em tempos de paz, dentro do território nacional, ou seja, dentro da base física a que se situa esse Estado Democrático de Direito, denominado popularmente de Brasil. Assim,

A Constituição instituiu a liberdade de locomoção dentro do território nacional em tempo de paz, consagrando à pessoa física o livre ato de andar ou se transportar de um lugar para o outro. Conferiu a possibilidade de a pessoa ir, vir, permanecer e ficar com os seus bens. Nos termos da Constituição, a proteção alcança qualquer pessoa” (VASCONCELOS, 2019, p. 171-172).

Nesta mesma linha de pensamento de Vasconcelos (2019), Tavares (2019, p. 524) aduz que “a liberdade de locomoção engloba a possibilidade de ir, vir e ficar no território nacional, ou deste sair e entrar”. Ademais, ainda sobre esse doutrinador, há a ideia de que isso possa significar “a liberdade de deslocamento interno, no âmbito geográfico nacional, a possibilidade de fixar residência e, ainda, de se deslocar livremente através das fronteiras nacionais” (TAVARES, 2019, p. 524).

A bem do conceito do descolamento interno livre, segundo Bulos (2018, p. 751) “locomover significa andar, sair, passear, transitar, parar, ir, vir, ficar, estacionar, correr. Numa acepção ampla, é o mesmo que circular”. Sobre essa questão, Moraes (2019, p. 155) vai dizer que “a liberdade de locomoção engloba quatro situações: direito de acesso e ingresso no território nacional; direito de saída do território nacional; direito de permanência no território nacional e o direito de deslocamento dentro do território nacional” (MORAES, 2019, p. 155).

Nessa direção de Moraes (2019) – para quem o direito à liberdade abrangeria quatro situações – pretendemos dialogar acerca de duas delas: direito de saída do território nacional e



direito de descolamento dentro do território nacional para as crianças e adolescentes como direito fundante do que determina a doutrina da proteção integral estampada em todo texto normativo do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Assim, é de ressaltar o seguinte, visto que, o artigo 5º, inciso XV da Constituição Federal de 1988, “trata-se, porém, de norma constitucional de eficácia contida, cuja lei ordinária pode delimitar a amplitude, por meio de requisitos de forma e fundo, nunca, obviamente, de previsões arbitrárias” (MORAES, 2019, p. 156).

Na veridicidade, segundo Motta (2019, p. 218) esse direito à liberdade de locomoção “não se trata de um direito absoluto, como a própria norma ressalta, sendo passível de exercício em termos amplos somente em tempo de paz, assim compreendida a situação de normalidade democrática e institucional”. De todo modo, “poderá o legislador ordinário estabelecer restrições referentes a ingresso, saída, circulação interna de pessoas e patrimônio” (MORAES, 2019, p. 156).

Destarte, caminhando nos dizeres do Ministro do Supremo Tribunal Federal – Alexandre de Moraes –, assim como nos demais doutrinadores citados à epígrafe no texto, é preciso aduzir que a Lei nº 8.069/1990, tendo recebido modificações em alguns de seus dispositivos – e mesmo com a ideia de que “o direito de locomoção, [é um] direito fundamental de primeira geração, [e] abrange as liberdades de ir, vir e ficar” (MOTTA, 2019, p. 218) – limitou essa amplitude, ao teor do que se discutirá mais adiante.

Antes disso, é necessário aduzir que, ao teor dos pensamentos do doutrinador Nucci (2018, p. 58), “ao conceituar o direito à liberdade, concentrando-se na liberdade de locomoção, pelo menos, o legislador foi feliz ao estabelecer o direito de ir, vir e estar – diversamente de outras leis, que somente veem o direito de ir e vir”. Assim, o ECA em seu artigo 16, inciso I, nos dizeres de Nucci (2018) bem representa os ideias de felicidade



que o legislador pôs como direito às crianças e adolescentes.

Ademais, ainda conforme o doutrinador citado, o direito em comento é “torneado pelos espaços públicos, respeitadas as restrições legais, que são concernentes ao interesse do próprio infante ou jovem. Ilustrando, viver na rua, para uma criança, não é direito de locomoção, mas situação nitidamente indevida” (NUCCI, 2018, p. 58). Seguindo essa linha de raciocínio, assim pensamos, um outro teórico nos chama atenção por conta de seus fundamentos sobre essa temática. Vejamos.

o legislador, ao tratar do direito à liberdade (art. 16), quis referir-se às liberdades, ou seja, às formas de liberdade que compreendem vários aspectos, dentre eles o direito de ir, vir e estar nos logradouros públicos e espaços comunitários, ressalvadas as restrições legais, bem como de participar na vida política, na forma da lei (ROSSATO, 2019, p. 126).

Diante desse contexto de argumentação, a doutrina, ao teor do que colacionamos acima com os entendimentos de Martins (2012), Moraes (2019), Motta (2019), Nucci (2018), Rosato (2019), Siqueira Jr. (2016), Tavares (2019) e Vasconcelos (2019), tem contribuído para o esclarecimento da questão – direito à liberdade – como um direito que precisa ser efetivado diuturnamente a todos os sujeitos de direitos de nosso Estado, mormente às crianças e adolescentes.

3.1.3 O ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL

O Superior Tribunal de Justiça – STJ tem entendimento de que “não pode o judiciário assenhorar-se das prerrogativas do legislativo, criando novas formas inibidoras ao direito de ir e vir, sem a devida fundamentação e forma prescrita em lei”. (RHC 1.944/SP, Rel. Ministro Pedro Acioli, Sexta Turma, julgado em 09/06/1992, DJ 24/08/1992, p. 13001). Em que pese essa decisão tenha completado mais de 17 anos desde seu julgado, ela é fundamental para nossa discussão, pois toca numa questão basilar: o direito à liberdade não pode ser inibido sem que tenha



fundamentação e prescrição em lei.

Por exemplo, quando o artigo 16, inciso I do ECA aduz que toda criança e adolescente do nosso país tem direito à liberdade e esse, por sua vez, compreende o direito de ir, vir e estar nos logradouros públicos e espaços comunitários, ressalvadas as restrições legais (BRASIL, 1990) acaba por traduzir o que, na nossa inferência, retratou o julgado do Superior Tribunal de Justiça acima aludido.

Ademais, no tocante à nossa jurisprudência maior, ou seja, dos tribunais de ampla escala, como STJ, grande discussão hodierna pairou sobre o julgamento em 08 de agosto de 2019, pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal – STF, sobre a Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI, nº 3446, movida pelo Partido Social Liberal – PSL em 29 de março de 2005. Referida ação, requeria, entre outros pedidos, que o artigo 16, inciso I do ECA, fosse declarado inconstitucional.

Destarte, o STF, por meio de seu Pleno, julgou a demanda improcedente, visto ser bastante “importante ressaltar que o direito em questão constitui cláusula pétrea, nos termos do art. 60, §4º, IV, da CF/88, não podendo ser sequer suprimido ou indevidamente restringido mediante proposta de emenda constitucional” (BRASIL, 2019b). Ainda segundo o julgado,

a cláusula de abertura do art. 5º, §2º, da CF/88 leva à conclusão que a norma do art. 16, I, do ECA está em consonância não só com os dispositivos constitucionais supra mencionados, mas também com o direito à liberdade e a proibição à discriminação, previstos nos arts. 1º e 2º da DUDH; a proibição contra interferências ilegítimas e arbitrárias na vida particular das crianças, prevista no art. 16 da Convenção sobre Menores da ONU; a norma de proteção integral estabelecida no art. 19 da Convenção Americana de Direitos Humanos; e as Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça de Menores (BRASIL, 2019b).

De todo modo, o STF também tem o entendimento de ser “certo que a liberdade das crianças e adolescentes não é absoluta, admitindo restrições legalmente estabelecidas e compatíveis



com suas condições de pessoas em desenvolvimento, conforme a parte final do art. 16, I, do ECA” (BRASIL, 2019b). Dessa forma, de acordo com o julgado em comento, o STF decidiu pela não inconstitucionalidade no direito de liberdade – de ir e vir – previsto no art. 16, I, da Lei 8.069/1990, conforme queria o autor da ADI 3446/2005.

Vê, pois, que o direito em questão é fundamental para o desenvolvimento das crianças e adolescentes, como direito fundamental, inclusive previsto na Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988, assim como no ECA e, ao teor do que dispõe a doutrina da proteção integral, inclusive pelo entendimento doutrinário (NUCCI, 2018; ROSSATO, 2019) e jurisprudencial (BRASIL, 1992; BRASIL, 2019b), é passível de uma mitigação, mas sem arbitrariedades.

Destarte, uma dessas mitigações, conforme se verá a seguir, é a possibilidade de, hodiernamente, ao teor do que prevê a Lei nº 13.812 de 16 de março de 2019, apenas crianças e adolescentes com menos de 16 (dezesesseis) anos não poderem viajar para fora de sua comarca, desacompanhados dos pais ou responsáveis sem expressa autorização judicial (BRASIL, 2019a). Nesse sentido, a mitigação se deu no próprio dispositivo que aduz ser direito das crianças e adolescentes, o direito à liberdade.

4. AUTORIZAÇÃO PARA VIAJAR: NOVA REGRA DA LEI Nº 13.812/2019 E DA RESOLUÇÃO DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA Nº 295/2019

Segundo Rossato (2019, p. 303) “é possível que o legislador faça restrições à própria locomoção de crianças e adolescentes, podendo, em determinados casos, ser exigido que tal ocorra em companhia de seus pais, ou mesmo de terceiros”. O autor ainda aduz que, “em outros casos, porém, essa locomoção poderá exigir não a autorização dos responsáveis, mas da autoridade judiciária” (ROSSATO, 2019, p. 303).



O autor ainda alega que “infelizmente a redação dos arts. 83 a 85 do Estatuto é truncada e pouco elucidativa, o que dá margem a confusões interpretativas, prejudicando a nobre intenção legislativa de disciplinar as viagens de crianças e adolescentes” (ROSSATO, 2019, p. 303).

4.1 VIAGENS DENTRO DO TERRITÓRIO BRASILEIRO

O ano de 2019 é um ano marcado por grandes mudanças legislativas e o Estatuto da Criança e do Adolescente, ou seja, a Lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990, também recebeu modificações e inclusões em diversos de seus dispositivos legais. Assim, com a entrada em vigor, em 16 de março de 2019, da Lei nº 13.812, que institui a Política Nacional de Busca de Pessoas Desaparecidas, criou o Cadastro Nacional de Pessoas Desaparecidas, modificou o ECA em seu artigo 83 que aduz sobre autorização para crianças e adolescentes poderem viajar.

Antes de mais nada, é preciso apresentar a redação preterita do artigo 83 do ECA, que estava em vigência desde sua publicação no ano de 1990, ou seja, essa alteração no ano de 2019 quase trinta anos após, é a primeira modificação no dispositivo em comento. Assim, rezava a antiga redação do artigo 83 do ECA, que nenhuma criança poderia viajar para fora da comarca onde reside, desacompanhada dos pais ou responsável, sem expressa autorização judicial (BRASIL, 1990). Criança, para o entendimento do ECA, em seu artigo 2º, é aquele ser humano com até 12 (doze) anos de idade incompletos (BRASIL, 1990). O gráfico 1 abaixo representa o texto antigo e atual, vejamos.



Quadro 1. Artigo 83 do Estatuto da Criança e do Adolescente	
REDAÇÃO ANTIGA	NOVA REDAÇÃO
Art. 83. Nenhuma criança poderá viajar para fora da comarca onde reside, desacompanhada dos pais ou responsável, sem expressa autorização judicial.	Art. 83. Nenhuma criança ou adolescente menor de 16 (dezesseis) anos poderá viajar para fora da comarca onde reside desacompanhado dos pais ou dos responsáveis sem expressa autorização judicial.

Fonte: o autor

Destarte, com a entrada em vigor da Lei nº 13.812 de 16 de março de 2019, foi dada novel redação jurídica ao artigo 83 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Nesse sentido, hodiernamente, “nenhuma criança ou adolescente menor de 16 (dezesseis) anos poderá viajar para fora da comarca onde reside desacompanhado dos pais ou dos responsáveis sem expressa autorização judicial” (BRASIL, 2019a). Percebe-se que, preteritamente, apenas crianças não poderiam viajar nas condições descritas pelo artigo 83 do ECA e isso dava discricionariedade e direito amplo aos adolescentes, ou seja, aqueles seres humanos que possuem idade dos doze anos e antes de atingir a maioridade com 18 anos.

Atualmente, além das crianças, essa expressa autorização judicial para viajar desacompanhada de seus pais ou responsáveis, foi estendida até antes dos dezesseis anos de idade, ou seja, abrange, contemporaneamente, uma “parcela” dos que são considerados adolescentes. Porventura, antes, os adolescentes de quaisquer idades, ao teor do que preceituava o ECA, poderiam viajar; a restrição, ressalte-se, era para crianças.

Em sua argumentação no tocante ao citado artigo, o doutrinador Nucci (2018, p. 310), aduz(ia) que “este Estatuto disciplina apenas a possibilidade de viagem para fora da Comarca de residência no tocante a crianças, excluindo os adolescentes”. Segue o mesmo autor, em seu livro do ano de 2018, ou seja, anterior a publicação da lei que modifica o ECA em seu artigo 83, aduzindo que

parece-nos demasiado liberal que maiores de 12 anos possam transitar livremente em todo o território nacional, sem autorização dos pais ou responsável. Fugas de casa ou a prática da

prostituição podem ser produto dessa liberdade. Entretanto, os menores de 12 anos dependem de autorização judicial para viajar para fora de sua cidade sem os pais ou responsável (NUCCI, 2018, p, 310).

Ademais, em que pese o argumento citado acima, inclusive sobre o que propõe Rossato (2019) em seu texto, tais dizeres foram antes da publicação da lei que modifica o ECA. Nesse sentido, Rossato (2019, p. 303) também prescrevia em sua doutrina que “em regra, o adolescente poderá viajar sozinho e livremente por todo o território nacional, sendo desnecessária qualquer autorização”. Assim, a referida e novel lei de 2019, também fez modificações em duas alíneas do parágrafo primeiro do artigo 83 do Estatuto da Criança e do Adolescente, quais sejam, alíneas “a” e “b”. Destarte, o quadro 2 adiante representa as modificações.

Quadro 2. Artigo 83, §1º do Estatuto da Criança e do Adolescente	
REDAÇÃO ANTIGA	NOVA REDAÇÃO
Art. 83. § 1º A autorização não será exigida quando: a) tratar-se de comarca contígua à da residência da criança , se na mesma unidade da Federação, ou incluída na mesma região metropolitana; b) a criança estiver acompanhada: 1) de ascendente ou colateral maior, até o terceiro grau, comprovado documentalmente o parentesco; 2) de pessoa maior, expressamente autorizada pelo pai, mãe ou responsável.	Art. 83. § 1º A autorização não será exigida quando: a) tratar-se de comarca contígua à da residência da criança ou do adolescente menor de 16 (dezesseis) anos , se na mesma unidade da Federação, ou incluída na mesma região metropolitana; b) a criança ou o adolescente menor de 16 (dezesseis) anos estiver acompanhado: 1) de ascendente ou colateral maior, até o terceiro grau, comprovado documentalmente o parentesco; 2) de pessoa maior, expressamente autorizada pelo pai, mãe ou responsável.

Fonte: o autor

Sobre as possibilidades de não exigência de autorização, ao teor do que prevê o §1º do artigo 83 do ECA, segundo Nucci (2018, p. 310) “a primeira hipótese não traz novidade, pois as cidades vizinhas, geralmente, possuem transporte coletivo comum, vale dizer, não há necessidade de exigência de documentação”. O autor ainda aduz que, no tocante ao segundo requisito constante na alínea “b” do dispositivo em comento, é preciso que



“a prova do parentesco deve ser feita antes da viagem e mediante a apresentação de documentos originais” (NUCCI, 2018, p. 310).

Nesse sentido, os documentos devem ser tanto daquele que estiver acompanhando a criança e, agora pela nova lei de 2019, também o adolescente menor de dezesesseis anos, como os documentos desses. Aliás, sobre essa demanda de comprovação de documentos acerca o parentesco, o mencionado jurista (2018, p. 312) ainda aduz que “não cabe alegar, depois do transporte, que há autorização. É preciso comprovar ter sido checada a documentação em momento anterior”.

Inclusive, não é demasiado aduzir acerca da inobservância dos artigos que tratam do transporte de crianças e adolescentes, visto que é considerado infração administrativa ao teor do artigo 251 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Vejamos. “Transportar criança ou adolescente, por qualquer meio, com inobservância do disposto nos arts. 83, 84 e 85 desta Lei: Pena - multa de três a vinte salários de referência, aplicando-se o dobro em caso de reincidência” (BRASIL, 1990).

Segundo o Superior Tribunal de Justiça, por meio do Recurso Especial nº 649467, oriundo do Estado do Rio de Janeiro, por intermédio da Ministra Relatora Eliana Calmon, julgado em 06/12/2005, preleciona que “a conduta tida por infracional consiste na permissão de que a criança² viaje em desacordo com a lei e aperfeiçoa-se no momento do transporte, sendo totalmente desinfluyente a produção de qualquer prova posterior, o que não fará desaparecer o ilícito” (BRASIL, 2005). Um outro julgado, também do STJ, antes da entrada em vigor da lei hodierna, da mesma turma, mas do Ministro Castro Meira, também aduz sobre essa questão. Vejamos.

(...) 2. A empresa de ônibus que transporta criança acompanhada de ascendente sem a prova documental do parentesco -

² O julgamento é anterior a publicação da Lei nº 13.812 de 16 de março de 2019 que modificou o artigo 83 e seu parágrafo §1º, motivo pelo qual apenas consta o termo criança, conforme previa a antiga redação do texto legal.



Ademais, o §1º, alínea “b” do artigo 83 do ECA aduz da inexistência de autorização para viajar desde que a criança ou o adolescente menor de dezesseis anos de idade esteja



acompanhado de (1) ascendente ou (2) esteja acompanhado de colateral maior de idade até o terceiro grau, desde que comprovado, por documentos, o referido grau de parentesco (BRASIL, 1990; BRASIL, 2019a). Segundo Gonçalves (2019, p. 548), “a linha reta é ascendente quando se sobe de determinada pessoa para os seus antepassados (do pai para o avô etc.). Toda pessoa, sob o prisma de sua ascendência, tem duas linhas de parentesco: a linha paterna e a linha materna”.

No que toca o parentesco colateral, até o terceiro grau, para que uma criança e adolescente menor de dezesseis possa viajar desacompanhados dos pais, mas com comprovação de documentos desse grau de parentesco, é salutar aduzir que “são parentes em linha colateral, transversal ou oblíqua as pessoas que provêm de um tronco comum, “sem descenderem uma da outra”. É o caso de irmãos, tios, sobrinhos e primos” (GONÇALVES, 2019, p. 549). Segundo o civilista citado, “irmãos são colaterais em segundo grau. Tios e sobrinhos são colaterais em terceiro grau; primos, em quarto” (GONÇALVES, 2019, p. 549).

Nesse contexto, para cumprir a determinação contida no §1º, alínea “b”, *item* 1, do artigo 83 do ECA, podem os irmãos, tios e sobrinhos, desde que maiores de idade, conforme preceitua a lei citada. Para quem não é da área jurídica, pode fazer uma certa confusão ao tentar compreender que um(a) sobrinho(a) seu venha a ser maior de idade, mas é possível, vejamos o exemplo. Imagine que você ainda não nasceu e seus pais (Joana e Júnior) passaram a constituir uma família cedo, com quinze anos de idade, pois tiveram um filho (João) que vai ser seu irmão. João, seu futuro irmão, com dezesseis anos de idade engravidou sua namorada e teve uma criança (Joaquina). Seus pais (Joana e Júnior), ao completar dezesseis anos de casamento, resolveram ter mais um filho (Jean – que é você).

Nesse contexto familiar, Joaquina, que é sua sobrinha, poderá viajar com você (Jean), nos termos do §1º, alínea “b”, *item 1*, do artigo 83 do Estatuto da Criança e Adolescente, tendo



em vista que é parente colateral de terceiro grau, ao teor do que preceitua Gonçalves (2019), caso seja maior de idade e comprove tal relação de parentesco por algum documento hábil para tanto, como Registro Geral – RG, por exemplo.

No entanto, é de se ter em mente que, na interpretação do Estatuto da Criança e Adolescente, “levar-se-ão em conta os fins sociais a que ela se dirige, as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos, e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento”, conforme preceitua o artigo 6º (BRASIL, 1990), para que não caiamos em anacronismos disfarçados de direitos e que possam violar a doutrina da proteção integral.

Ademais, o Estatuto da Criança e do Adolescente em seu §2º do artigo 83 aduz que “a autoridade judiciária poderá, a pedido dos pais ou responsável, conceder autorização válida por dois anos” para que uma criança ou adolescente menor de dezesseis anos de idade possa viajar, para fora da comarca onde reside, desacompanhados dos pais ou responsável. Destarte, o pedido pode ser feito perante um magistrado competente para tanto, *numa* Vara da Infância e da Juventude, com fundamento no artigo 83 do ECA, por exemplo.

No entanto, em que pese tal regramento legal contido no ECA, apto a embasar um pedido de autorização para viagem de crianças e adolescentes menores de dezesseis anos de idade, perante um juízo da infância e da juventude, o Conselho Nacional de Justiça – CNJ, considerando diversos fatores, tais como a entrada em vigor da própria Lei nº 13.812 de 16 de março de 2019, a sua Resolução CNJ nº 131/2011, a Lei nº 13.726/2018³, entre outros, resolveu, em 13 de setembro de 2019, publicar a Resolução nº 295⁴, para “uniformizar”, em um único documento, as

³ Art. 3º Na relação dos órgãos e entidades dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios com o cidadão, *é dispensada a exigência de*: VI - apresentação de autorização com firma reconhecida para viagem de menor se os pais estiverem presentes no embarque (BRASIL, 2018). (grifos).

⁴ Para modelos de formulários de autorização, ao teor do que consta nesta Resolução



Quadro 4. Resolução 295/2019 do Conselho Nacional de Justiça – CNJ	
REGRA GERAL: PROIBIÇÃO	
Artigo 1º	Nenhuma criança ou adolescente menor de 16 anos poderá viajar para fora da comarca onde reside desacompanhado dos pais ou dos responsáveis sem expressa autorização judicial.
DISPENSA DE AUTORIZAÇÃO	
Artigo 2º	A autorização para viagens de crianças ou adolescente menor de 16 anos dentro do território nacional não será exigida quando:
Inciso I	Tratar-se de comarca contígua à da residência da criança ou do adolescente menor de 16 anos, se na mesma unidade federativa ou incluída na mesma região metropolitana.
Inciso II	A criança ou o adolescente menor de 16 anos estiver acompanhado: a) de ascendente ou colateral maior, até o terceiro grau, comprovado documentalmente o parentesco; b) de pessoa maior, expressamente autorizada por mãe, pai, ou responsável, por meio de escritura pública ou de documento particular com firma reconhecida por semelhança ou autenticidade.
Inciso III	A criança ou o adolescente menor de 16 anos viajar desacompanhado expressamente autorizado por qualquer de seus genitores ou responsável legal, por meio de escritura pública ou de documento particular com firma reconhecida por semelhança ou autenticidade; e
Inciso IV	A criança ou o adolescente menor de 16 anos apresentar passaporte válido e que conste expressa autorização para que viagem desacompanhados ao exterior.
PRAZO DE VALIDADE	
Artigo 3º	Os documentos de autorizações dadas por genitores ou responsáveis legais deverão discriminar o prazo de validade, compreendendo-se, em caso de omissão, que a autorização é válida por dois anos.
DISPOSIÇÕES FINAIS	
Artigo 4º	Ficam revogadas as disposições em contrário.
Artigo 5º	Esta Resolução entra em vigor na data de sua publicação.

De se perceber que a resolução acima, ou seja, a Resolução nº 295/2019 do Conselho Nacional de Justiça – CNJ, fez uma compilação dos requisitos previstos no Estatuto da Criança e do Adolescente, inclusive com a modificação hodierna de 2019

do Conselho Nacional de Justiça, acessar o endereço eletrônico:
<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3015>.



para aumentar o período anteriormente estabelecido de quem poderia viajar desacompanhados dos pais ou responsável mediante autorização judicial.

4.2 VIAGENS FORA DO TERRITÓRIO BRASILEIRO

A criança e o adolescente são seres humanos dotados de direitos, conforme aduzimos outrora. Nesse sentido, o artigo 13 da Declaração Universal dos Direitos Humanos afirma que “todo ser humano tem o direito de deixar qualquer país, inclusive o próprio, e a este regressar” (ONU, 1948). Em que pese tal direito consagrados, é necessário aclararmos mais sobre essa situação: viagem de crianças e adolescentes ao exterior.

De acordo com o Estatuto da Criança e do Adolescente em seu artigo 84, “quando se tratar de viagem ao exterior, a autorização é dispensável, se a criança ou adolescente: I - estiver acompanhado de ambos os pais ou responsável; II - viajar na companhia de um dos pais, autorizado expressamente pelo outro através de documento com firma reconhecida” (BRASIL, 1990). De acordo com Rossato (2019, p. 304) o “infante só viaja para o exterior se os dois pais acompanharem (ou um acompanhar e o outro autorizar expressamente) ou se houver autorização judicial”.

Entretanto, na prática, se tem admitido que criança viaje sozinha para o exterior mediante autorização de ambos os pais, com reconhecimento de firma, ou seja, independentemente de autorização judicial. Se o infante estiver acompanhado de somente um dos pais, vale a mesma regra, ou seja, o outro precisa autorizar com reconhecimento de firma. Vale ressaltar que, se a criança ou o adolescente estiver sob guarda, o guardião por prazo indeterminado ou mesmo o tutor poderão autorizar a viagem da criança ou adolescente sob seus cuidados, como se pais fossem (ROSSATO, 2019, p. 304).

Segundo o Superior Tribunal de Justiça – STJ, em julgado datado de 13 de agosto de 2013, por intermédio de sua quarta turma, cujo relator foi Ministro Luis Felipe Salomão, no



julgamento do Recurso Especial nº 1249489 do Mato Grosso do Sul, a companhia aérea, por meio de seus funcionários, que age com base no artigo 84 do ECA, não comete ato ilícito indenizável.

(...)1. *Não enseja compensação por danos morais a negativa de embarque por parte de companhia aérea de menor acompanhamento de um dos pais, desprovido de autorização judicial ou autorização do outro genitor com firma reconhecida, em observância ao art. 84 da Estatuto da Criança e do Adolescente.* 2. *A atuação do funcionário da companhia aérea revelou prudência e observância à expressa disposição legal, não ficando configurada prática de ato ilícito indenizável.* 3. Recurso especial provido. (REsp 1249489/MS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 13/08/2013, DJe 23/09/2013). (grifos).

O entendimento de Rossato (2019) e do STJ (BRASIL, 2013) está atrelado, em grau semelhante, pode-se dizer assim, à Resolução do Conselho Nacional de Justiça, de nº 131 de 26 de maio de 2011, que dispõe sobre a concessão de autorização de viagem para o exterior de crianças e adolescentes brasileiros. De acordo com essa resolução, entre suas diversas alegações para sua instituição, estava o fato de considerar a necessidade de uniformização na interpretação dos arts. 83 a 85 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Ademais, essa resolução (CNJ, 2011) trata de duas situações: autorizações de Viagem Internacional para Crianças ou Adolescentes Brasileiros Residentes no Brasil e autorizações de Viagem Internacional para Crianças ou Adolescentes Brasileiros Residentes no Exterior. Vejamos no quadro 3 abaixo.

Fonte: o autor

esta norma tem por finalidade evitar o tráfico de crianças e adolescentes para o exterior, bem como regular a saída formal do estrangeiro, quando adota uma criança. Portanto, uma criança ou adolescente brasileiro somente sai do território nacional com um estrangeiro, residente ou domiciliado no exterior, com expressa autorização judicial

Ainda que constem outros dispositivos legais nesta



resolução, nos chama atenção o artigo 11, ou seja, “salvo se expressamente consignado, as autorizações de viagem internacional expressas nesta resolução não se constituem em autorizações para fixação de residência permanente no exterior” (CNJ, 2011). Mais ainda, é de bom alvitre corroborar a importância do parágrafo único desse artigo que corrobora o seguinte: “eventuais modelos ou formulários produzidos, divulgados e distribuídos pelo Poder Judiciário ou órgãos governamentais, deverão conter a advertência consignada no caput” (CNJ, 2011). Caminhando sobre as questões relativas ao Conselho Nacional de Justiça – CNJ, no tocante às suas resoluções sobre o assunto, assim como noutras demandas, o doutrinador Nucci (2018, p. 312), relata que

em nosso entendimento, assim como ocorre noutras áreas do Direito, o CNJ tem *legislado*, ora restringindo o alcance de leis, ora ampliando, conforme o caso – e, por vezes, até mesmo suprimindo lacunas. Sabe-se que o propósito do Conselho Nacional de Justiça é sempre o mais nobre, porém, ingressa no âmbito legislativo, o que não nos parece adequado.

Por fim, não é descomedido chamar atenção para o seguinte fato: seja em viagem nacional ou internacional, inclusive conforme preceitua a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, “quem transporta criança ou adolescente, por qualquer meio, sem observância dos arts. 83, 84 e 85 da Lei 8.069/90, está sujeito ao pagamento de multa de três a vinte salário de referência, nos termos do art. 251 do mesmo diploma legal” (BRASIL, 2005).

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

À guisa destas considerações finais, o trabalho científico, como objetivo perseguido, ao teor do que consta à epígrafe do texto, esteve voltado às modificações ocorridas no Estatuto da Criança e do Adolescente, ECA, – Lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990 – com a entrada em vigor da Lei nº 13.812 de 16 de



março de 2019 e a edição da Resolução do Conselho Nacional de Justiça – CNJ nº 295 de 13 de setembro de 2019, que dispõe sobre autorização de viagem nacional para crianças e adolescentes.

Antes do advento dessa norma de 2019, o legislador preterito de 1990, quando da edição do ECA, achou por bem disciplinar no bojo do texto mandamental mencionado, apenas que crianças, ou seja, seres humanos com idade até 12 (doze) anos de idade incompletos, não poderiam viajar para fora da comarca onde residem, desacompanhados de pais ou responsável sem a devida e expressa autorização judicial; isso dava direitos aos adolescentes, inexistindo restrição de idade, a viajarem sem essa autorização.

Hodiernamente, com a vigência da Lei nº 13.812 de 16 de março de 2019, esse texto foi modificado e, agora, nenhuma criança, conforme constava antes, mas também o adolescente menor de 16 (dezesseis) anos de idade podem viajar para fora da comarca onde residem, desacompanhados de pais ou responsável sem a devida e expressa autorização judicial, nos termos do artigo 83 do Estatuto da Criança e do Adolescente, que foi modificado pela lei outrora aludida do ano de 2019.

Outrossim, é proeminente relatar o fato de que, por infirência do entendimento jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça – STJ (BRASIL, 2005), quem transporta criança ou adolescente, por qualquer meio – seja em transporte terrestre, aéreo ou marítimo – inobservado os artigos 83, 84 e 85 da Lei 8.069/90, incorre no pagamento de multa de três a vinte salário de referência, nos termos do art. 251, também, do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Ademais, “não enseja compensação por danos morais a negativa de embarque por parte de companhia aérea de menor acompanhado de um dos pais, desprovido de autorização judicial ou autorização do outro genitor com firma reconhecida” (BRASIL, 2013). De todo modo, numa outra vertente de



transporte, empresa de ônibus que “transporta criança acompanhada de ascendente sem a prova documental do parentesco - ainda que comprovado o vínculo materno após o desembarque ou na instrução do processo -, comete o ilícito administrativo previsto no art. 251 do ECA” (BRASIL, 2006).

Destarte, tema muito salutar para academia e para os direitos infanto-juvenis, foi possível concluir que a mudança legal e a unificação dos requisitos pelo CNJ, contribui para uma melhor eficácia da doutrina da proteção integral. No entanto, é preciso que estejamos sempre alertas, saltitantes nos olhos, para que não venhamos a achar que tolher direitos de crianças e adolescentes deve ser algo primordial; isso é falácia e discurso de pessoas que não conhecem a citada doutrina.



REFERÊNCIAS

AGÊNCIA NACIONAL DE AVIAÇÃO CIVIL – ANAC. *Resolução nº 400 de 13 de dezembro de 2016*. Dispõe sobre as Condições Gerais de Transporte Aéreo.

BRASIL. *Constituição (1988)*. Constituição da República Federativa do Brasil. Diário Oficial. Brasília, Brasília/DF, 05 out. 1988.

_____. *Lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990*. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Diário Oficial. Brasília, Brasília/DF, 13 jul. 1990.

_____. *Lei nº 13.726, de 8 de outubro de 2018*. Racionaliza atos e procedimentos administrativos dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios e institui o Selo de Desburocratização e Simplificação. Diário Oficial. Brasília, Brasília/DF, 09 out. 2018.



- _____. a. *Lei nº 13.812 de 16 de março de 2019*. Institui a Política Nacional de Busca de Pessoas Desaparecidas, cria o Cadastro Nacional de Pessoas Desaparecidas e altera a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente). Diário Oficial. Brasília, Brasília/DF, 18 mar. 2019.
- _____. Superior Tribunal de Justiça (6ª Turma). *Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº. RHC 1944/SP*. Relator: Ministro Pedro Aciole, 09 de junho de 1992. Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça, [1992].
- _____. Superior Tribunal de Justiça (2ª Turma). *Recurso Especial nº 649467/RJ*. Relatora: Ministra Eliana Calmon, 06 de dezembro de 2005. Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça, [2005].
- _____. Superior Tribunal de Justiça (2ª Turma). *Recurso Especial nº 568807/RJ*. Relator: Ministro Castro Meira, 04 de maio de 2006. Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça, [2006].
- _____. Superior Tribunal de Justiça (4ª Turma). *Recurso Especial nº 1249489/MS*. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão, 13 de agosto de 2013. Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça, [2013].
- _____. b. Supremo Tribunal Federal (Pleno). *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3446/2005*. Relator: Ministro Gilmar Mendes, 08 de agosto de 2019. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, [2019].
- BULOS, U. L. *Curso de direito constitucional*. – 11. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018.
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA – CNJ. *Resolução nº 131 de 26 de maio de 2011*. Dispõe sobre a concessão de autorização de viagem para o exterior de crianças e adolescentes brasileiros, e revoga a Resolução nº 74/2009 do CNJ. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/116>. Acesso em: 30 dez. 2019.



- _____. *Resolução nº 295 de 13 de setembro de 2019*. Dispõe sobre autorização de viagem nacional para crianças e adolescentes. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3015>. Acesso em 30 dez. 2019.
- GONÇALVES, C. R. *Direito civil 3: esquematizado: responsabilidade civil, direito de família, direito das sucessões*. – 6. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019.
- LAKATOS, E. M. *Fundamentos de metodologia científica*. – 8. ed. – [3. reimpr.]. – São Paulo: Atlas, 2019.
- MARTINS, L. *Liberdade e Estado Constitucional: leitura jurídico-dogmática de uma complexa relação a partir da teoria liberal dos direitos fundamentais*. – São Paulo: Atlas, 2012.
- MINAYO, M. C. S. (org). *Pesquisa social: teoria, método e criatividade*. Petrópolis/RJ: Vozes, 2016.
- MORAES, A. *Direito constitucional*. – 35. ed. – São Paulo: Atlas, 2019.
- MOTTA, S. *Direito constitucional: Teoria, Jurisprudência e Questões*. – 28. ed. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2019.
- NUCCI, G. de S. *Estatuto da criança e do adolescente comentado*. – 4a ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2018.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – ONU. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Adotada e proclamada pela resolução 217 A (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>. Acesso em 25 nov. 2019.
- ROSSATO, L. A. *Estatuto da Criança e do Adolescente : Lei n. 8.069/90 – comentado artigo por artigo*. – 11. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2019.
- SIQUEIRA JR., P. H. *Direitos humanos: liberdades públicas e*



- cidadania*. — 4. ed. — São Paulo: Saraiva, 2016.
- TAVARES, A. R. *Curso de direito constitucional*. — 17 ed. — São Paulo: Saraiva Educação, 2019.
- VASCONCELOS, C. *Curso de direito constitucional*. — 6. ed. — São Paulo: Saraiva Educação, 2019.



ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E ARBITRAGEM A PARTIR DE UMA VISÃO COMPARATIVA COM O SISTEMA JURÍDICO LUSITANO*

Edilson Pereira Nobre Júnior**

Resumo: O texto visa abordar o emprego da arbitragem envolvendo a Administração Pública como litigante. Volta-se ao exame da sua admissibilidade e do alcance do julgamento dos árbitros. Igualmente, será analisado o respectivo procedimento. Para um melhor aperfeiçoamento do sistema brasileiro, considerou-se adequada uma comparação com o modelo português, cuja experiência se encontra com salutar desenvolvimento.

Palavras-Chave: arbitragem – administração pública – direito comparado – Brasil – Portugal

PUBLIC ADMINISTRATION AND ARBITRATION FROM A COMPARATIVE VIEW WITH THE PORTUGUESE LEGAL SYSTEM

Abstract: The text aims to approach the use of arbitration involving the Public Administration as a litigant. It examines its

* A ideia de escrever este texto surgiu durante estágio para investigação a nível de pós-doutoramento perante a Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, sob a supervisão do Professor Doutor Licínio Lopes Martins. A despeito da elaboração do trabalho final se direcionar para o exame do ativismo judicial em matéria de direitos sociais, a sedução que emana da riqueza do acervo bibliográfico daquela instituição fez com que ultimasse a recolha de material para mais uma visualização comparativa com o sistema jurídico português, desta vez com a arbitragem envolvendo os entes integrantes da Administração Pública, assunto que também se insere no projeto apresentado ao descortino da Instituto Jurídico daquela Faculdade de Direito (tópico 4, alínea b).

** Professor da Faculdade de Direito – Universidade Federal de Pernambuco. Doutor em Direito Público. Cursa Pós-Doutoramento em Direito Público perante o Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.



admissibility and the scope of the arbitrators' judgment. The procedure will also be analyzed. For a better improvement of the Brazilian system a comparison with the Portuguese model was considered adequate, whose experience is in good development.

Keywords: arbitration – public administration – compared right – Brazil – Portugal

“Neste novo mundo em que há mais direito, um direito mais omnipresente e difuso, e mais informação sobre o direito, o próprio direito está em vias de transformação. (...) À medida que se vai alargando e infiltrando no mundo, o direito sofre, ele próprio, um processo de alteração. As suas instituições florescem, mas vão simultaneamente perdendo o seu carácter autónomo e estanque” (Marc Galanter¹).

I – INTRODUÇÃO².



afirmação do Estado de Direito, na síntese de Giannini³, trouxe como consequências, a submissão do Poder Público à legalidade e, de conseguinte, à possibilidade do cidadão demandar contra o Estado perante um segmento estatal⁴ imparcial.

¹ Direito em abundância: a actividade legislativa no Atlântico Norte. *Revista Crítica de Ciências Sociais*, nº 36, p. 121, fevereiro de 1993.

2 De logo, calha advertir que a transcrição dos preceitos legais referidos no decorrer do texto será parcial, com o propósito de não alongar desnecessariamente e em demasia o texto. Limitamo-nos a fazê-lo quanto aos que reputamos de maior relevo. A consulta à legislação portuguesa foi realizada com base no disponibilizado pelos sítios www.dre.pt, www.pgdlisboa.pt e www.stadministrativo.pt. e, particularmente à CRP, pelo www.parlamento.pt. Quanto às fontes brasileiras, recorreu-se ao www.planalto.gov.br e ao www2.camara.leg.br.

³ *Diritto amministrativo*. 3^a ed. Milão; Dott. A. Giuffrè Editore, 1993. Volume secondo, p. 45-46.

⁴ Não se afigura despidiando, antes necessário, afirmar que, ao nos referirmos ao Estado, como organização política, utilizamos o vocábulo estatal, ao invés do estadual, como é praxe nas plagas lusitanas. O modelo federativo assimilado pelas constituições brasileiras desde 1891 impôs essa diferenciação terminológica, tanto que a praxe dos correspondentes dicionários – bem como a da doutrina jurídica – reserva o termo



O próprio direito administrativo, cuja sistematização somente foi possível com a disciplina mediante padrões jurídicos dos comportamentos estatais, teve coincidente com a sua gênese o surgimento da jurisdição administrativa, como nos mostra o modelo francês.

A evolução e o aperfeiçoamento das instituições do direito público, com as mudanças no perfil do Estado que, do absentismo liberal, perpassou o modelo social-intervencionista, para aportar no social-garantidor, aumenta – e muito – os deveres do Poder Público e, com isso, propicia um agigantamento do conteúdo da relação jurídico-administrativa.

Isso faz com que o contencioso entre cidadão e a Administração Pública se torne, num aspecto numérico e quantitativo, mais frequente. Se assim vem se mostrando em vários países, não se pode negar que, no Brasil, a partir da vigência da Constituição de 1988⁵, abriu-se espaço a uma litigiosidade excessiva, a qual, em não se contendo nas disputas entre particulares, espalhou-se também para a seara dos conflitos de interesses entre os administrados e entes públicos, ou, ainda, entre estes.

Esse fenômeno fez com que, no âmbito dos tribunais pátrios, fosse elevado consideravelmente o número das ações judiciais nas quais figuram como uma das partes uma entidade política ou administrativa⁶.

É de se despertar, então, para o problema de que a multiplicidade incontida de litígios em face do Poder Público é algo que compromete e, igualmente, implica ameaça à efetividade do direito administrativo e das suas normas.

Daí se chamar atenção à necessidade de resolver o

estadual para identificar Estado-membro, ente que integra a federação.

⁵ No curso do texto será identificada pela sigla CRFB.

⁶ A partir de dados obtidos junto ao Justiça em Números do Conselho Nacional de Justiça (disponível em: www.paineis.cnj.jus.br. Acesso em: 13-07-2020), verifica-se que a litigiosidade entre Estado e cidadão continua numa ascendência. Basta ver que, no ano de 2017, foram ajuizadas novas demandas em matéria tributária e administrativa, respectivamente, nos quantitativos de 4.844.480 e 2.592.615, números que, em 2019, atingiram os patamares de 5.168.177 e 2.967.908.



problema, sendo de notar que, conforme se vê da organização judicial brasileira, praticamente escalonada em quatro graus de jurisdição, o tempo da solução de tais conflitos de interesse parece se protrair indefinidamente, contribuindo ainda mais para o congestionamento do Judiciário, situação que somente reflete uma deficiência da experiência jurídica de um país⁷.

A era da revolução dos cliques não tolera mais tal cenário. Exige não somente novas formas de relacionamentos entre o cidadão e a autoridade, mas sim, numa mesma intensidade, que o controle jurisdicional da Administração não se opere, única e somente, perante os órgãos jurisdicionais estatais, sejam juízos ou tribunais ou ainda integrantes do contencioso administrativo. O reclamo por uma duração razoável de tais lides reclama que assim seja⁸.

Essa preocupação foi manifestada por Ricardo Pedro, para quem “o confronto da variedade dos modos de resolução de litígios de direito administrativo com a necessidade constitucional de cumprimento da justiça administrativa em tempo útil deixa o desafio de como se devem assegurar as exigências de celeridade da justiça administrativa com um nível de tutela do Direito ainda compatível com a ideia de Estado de Direito”⁹.

Por isso, o presente estudo visa examinar a admissibilidade, bem como as respectivas limitações, do emprego da arbitragem nas relações jurídicas de direito público, especialmente

⁷ O fenômeno, há quase vinte anos, foi objeto de uma análise por Diogo Freitas do Amaral (A crise da justiça. *Análise Social*, vol. XXXIV, p. 247-257, 2000), a qual gravitou em torno da realidade portuguesa.

⁸ À guisa de ilustração, observe-se que a Constituição da República Portuguesa, ao delinear o princípio da tutela jurisdicional efetiva, preconiza, no seu artigo 20º, nº 4 e 5, como direito de todos, o de que “uma causa em que intervenham seja objeto de decisão em prazo razoável e mediante processo equitativo”. Por sua vez, a CRFB, pelo art. 5º, LXXVIII, aditado pela Emenda Constitucional 45/2004, diz que “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

⁹ Da efetividade do direito administrativo à efetividade da(s) justiça(s) administrativa(s). In: *Estudos sobre arbitragem (em especial, de direito público)*. Lisboa: AAFDL, 2009, p. 24.



administrativas, o que, nos tempos recentes, vem sendo alvo de uma notável evolução.

Muito embora como resultado principal, imediato, vise-se ao melhor conhecimento e, de conseguinte, aperfeiçoamento do direito pátrio, optou-se por se enveredar num comparativo com o modelo lusitano.

Para isso, contribui não somente uma semelhança nas fontes jurídicas principais, sendo de notar que, tanto o Brasil como Portugal, não adotam o modelo do contencioso administrativo, de inspiração francesa, mas sim uma opção pela submissão dos litígios entre os cidadãos e os entes públicos, ou entre estes, a órgãos integrantes do Judiciário, muito embora, no solo luso, haja, para esse fim, uma justiça administrativa especializada, conforme se vê do art. 209º, nº 1, *b*¹⁰, e art. 212º, nº 3, da Constituição da República Portuguesa¹¹, nos termos da redação conferida pela VII Revisão (2005).

Lançado, pois, o desafio.

2 - CONSIDERAÇÕES GERAIS EM TORNO DA ARBITRAGEM.

A arbitragem é um mecanismo de solução de conflitos de interesses substitutivo da jurisdição estatal. Caracteriza-se

¹⁰ Artigo 209º Categorias de tribunais. 1. Além do Tribunal Constitucional, existem as seguintes categorias de tribunais: (...) b) O Supremo Tribunal Administrativo e os demais tribunais administrativos e fiscais; (...) Artigo 212º Tribunais administrativos e fiscais. (...) 3. Compete aos tribunais administrativos e fiscais o julgamento das ações e recursos contenciosos que tenham por objeto dirimir os litígios emergentes das relações jurídicas administrativas e fiscais. Disponível em: www.parlamento.pt. Acesso em: 17-11-2019. Atentando-se à classificação formulada por Vieira de Andrade (*A justiça administrativa*. 17ª ed. Coimbra: Almedina, 2019, p. 14-16), o qual triparte os modelos organizativos de justiça administrativa em administrativista, quase-judicialista e judicialista, propriamente dito, tem-se que Brasil e Portugal se acham inseridos na última categoria, notabilizada pela submissão da decisão das questões jurídico-administrativas aos tribunais integrantes do Judiciário, quer se trate de tribunais comuns ou tribunais especializados em face da matéria.

¹¹ Doravante referida mediante a sigla CRP.



quando, diante de uma pretensão resistida, as partes acordam no sentido de nomear um terceiro, ou mais de um, diverso do juiz ou tribunal originalmente competente por lei para a sua apreciação, para solucionar o litígio, comprometendo-se aquelas à aceitação e ao cumprimento da correspondente decisão.

A ideia – segundo Paulo Furtado¹² – agrega três traços que a singularizam. São eles: a) o conflito de interesses, atual ou potencial, entre dois ou mais sujeitos; b) indicação de um terceiro, alheio à disputa, para julgá-la; c) solução vinculativa para os interessados, conforme a manifestação de vontade destes.

Trata-se de um instrumento possuidor de um denso lastro histórico, seja numa visão global ou diante dos modelos jurídicos lusitano e brasileiro¹³. Já a sua natureza jurídica não escapou a maiores controvérsias.

Alguns autores a enxergam como um modo amigável de resolução de conflitos, o que parece conduzir a arbitragem à província da autocomposição. É como afirma Cláudio Vianna de Lima¹⁴, a não somente apontar como um dos seus fundamentos o princípio universal da autonomia da vontade, mas, duma forma incisiva, situando-a ao lado da mediação e da conciliação.

Discorrendo sobre esse aspecto, Hamilton de Moraes Barros¹⁵ alertou para a distinção entre o juízo arbitral e o ato que a institui, qual seja o contrato arbitral. Deixa claro, quanto a este,

¹² Juízo arbitral. In: *Digesto de Processo – Fraude à execução/ nulidades*. Rio de Janeiro: Forense, 1985. Vol. 3, p. 242.

¹³ Sobre a evolução da arbitragem no correr dos tempos, ver Ignacio Granado Hijelmo (El arbitraje en derecho administrativo: algunas reflexiones sobre su fundamentación. *Revista Jurídica de Navarra*, nº 39, p. 43-47, 2005), com abordagem do direito romano até a sua admissão com o Estado de Direito, a partir da França revolucionária. Da mesma forma, Paulo Furtado (Juízo arbitral. In: *Digesto de Processo – Fraude à execução/ nulidades*. Rio de Janeiro: Forense, 1985. Vol. 3, p. 241-242), o qual também traça uma notícia histórica sobre o direito brasileiro, a partir do Assento de 10 de novembro de 1644.

¹⁴ A lei de arbitragem e o art. 23, XV, da Lei de Concessões. *Revista de Direito Administrativo*, vol. 209, p. 92 e 101, julho/setembro de 1997.

¹⁵ Comentários ao Código de Processo Civil. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985. Volume IX, p. 461.



Diferenciação sucede quanto à conciliação, a qual

¹⁶ El arbitraje de derecho administrativo. *Revista de Administración Pública*, nº 143, p. 82-83, maio/agosto de 1997.



configura um ato processual prévio, para o qual o conciliador reúne as partes com o propósito de evitar o conflito. Dista da arbitragem à medida que o árbitro impõe a sua decisão às partes, enquanto o conciliador nada delibera.

É, desse modo, possível se afirmar que a arbitragem representa mecanismo jurisdicional – ou assimilado a este –, estando terceira pessoa (árbitro) ou terceiros (árbitros) autorizados a resolver o conflito de interesses, fazendo-o mediante um caráter substitutivo das partes, tal qual sucede com a intervenção dos juízes e tribunais estatais.

Trata-se a arbitragem de um mecanismo que se encaixa no âmbito da heterocomposição, muito embora envolva, grosso modo, uma fase antecedente, de natureza consensual, consistente na convenção de arbitragem. Não desconsiderar que há inclusive concepção no sentido de que aquela, no presente redimensionamento do papel do Estado, configura um modelo jurisdicional para a solução de controvérsias¹⁷.

A doutrina, por sua vez, classifica as várias modalidades de arbitragem. Observa-se de José Luís Esquível¹⁸ a menção de alguns critérios, de modo que se poderá vislumbrar: a)

¹⁷ É a compreensão de Paulo Castro Rangel (Arbitragem e Constituição: um novo lugar e um novo fundamento. In: *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho*. Coimbra: Coimbra Editora, 2012. Vol. II, p. 645), situando, no atual estágio temporal, a arbitragem como um modo natural de resolução de litígios num contexto de difusão do poder, a propiciar uma releitura do lugar do Estado. Com isso, é de se evidenciar um diálogo deste com outros sujeitos, os quais passaram a reclamar o apanágio de aplicar os seus componentes normativos. Daí a arbitragem se afirmar como um método alternativo de resolução de controvérsias, de natureza jurisdicional, diante da competência dos tribunais estatais. Um importante detalhe para uma melhor apreensão do pensar do autor – como se ressaltará mais adiante, porventura repetidamente – é o de que o artigo 209º, nº 2, da CRP, ao tratar das categoriais de tribunais, alude à possibilidade da existência de “tribunais marítimos, tribunais arbitrais e julgados de paz”. No Brasil, pensar idêntico é o de José Rogério Cruz e Tucci (Garantias constitucionais do processo e eficácia da sentença. In: *Arbitragem e Poder Público*. São Paulo: Saraiva, p. 153, 2010), ao ressaltar que, apesar de sua instituição por uma via negocial de cunho privado, o desenrolar da arbitragem é tão jurisdicional quanto o processo que tem seu trâmite perante o Judiciário.

¹⁸ *Os contratos administrativos e arbitragem*. Coimbra: Almedina, 2008, p. 114-119.

arbitragem voluntária e arbitragem necessária, conforme sua realização dependa exclusivamente da vontade das partes ou sua imposição prévia decorra da imposição de preceito de lei¹⁹; b) arbitragem institucionalizada e arbitragem *ad hoc*, caso haja ou não previsão de órgão ou instituição especializada de caráter permanente à qual devem as partes se dirigir para a composição do litígio pela via arbitral; c) arbitragem segundo a lei ou arbitragem segundo a equidade, a qual diz respeito aos critérios que poderão pautar as decisões dos árbitros, seja o da interpretação das normas jurídicas (critério de direito estrito) ou aquele que leve em consideração razões de conveniência, oportunidade ou justiça do caso concreto; d) arbitragem interna e arbitragem internacional, modalidades que se distinguem em face do litígio emanar ou não de relação jurídica internacional²⁰.

Importa advertir, até para contribuir para um reforço na delimitação do tema, que não iremos enveredar pela abordagem da atividade administrativa arbitral, mediante a qual a Administração soluciona contenda entre os administrados, versando sobre a aplicação do direito privado ou do direito público, como ocorre no âmbito das relações de consumo, seguro, dentre outras. Naquela, ao órgão ou ente administrativo incumbe resolver a controvérsia²¹. Contrariamente, aqui o objetivo se volta ao

¹⁹ É, no direito português, a hipótese do artigo 2º da Lei 62/2011, relacionada aos litígios emergentes da invocação de direitos de propriedade industrial quanto a medicamentos de referência e genéricos, incluindo-se os procedimentos cautelares. O Brasil conheceu da arbitragem necessária quando da vigência do Código Comercial do Império do Brasil, promulgado pela Lei 556, de 25 de junho de 1850, ao dispor a submissão obrigatória ao descortino dos árbitros quando as questões envolvessem contratos de locação mercantil (art. 245) e as suscitadas entre os sócios durante a existência da sociedade ou companhia, sua liquidação e partilha (art. 294).

²⁰ No Brasil, uma hipótese de arbitragem internacional está prevista no art. 11 do Decreto-lei 1.312/74, relativa às cláusulas das operações do Tesouro Nacional com organismos financeiros internacionais. Versando sobre o tema quanto ao modelo lusitano, consultar Rui Moura Ramos (A arbitragem internacional no novo direito português da arbitragem, *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, volume 88, p. 583-604).

²¹ Um exemplo da atuação da Administração como árbitro de conflito alheio está no art. 9427/96, cujo art. 2º, V, atribui à Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL



exame do emprego da arbitragem para, na qualidade de terceiro, solucionar litígio no qual uma das partes é ente integrante da Administração Pública.

3 – ARBITRAGEM E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: OS ANTECEDENTES NO DIREITO LUSITANO.

Para que pudessem aportar na conjuntura atual, ambos os sistemas vivenciaram um percurso evolutivo²². No que concerne ao direito português, consoante Pedro Siza Vieira²³, muito embora fosse reconhecida a possibilidade das entidades públicas e administrativas firmarem compromisso arbitral no que dissesse respeito à sua atuação regida pelo direito privado, inclusive

a competência para “dirimir, no âmbito administrativo, as divergências entre concessionárias, permissionárias, autorizadas, produtores independentes e autoprodutores, bem como entre esses agentes e seus consumidores”. O mesmo se tem na Lei 9.472/97 (art. 18, XVII), relativa à Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL. Outra previsão parece ser a do art. 26, §6º, da Lei 13.800, relacionado à liquidação e dissolução dos fundos patrimoniais, facultando a estipulação de arbitragem a ser conduzida pela Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal da Advocacia-Geral da União, a fim de resolver as controvérsias entre a instituição federal apoiada, a organização do fundo patrimonial e a organização executora.

22 Sêrvulo Correia (A arbitragem dos litígios entre particulares e a Administração Pública sobre situações regidas pelo direito administrativo. *In: Estudos em memória do Conselheiro Artur Maurício*. 1ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, p. 685, dezembro de 1984), num exemplo histórico, mostra a resistência que a arbitragem nos litígios administrativos se defrontou nos seus albores, consubstanciado no fato de que, durante a monarquia liberal, o Ministério do Reino ter difundido circulares avisando as câmaras municipais que, nos contratos sujeitos à jurisdição dos tribunais administrativos, as cláusulas compromissórias se revelavam ilegais diante das regras que estabeleciam a competência de tais tribunais. Tendo por alvo o sistema itálico, Cassese (L'arbitrato nel diritto amministrativo. *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, vol. 2, p. 321-322, 1996) demarcou três fases pelas quais atravessou a arbitragem no direito administrativo. A primeira, demarcada entre 1865 a 1889, é dominada pela incerteza, enquanto que a segunda, que alcança até a segunda metade do século passado, singularizou-se pela lenta afirmação da arbitragem e, igualmente, pela sua transformação para o âmbito publicístico. A terceira, que vai até à data do escrito, é caracterizada, por um lado, pela ampliação de sua incidência por força de lei e, de outro, pela volta do regramento do instituto ao alveio do direito comum.

²³ A arbitralidade de direito público em Portugal: um ponto de situação. *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*, nº 7, p. 30-33, 2014.



porque o exame dos respectivos litígios seria da competência dos tribunais comuns, tal não se mostrava admissível quando atuasse sob a disciplina do direito público.

Para tanto, invocavam-se dois motivos principais. Um deles era o de que faltava a disponibilidade do direito objeto do litígio, de maneira que, ausente lei autorizadora, haveria obstáculo à arbitragem. Num segundo lugar, compreendia-se que, em se tratando de matéria regida pelo direito público, a competência do contencioso administrativo não era suscetível de ser afastada.

Daí porque, no dizer do autor, coube à jurisprudência abrir a primeira fissura a esse entendimento. Aponta julgado do Supremo Tribunal Administrativo, proferido na década de 1950, o qual concebeu como válida cláusula compromissória inserta no caderno de encargos de uma concessão, fazendo-o com base no Código de Processo Civil, a permitir o recurso à arbitragem nos litígios que versassem sobre relações jurídicas não subtraídas à vontade das partes²⁴.

Em seguida, veio o legislador, principiando com o Decreto-lei nº 129, de 27 de abril de 1984, o qual, em aprovando o Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais, trouxe à ribalta

²⁴ Essa singularidade, quanto às primícias do juízo arbitral no âmbito da Administração portuguesa, não escapou a Marcelo Caetano (*Manual de direito administrativo*. 10ª ed. 6ª reimpressão. Coimbra: Almedina, 1990. Tomo II, p. 1285-1286), a partir de uma análise do artigo 13º da Lei Orgânica do Supremo Tribunal Administrativo, o qual afirmou a competência do contencioso de ordem pública não se alterar pela vontade das partes, e do artigo 1510º do Código de Processo Civil, ao somente entender válido o compromisso arbitral quando as relações jurídicas não estejam subtraídas ao domínio da vontade das partes. Daí rematar pela impossibilidade de se submeter a juízo arbitral as questões respeitantes ao contencioso de anulação, podendo, contudo, as partes valerem-se de árbitros quanto às matérias que, embora pertençam à alçada da competência dos tribunais administrativos, versem sobre direitos e obrigações das quais qualquer delas possam dispor à sua vontade. Faz, em nota de rodapé, remissão ao que denomina como “o notável acórdão do S.T.A., de 16 de junho de 1961. A importância do labor pretoriano também foi realçada por Sérvulo Correia (*A arbitragem dos litígios entre particulares e a Administração Pública sobre situações regidas pelo direito administrativo*. In: *Estudos em memória do Conselheiro Artur Maurício*. 1ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, p. 686, 2014), ressaltando decisões de 1955, 1956 e 1957.



artigo 2º, nº 2, estabelecendo serem admissíveis tribunais arbitrais no âmbito do contencioso dos contratos administrativos e da responsabilidade civil por prejuízos decorrentes de atos de gestão pública, incluindo a questão do regresso²⁵.

Dois anos depois, a Lei 31, de 31 de agosto de 1986, disciplinando a arbitragem voluntária, dispôs, no seu 1º, nº 4, que o Estado e demais pessoas coletivas de direito público pudessem celebrar convenção de arbitragem, desde que estivessem autorizados por lei especial, ou, em não estando, que o objeto do litígio respeitasse a relações de direito privado.

A tendência prosseguiu com o anterior diploma disciplinador do procedimento administrativo, aprovado pelo Decreto-lei 442, de 15 de novembro de 1991, cujo art. 188º explicitou ser válida cláusula compromissória dispondo sobre a possibilidade de serem decididas por árbitros as questões que suscitem as partes no que concerne a um contrato administrativo.

Logo após, veio a lume previsão no art. 118º do Decreto-lei 555, de 16 de dezembro de 1999, instituidor do Regime Jurídico da Urbanização e Edificação, a possibilitar o emprego da arbitragem para a composição dos conflitos relacionados com a aplicação de regulamentos municipais sobre a matéria.

No entanto, o passo decisivo – acentua Ricardo Branco²⁶ –, justamente por legar à matéria um merecido alargamento,

²⁵ Ainda compasso com o que noticia Marcelo Caetano (*Manual de direito administrativo*. 10ª ed. 6ª reimpressão. Coimbra: Almedina, 1990. Tomo II, p. 1.286), há previsão anterior no Decreto-lei 48.871, de 19-02-69, o qual estatuiu o regime do contrato de empreitadas públicas, permitindo que as controvérsias sobre a interpretação, validade e execução de tais contratos pudessem ensejar o recurso das partes a um tribunal arbitral. Esclarecedor, a esse respeito, o seguinte dispositivo: “Do contencioso dos contratos ARTIGO 217.º (Tribunais competentes) 1. As questões que se suscitem sobre interpretação, validade ou execução do contrato de empreitada de obras públicas, que não sejam dirimidas por meios gratuitos, poderão ser submetidas aos tribunais. 2. Os tribunais competentes são os administrativos. 3. Todavia, poderão as partes acordar em submeter o litígio a um tribunal arbitral”. Disponível em: www.dre.pt. Acesso em: 02-04-2020.

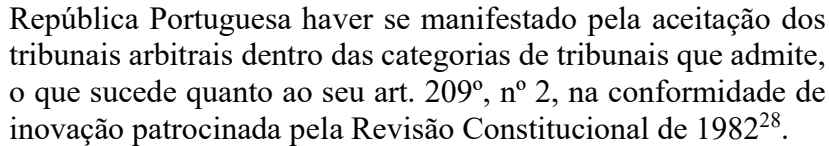
²⁶ Arbitragem e direito público. In: *Arbitragem: da experiência portuguesa ao futuro*. Coimbra: Almedina, p. 26, 2018. Coord.: COSTA, Ricardo.

sucedeu com o advento do Código de Processo dos Tribunais Administrativos, pela edição da Lei 15, de 22 de fevereiro de 2002, a qual visou ao traçado de um panorama geral sobre o assunto nos seus arts. 180º a 187º, tendo sofrido última alteração com a Lei 118, de 17 de setembro de 2019.

A disciplina não impediu, antes veio a propiciar, a expansão do mecanismo pacificador para outros domínios do direito público lusitano. Prova disso é o Decreto-lei 10, de 20 de janeiro de 2011, a estatuir, nos seus trinta artigos, o regime jurídico da arbitragem em matéria tributária.

É de se notar assim ter favorecido o salutar e notável desenvolvimento da arbitragem no sistema jurídico português a circunstância – referenciada pela doutrina²⁷ – da Constituição da

²⁷ Luis Cabral de Moncada (A arbitragem no direito administrativo; uma justiça alternativa. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, ano VII, p. 172, 2010 – Especial), invocando precedente do Tribunal Constitucional (Ac. nº 230/86), aponta que, mesmo os tribunais arbitrais não sendo órgãos de soberania, por seu intermédio se verifica um exercício privado da função jurisdicional. Acrescenta que o art. 209º, nº 2, da CRP, demais de não se limitar a viabilizar tais instituições como judiciais, considera a arbitragem como um corolário do direito de acesso à tutela jurisdicional efetiva, o qual, previsto no art. 20º, nº 1, do referido diploma magno, na qualidade de direito fundamental que é, goza da proteção que a constituição dispensa aos direitos, liberdades e garantias. Reconhecendo a indiscutível natureza jurisdicional dos tribunais arbitrais no direito português, Vieira de Andrade (*A justiça administrativa*. 17ª ed. Coimbra: Almedina, 2019, p. 217) aponta que a preferência atual pela arbitragem - cujo campo foi notavelmente alargado, para não somente abranger os litígios em matéria de responsabilidade civil e contratos, mas também para a apreciação da validade dos atos administrativos – decorre, de um lado, da celeridade e flexibilidade processual, mas também, por outras perspectivas, da possibilidade de escolha dos juízes-árbitros em virtude de sua especialização funcional, principalmente em matérias que envolvem avaliações técnicas, da garantia de uma maior confidencialidade e ainda por assegurar uma certa democratização da justiça. Sérvulo Correia (A arbitragem dos litígios entre particulares e a Administração Pública sobre situações regidas pelo direito administrativo. In: *Estudos em memória do Conselheiro Artur Maurício*. 1ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, p. 687-688, 2014), além de apontar como decisivo o reconhecimento da arbitragem como modo do exercício da função jurisdicional, atribui sua impulsão nas relações jurídico-administrativas a três fatores: a) a judicialização da jurisdição administrativa pela CRP; b) o contributo para o desenvolvimento das virtualidades da plena jurisdição, liberta da compressão pela competência meramente anulatória; c) a evolução iniciada em Portugal a partir da década de 1960, a partir da aprovação da Convenção de Washington de 1965, dispondo sobre a



No direito público material brasileiro, a aceitação da arbitragem pode ser bipartida em duas fases. A primeira, antecedente à década de 1990, foi assinalada pela tentativa de um desbravamento jurisprudencial, mas que parece não ter superado as resistências, acaso decorrentes de uma visão restritiva acerca da submissão da função administrativa à legalidade. A outra, seguinte, é coeva da percepção acerca da mudança do perfil do Estado diante da consolidação do processo globalizante.

resolução de conflitos sobre investimentos entre Estados e nacionais de outros Estados, cuja ratificação se operou em 1984. Ressaltando a importância da CRP para a afirmação da arbitragem na seara administrativa, conferir ainda Ricardo Pedro (Arbitragem de direito público: um instituto em (permanente) evolução: breve apontamento. *In: Estudos sobre arbitragem (em especial, de direito público)*. Lisboa: AAFDL, p. 27, 2009). Noutra linha de perspectiva, Ana Perestrelo de Oliveira (*Arbitragem de litígios com entes públicos*. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2015, p. 53) aponta que o principal motivo a favorecer a abertura do direito administrativo à jurisdição arbitral toca a uma razão específica a tal ramo jurídico, qual seja o fenómeno da <<fuga para o direito privado>>, a qual, no plano processual, teve como resposta natural a <<a fuga aos tribunais administrativos>>.

²⁸ Artigo 209º Categorias de tribunais (...) 2. Podem existir tribunais marítimos, tribunais arbitrais e julgados de paz. Disponível em: www.parlamento.pt. Acesso em: 25-11-2019. Essa nota mereceu categórica e inequívoca ênfase pelo Tribunal Constitucional no Acórdão 230/86 (Plenário, maioria, rel. Conselheiro José Martins da Fonseca, julgamento em 08-07/86. Íntegra disponível em: www.dre.pt. Acesso em: 25-07-2020), assentada na qual declarou-se como inconstitucional, por violação ao artigo 167º, nº 1, q, da CRP (atualmente, artigo 165º, nº 1, q), a edição, sem autorização, do Decreto-lei 243/84, diploma que formatou uma disciplina da arbitragem voluntária em substituição ao regime da codificação processual civil então vigente. A partir da consideração de que o tribunal arbitral exerce função jurisdicional, concluiu-se por violada a reserva relativa de competência legislativa para disciplinar a organização e competência dos tribunais, prevista no aludido preceito magno.



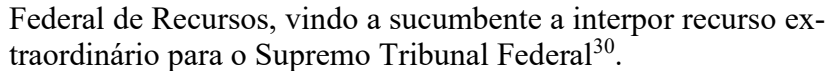
O evento de relevo do primeiro período teve como teatro a provocação judicial surgida em face da incorporação em favor do patrimônio da União, por força do Decreto-lei 4.648, de 02 de setembro de 1942, editado com fundamento no estado de guerra, dos bens e direitos pertencentes à Organização Lage. Controvérsias relativas ao valor da compensação devida aos proprietários, especialmente em face da discordância destes, fizeram com que fosse editado o Decreto-lei 9.521, de 26 de julho de 1946, o qual, além de contemplar a restituição de parcela do patrimônio incorporado, previu que a indenização do restante fosse fixada, com base nos valores da época da medida, por juízo arbitral.

Fixada a indenização mediante a decisão dos árbitros, proferida à unanimidade em 21 de janeiro de 1948, procedeu-se a uma quitação parcial, e, quanto ao remanescente, o chefe do Poder Executivo encaminhou projeto de lei ao Congresso para abertura de crédito especial.

Ao instante no qual a mensagem presidencial se encontrava em fase final de tramitação no Senado, ao depois de aprovada pela Câmara dos Deputados, o Governo, lastreado em parecer do então Procurador-Geral da Fazenda Nacional, Dr. Haroldo Renato Ascoli, que sugeria a inconstitucionalidade do referido juízo arbitral²⁹, encaminhou a Mensagem 463, de 14 de novembro de 1952, solicitando o cancelamento do pedido de abertura do crédito especial.

Outra solução não restou aos particulares senão a de ajuizar ação ordinária contra a União Federal, com o objetivo de que esta fosse condenada ao pagamento da indenização reconhecida em sede de juízo arbitral. A sentença acolheu a pretensão, sendo, por maioria de votos, ratificada tanto em sede de recurso de apelação quanto de embargos infringentes pelo então Tribunal

²⁹ Interessante é que, tanto a instituição do juízo arbitral quanto o pedido de abertura de crédito especial, foram subsidiados em pareceres dos Professores Themístocles Brandão Cavalcanti e Haroldo Valadão, os quais não vislumbraram qualquer margem de comportamento inconstitucional.



Por ocasião do desenlace do agravo interposto em face da não admissão do apelo extremo, o STF negou-lhe provimento à unanimidade de votos, conforme se tem AI 52.181 - GB³¹. A motivação do relator, Min. Bilac Pinto, praticamente se reportou à motivação que, no julgamento do recurso de apelação, desenvolveu o Min. Godoy Ilha no Tribunal Federal de Recursos, a qual pode ser sumariada com base nos seguintes pontos: a) não continha a Constituição de 1937 qualquer disposição que implicasse proibição expressa da instituição de juízo arbitral, bem como que este fosse estabelecido com cláusula de irrecorribilidade e exequível independentemente de homologação judicial; b) demais da Constituição de 1946 também não abrigar preceito proibitivo da arbitragem, a qual constitui instituto jurídico tradicional no direito, tendo sua aplicação, prevista pelo Decreto 3.900 de 26 de julho de 1867, sido recomendada, pelo pronunciamento de abalizados juristas da época, às causas da Fazenda, nos assuntos de natureza contratual ou privada; c) a cláusula sem recurso, cuja possibilidade de sua instituição constou do art. 1.040 do então vigente Código Civil, não sofreu qualquer restrição por parte da quase totalidade da doutrina, orientação que se estendeu à legalidade da ausência de previsão da homologação judicial do correspondente laudo.

Examinando-se as razões determinantes do julgado, é possível perceber que se inclinaram favoravelmente ao emprego da arbitragem para a composição de litígio entre o particular e a Administração, desde que: a) haja autorização em lei específica; b) aquela se restrinja por deliberar unicamente sobre questionamentos de natureza contratual ou privada e, portanto, imersos no campo da disponibilidade, estando dela afastados os assuntos

³⁰ A seguir identificado pela sigla STF.

³¹ Pleno, unânime, rel. Min. Bilac Pinto, DJU de 15-02-74.Íntegra do julgado disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 30-03-2020.



nos quais a Administração atua com as prerrogativas de Poder Público, pois, igualmente, não poderiam ser objeto de transação.

Durante as duas décadas que se seguiram não houve um desenvolvimento da orientação firmada no aludido precedente, restringindo-se à compreensão de que o emprego da arbitragem para solucionar controvérsia envolvendo ente político ou administrativo somente poderia suceder mediante autorização legal, a qual se encontrava circunscrita ao art. 45, parágrafo único, do Decreto-lei 2.300/86³², diploma que, àquele momento, disciplinava o regime das licitações e contratos administrativos.

Daí julgado do então Tribunal Federal de Recursos na Apelação Cível 137279 - DF³³, no sentido de que a SUDECO, autarquia federal, não poderia se valer do juízo arbitral disciplinado pelo Código de Processo Civil de 1973, para fins de dirimir suas pendências, haja vista a inexistência de autorização em lei. O julgamento influenciou o Tribunal de Contas da União³⁴, o qual, em consulta, posicionou-se pela impossibilidade das empresas públicas e sociedades de economia mista, a despeito de sua atividade empresarial, firmarem compromisso arbitral, uma vez a previsão do art. 45, parágrafo único, do Decreto-lei 2.300/86, ao aludir a tal possibilidade, limitou-se aos contratos

³² O dispositivo legal encontrava-se assim redigido: “Art 45. São cláusulas necessárias em todo contrato as que estabeleçam: (...) Parágrafo único. Nos contratos celebrados pela União Federal ou suas autarquias, com pessoas físicas ou jurídicas domiciliadas no estrangeiro, deverá constar, necessariamente, cláusula que declare competente o foro do Distrito Federal para dirimir qualquer questão contratual, salvo o disposto no § 13, do artigo 25, permitido nesses casos o Juízo arbitral”. Disponível em: www.planalto.gov.br. Acesso em: 03-2020.

³³ Segunda Turma, unânime, rel. Min. Bueno de Souza, DJU de 26-06-89. Nos termos do art. 27, §2º, I, e §6º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias à CRFB, o Tribunal Federal de Recursos, órgão de segundo grau da Justiça Federal, foi substituído pelos Tribunais Regionais Federais em número de cinco, passando os seus membros a integrar a primeira composição do recém-criado Superior Tribunal de Justiça.

³⁴ Posteriormente identificado pela abreviatura TCU. Este, de acordo com a CRFB, não integra a organização judicial, antes sendo órgão de controle externo da Administração, tarefa que cumpre nalgumas vezes em auxílio ao Poder Legislativo. Dentre as suas competências, listadas pela CRFB (art. 71, I a XI), está o julgamento das contas dos gestores públicos.



internacionais e, mesmo assim, não teria sido mantida com a promulgação da Lei 8.666/93³⁵.

Uma viragem começou a se esboçar a partir de 1995 quando se passou a perceber, por iniciativa da gestão do Presidente Fernando Henrique Cardoso, à mudança no perfil do Estado, resultante da globalização, preocupação que resultou na elaboração do Plano Diretor da Reforma do Aparelho de Estado, sob a coordenação do Ministro Bresser Pereira, então titular do Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado³⁶.

Daí a promulgação contemporânea de dois diplomas legais. Um deles, a Lei 9.306/96³⁷, versando sobre a possibilidade de composição de litígios relativos a direitos disponíveis, mesmo sem referência específica aos entes públicos e administrativos, antecedida da Lei 8.987/95, a qual, com a finalidade de disciplinar a concessão de serviço público, enumerou, como cláusula essencial do respectivo contrato, no seu art. 23, XV, a relativa ao “foro e ao modo amigável de solução de divergências contratuais”.

O cenário propiciou ventos fortes no sentido de uma ampliação do campo da arbitragem nas relações jurídico-administrativas. Emergiram com fundamentos variados, mas convergentes, as opiniões de Adilson de Abreu Dallari³⁸, Diogo de

³⁵ Tratou-se de consulta (TC 8.217/93-9, Plenário, unânime, rel. Min. Homero Santos, julgamento em 15-07-93), formulada pelo então Ministro de Minas e Energia, sobre a possibilidade de adoção de juízo arbitral para solucionar pendências relativas a preços estabelecidos em contratos firmados entre a CHESF, sociedade de economia mista, e fornecedores. O fundamento nuclear do pronunciamento recaiu no princípio da legalidade, do qual decorria como corolário imediato a indisponibilidade dos interesses públicos. De acordo com o art. 1º, §2º, da Lei 8.443/92, a resposta à consulta tem caráter normativo e constitui prejulgamento da tese, mas não do fato ou caso concreto.

³⁶ O conteúdo integral do referido documento está disponível em: www.bresserpereira.org.br.

³⁷ O diploma seguirá no texto com a identificação pela sigla LA.

³⁸ Arbitragem na concessão de serviço público. *Revista de Informação Legislativa*, ano 32, nº 128, p. 65-67, outubro/dezembro de 1995. Ao que parece, o texto foi escrito como contraposição ao ponto de vista que vinha se formando no espaço do Tribunal de Contas da União, aduzindo o autor, por primeiro, que o seu equívoco se

Figueiredo Moreira Neto³⁹, Caio Tácito⁴⁰, Ada Pellegrini

manifestava por desconhecer a existência de respaldo legal para a arbitragem, consistente no art. 54 da Lei 8.666/93 que, dispondo favoravelmente à aplicação supletiva dos princípios da teoria dos contratos e das disposições de direito privado aos contratos administrativos, implicava na incidência dos dispositivos do Código Civil e do Código de Processo Civil de 1916 e 1973, respectivamente, relativos ao compromisso e juízo arbitral. Ao depois, vislumbrou no art. 23, XV, da Lei 8.987/93, ao se reportar ao modo amigável de resolução de divergências contratuais, não somente uma autorização, mas, na realidade, uma determinação nesse sentido. Rebateu, por fim, eventual alegação de inconstitucionalidade no emprego da arbitragem nas lides nas quais seja parte a Administração.

³⁹ Arbitragem nos contratos administrativos. *Revista de Direito Administrativo*, vol. 209, p. 84-85 e 88-89, julho/setembro de 1997. Os argumentos do autor podem ser sintetizados pela necessidade de uma releitura da indisponibilidade do interesse público, a qual não mais pode ser considerada com foros absolutos. À guisa de reforço, expôs que: a) o art. 54 da Lei 8.666/93, ao permitir a aplicação da teoria geral dos contratos aos contratos administrativos, ameniza a posição de supremacia administrativa, cessando-se as dúvidas da admissão da arbitragem com a lei 8.987/95, a despeito desta se reportar às concessões e permissões de serviço público; b) a alusão da Lei 8.987/95 à incidência de mecanismos amigáveis de solução de conflitos se afigurou importante, pois se cuida de um reconhecimento categórico por parte do legislador que, ao delinear o interesse público a partir de sua abstração, desvendou um campo de interesses patrimoniais onde a arbitragem não somente será aceitável, mas igualmente recomendável como uma alternativa ao processo judicial. O autor tornou ao tema em trabalho posterior, escrito com Marcos Jurema Villela Souto (Arbitragem em contratos firmados por empresas estatais. *Revista de Direito Administrativo*, vol. 236, p. 216-220, p. 223-247, abril/junho de 2004).

⁴⁰ Arbitragem nos litígios administrativos. *Revista de Direito Administrativo*, vol. 210, p. 111 e 113-114, outubro/dezembro de 1997. A manifestação foi influenciada pelas razões seguintes: a) a Lei 9.307/96 trouxe laivos de modernidade ao instituto da arbitragem como forma de dirimir litígios entre pessoas capazes de contratar, sendo de notar que a Lei 8987/95, a pretexto de disciplinar a concessão de serviço público, fez com que a questão do juízo arbitral ganhasse uma nova visão no particular dos contratos administrativos; b) muito embora os contratos administrativos sejam distintos dos ajustes de direito privado por visarem ao atendimento do interesse público ou geral, não se pode desconhecer a similitude entre aqueles no que concerne aos requisitos essenciais de natureza comutativa (equivalência das prestações das partes) e de sinalagma (reciprocidade das obrigações), razão pela qual, quanto às cláusulas financeiras, não se fazia mais sentido em se cogitar da indisponibilidade do interesse público, motivo pelo qual a convenção arbitral seria admissível nesse particular; c) a compatibilização da arbitragem para dirimir controvérsias relacionadas com os atos de gestão praticados no cotidiano das empresas estatais, resulta do art. 173, §1º, II, da Constituição Federal, inclusive e essencialmente quanto às suas obrigações, sem contar que o procedimental arbitral, uma vez adotado, superaria a delonga natural dos processos judiciais, favorecendo a dinâmica inerente à atividade econômica, o qual o



Grinover⁴¹, Cláudio Vianna de Lima⁴² e Carlos Ari Sundfeld e Jacintho Arruda Câmara⁴³.

Numa sequência de curto intervalo de tempo de tais manifestações doutrinárias, o tema volta à ribalta nos pretórios. Um exemplo sucedeu com o julgamento do Agravo Regimental no Mandado de Segurança no MS 11.308 - DF⁴⁴ pelo Superior Tribunal de Justiça. A impetrante, TMC - TERMINAL MULTIMODAL DE COROA GRANDE S/A, firmou contrato de arrendamento para administração, exploração e operação de terminal portuário e de área portuária com a NUCLEBRÁS

Estado, quando assim atue, não cabe desconsiderar.

⁴¹ Arbitragem e prestação de serviços públicos. *Revista de Direito Administrativo*, vol. 233, p. 379-385, julho/setembro de 2003. Partindo do exame do princípio da legalidade, a autora assenta, com base em orientações da doutrina, que aquele, sem embargo de afirmar-se no anelo de evitar a sujeição dos particulares ao arbítrio Estatal, não mais pode ser visto unicamente com base neste significado imóvel, possibilitando que o administrador encete providências em favor do interesse público, mesmo à míngua de base legal expressa, acrescentando, mais uma vez na opinião dos autores que assentam, no que condiz com as empresas públicas e sociedades de economia mista, a identidade de regime jurídico próprio ao das empresas privadas, não mais pairar dúvida sobre a admissibilidade da arbitragem envolvendo a Administração Pública e, com certeza, as empresas estatais.

⁴² A lei de arbitragem é o art. 23, XV, da Lei de Concessões. *Revista de Direito Administrativo*, volume 209, p. 97 e 100-101, julho/setembro de 1997. No texto é defendido, além do reconhecimento da possibilidade de arbitragem nos contratos firmados por órgãos ou entes públicos administrativos com base no direito privado e não no direito administrativo, situação que exemplifica com o art. 32, §6º, da Lei 8.666/95, o ponto de vista de que o art. 23, XV, da Lei 8.987/95, ao aludir serem cláusulas essenciais do contrato de concessão as relativas “ao modo amigável de solução das divergências contratuais”, remeteu a um conjunto integrado pela mediação, a conciliação e a arbitragem.

⁴³ O cabimento da arbitragem nos contratos administrativos. *Revista de Direito Administrativo*, vol. 248, p. 119-121, 2008. Na abordagem, os autores fortes se dirigem a ultrapassar a indisponibilidade do interesse público, salientando que esta significa não poder o administrador dispor do objeto que gere, de modo que o legislador, ao estatuir que a arbitragem somente visa a dirimir controvérsias sobre direitos patrimoniais disponíveis, permite que tal se opere quanto aos direitos, mesmo relativos a entidades públicas, suscetíveis de contratação. Revivem, para tanto, a distinção entre atos de império e atos de gestão, afirmando que, quanto ao universo destes, é permitido o juízo arbitral.

⁴⁴ Primeira Seção, unânime, rel. Mn. Luiz Fux, DJe de 19-05-2008.



EUIPAMENTOS PESADOS S/A - NUCLEP, sociedade de economia mista titular da permissão para exploração do terminal de uso privativo sito no local denominado são para explorar terminal de uso privativo sito no Saco da Coroa Grande, Baía de Sepetiba, Município de Itaguaí (RJ). O Ministro da Ciência e Tecnologia, mediante a Portaria Ministerial 782/2005, homologou a rescisão de dito ajuste pela NUCLEP, do que decorreu a impetração, ao argumento de desrespeito à cláusula contratual que previa a submissão das partes a juízo arbitral.

A segurança foi concedida, preponderando o entendimento favorável à validade da cláusula, com a invocação, dentre outros, dos argumentos seguintes: a) o Estado pratica, a pretexto de perseguir o interesse público primário, atos de colorido patrimonial, cuja disponibilidade justifica a arbitragem em sede de contratos administrativos; b) no que concernem às sociedades de economia mista, as quais se encontram em situação de paridade frente às empresas privadas quando do desempenho de suas atividades comerciais, a possibilidade de celebração de convenção de arbitragem encontra apoio no art. 173, §1º, II, da CRFB; c) reforça a admissibilidade da arbitragem a previsão, no art. 23, XV, da Lei 8.987/95, ao enumerar, dentre as cláusulas essenciais das concessões e permissões de serviços e obras públicas, aquelas inerentes ao foro e ao modo amigável de solução de divergências contratuais⁴⁵.

Antes, porém, afigurou-se possível visualizar-se na rota

⁴⁵ Com breve antecedência, semelhante questão já tinha desafiado o exame do RESP 612.439 - RS (Segunda Turma, unânime, rel. Min. João Otávio de Noronha, DJU de 14-09-2006). Entre as mesmas partes, há julgado semelhante no RESP 606.345 - RS (STJ, 2ª Turma, v.u., rel. Min. João Otávio de Noronha, DJU de 08-06-2007). Tais julgados se alicerçaram no art. 173, §1º, II, da CRFB. De referir-se também ao RESP 933.371 - RJ (STJ, 1ª Turma, v.u., rel. Min. Arnaldo Esteves de Lima, DJU de 20-10-2010). Contudo, nas razões de decidir deste, não há o enfrentamento da questão sobre o cabimento da arbitragem no campo da Administração Pública, que resulta de reconhecimento tácito, em face unicamente da circunstância do recorrente ser a Itaipu Binacional, empresa pública. O ponto de destaque do julgado foi o de ter mantido a validade de cláusula compromissória constante de ajuste celebrado antes da Lei 9.307/96, sem que se possa supor vício de invalidade pela retroatividade desta.



inversa do superveniente avanço jurisprudencial o Acórdão 584/2003 do TCU⁴⁶, resultante da análise de representação formulada pela Federação Nacional dos Engenheiros, com o propósito de apurar irregularidades pela Comercializadora Brasileira de Energia Emergencial - CBEE quando da contratação de energia elétrica em caráter emergencial.

No entanto, a análise dos fundamentos do pronunciamento do TCU forja o remate de que inexistente uma vedação absoluta à solução arbitral nas relações de que participa a Administração Pública. Ao invés, parece resultar do entendimento exposto a admissibilidade da arbitragem contanto que haja lei específica, o que não existiria no caso sob apreciação.

Essas manifestações fizeram com que o legislador, cioso de uma insuficiência das previsões constantes da Lei 8.666/93 (arts. 32, §6º, e 54), bem assim da Lei 8.987/95 (art. 23, XVII)⁴⁷, editasse, numa sequência, inúmeras normas legais que propiciassem, com segurança, a incidência da arbitragem no âmbito das relações jurídico-administrativas.

Eis as inovações legislativas: a) o art. 93, XV, da Lei 9.472/97⁴⁸, quanto ao contrato de concessão para a exploração

⁴⁶ 2ª Câmara, v.u., rel. Min. Ubiratan Aguiar, DOU de 28-04-2003. Na oportunidade, compreendeu o órgão de controle externo não portar validade a cláusula de submissão à arbitragem, pois: a) inaplicável o art. 25 da Lei 8.987/95, uma vez ser impossível equiparar a atividade da CBEE a das concessionárias de energia elétrica; b) os bens de empresa pública não são disponíveis, sendo de notar que a incidência do regime jurídico de direito privado, a que se refere o art. 173, §1º, da Lei Fundamental, encontra-se na pendência de lei; c) incabível invocação ao art. 2º, §3º, da Lei 10.433/2002, tendo em vista que este dispositivo legal é restrito à energia comercializada no âmbito do Mercado Atacadista de Energia Elétrica - MAE, não se estendendo sua aplicação a outros contratos firmados entre os seus agentes.

⁴⁷ A própria Lei 8.987/95 não escapou do movimento legislativo. Tendo em vista uma possível aura de incerteza em torno da expressão “modo amigável de solução das divergências contratuais”, a Lei 11.196/2005 inseriu um art. 23 - A, referindo-se, com a explicitude necessária, a mecanismos privados para a resolução de disputas, “inclusive a arbitragem, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996”.

⁴⁸ O dispositivo legal fala em solução extrajudicial das divergências contratuais e não em “modo amigável”.



do serviço de telecomunicação; b) o art. 43, X, da Lei 9.478/97, relativo à exploração de atividade econômica no campo petrolífero; c) os arts. 35, XVI, e 39, XI, da Lei 10.233/2001⁴⁹, relacionadas às concessões e permissões outorgadas pela Agência Nacional de Transportes Aquaviários - ANTAQ e Agência Nacional de Transportes Terrestres; d) o art. 4º, §§ 4º a 7º, da Lei 10.848/2004, prevendo o emprego da arbitragem, nos moldes da LA, no que a comercialização de energia elétrica entre concessionários, permissionários e autorizados, incluídas as empresas públicas e sociedade de economia mista, bem assim consumidores; e) o art. 11, II, da Lei 11.079/2004⁵⁰, no que tange ao contratos de parceria público-privadas; f) o art. 62, °, § 1º, relacionado ao inadimplemento de obrigações pecuniárias pelos concessionárias, arrendatárias, autorizatárias e operadoras portuárias perante a administração do porto e a ANTAQ, nos termos da LA; g) o §1º do art. 1º da LA, acrescentado pela Lei 13.129/2015, dispondo que a Administração Pública Direta e Indireta poderá se utilizar da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis; h) o art. 12, parágrafo único, da Lei 13.303/2016, prevendo que as sociedades de economia mista possam resolver, mediante arbitragem, as divergências entre os acionistas e a sociedade, ou entre acionistas controladores e acionistas minoritários, conforme previsto em seu estatuto; i) o art. 10 - B do Decreto-lei 3.365/41, permitindo o emprego da arbitragem, segundo a LA, para a fixação da justa indenização nas desapropriações.

5 – O CAMPO DE INCIDÊNCIA DA ARBITRAGEM E OS SEUS LIMITES.

A delimitação objetiva das situações onde se afigura

⁴⁹ Talvez para evitar dúvidas, o legislador, tanto na Lei 9.478/97 quanto na Lei 10.233/2001, serviu-se do vocábulo “arbitragem”.

⁵⁰ O preceito reporta-se à a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, bem assim de acordo com a LA.



possível a Administração Pública optar pela arbitragem para a resolução de conflitos de interesse se encontram disciplinadas de maneira distinta entre os sistemas jurídicos português e brasileiro.

No direito lusitano, o artigo 1º, nº 5, da Lei nº 63, de 14-12-2011⁵¹, que disciplina a arbitragem voluntária, previu a possibilidade do Estado, bem como das demais pessoas jurídicas de direito público, celebrarem convenções de arbitragem, desde que digam respeito a litígios cujo objeto é disciplinado pelo direito privado ou quando estejam autorizados para tanto por lei.

Assim, tem-se, de logo, que as pessoas jurídicas de direito público, quando atuem mediante relações jurídicas regidas pelo direito privado, e, portanto, nessa condição se encontrem equiparadas aos particulares, podem livremente acorrer à arbitragem.

Diversamente, se a matéria da qual decorra a lide se encontra sob a regência das normas do direito administrativo, somente a lei poderá facultar a possibilidade de seu julgamento por um tribunal arbitral. O critério adotado não segue a disponibilidade do direito ou interesse, mas sim o da legalidade administrativa⁵².

⁵¹ Artigo 1.º Convenção de arbitragem. (...) 5 - O Estado e outras pessoas colectivas de direito público podem celebrar convenções de arbitragem, na medida em que para tanto estejam autorizados por lei ou se tais convenções tiverem por objecto litígios de direito privado. Disponível em: www.dre.pt. Acesso em: 02-04-2020. O diploma será identificado pelo uso da abreviatura LAV.

⁵² Nesse sentido, apropriada a visão de Pedro Gonçalves (Administração Pública e arbitragem – especial, o princípio legal da irrecorribilidade de sentenças arbitrais. In: *Estudos em homenagem a António Barbosa de Melo*. Coimbra: Almedina, 2013, p. 784. Org.: CORREIA, Fernando Alves; SILVA, João Calvão da; ANDRADE, José Carlos Vieira de Andrade; CANOTILHO, José Joaquim Gomes; COSTA, José Manuel m. Cardoso), ao salientar que se é de perceber que se espera da lei administrativa que, fundamentalmente, confira à Administração uma “autorização” para celebrar convenções de arbitragem, pois aquela, ao contrário dos particulares, não dispõe de um poder próprio de submissão aos tribunais arbitrais. Este há que resultar, direta ou mediamente, da lei, a explicar para o aparato administrativo que o critério que respalda o método arbitral não é o da disponibilidade dos direitos, mas, antes, o da autorização legal. Nesse sentido, Sérvulo Correia (A arbitragem dos litígios entre

Daí o Código de Processo dos Tribunais Administrativos, aprovado pela Lei nº 15, de 02-02-2002⁵³, na qualidade de lei geral, arrolar, no seu artigo 180º as hipóteses nas quais é permitido à Administração submeter-se à arbitragem⁵⁴.

Segue-se, então, que é possível o exame de questões respeitantes a contratos, inclusive no que concerne à validade de atos administrativos relativos à sua execução⁵⁵, à responsabilidade civil extracontratual, inserindo-se a efetivação do direito de

particulares e a Administração Pública sobre situações regidas pelo direito administrativo. In: *Estudos em memória do Conselheiro Artur Maurício*. 1ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, p. 694, 2014) anota que a solução reside em se aceitar uma arbitralidade administrativa por enumeração legal, ao invés da procura de uma inexistente cláusula geral de arbitralidade administrativa por natureza.

⁵³ A identificação posterior do diploma será dará por CPTA.

⁵⁴ *Artigo 180.º* Tribunal arbitral 1 – Sem prejuízo do disposto em lei especial, pode ser constituído tribunal arbitral para o julgamento de: a) Questões respeitantes a contratos, incluindo a anulação ou declaração de nulidade de atos administrativos relativos à respetiva execução; b) Questões respeitantes a responsabilidade civil extracontratual, incluindo a efetivação do direito de regresso, ou indemnizações devidas nos termos da lei, no âmbito das relações jurídicas administrativas; c) Questões respeitantes à validade de atos administrativos, salvo determinação legal em contrário; d) Questões respeitantes a relações jurídicas de emprego público, quando não estejam em causa direitos indisponíveis e quando não resultem de acidente de trabalho ou de doença profissional. 2 – Quando existam contrainteressados, a regularidade da constituição de tribunal arbitral depende da sua aceitação do compromisso arbitral. 3 – Quando esteja em causa a impugnação de atos administrativos relativos à formação de algum dos contratos previstos no artigo 100.º, o recurso à arbitragem seguirá os termos previstos no Código dos Contratos Públicos, com as seguintes especialidades: a) O regime processual a aplicar deve ser estabelecido em conformidade com o regime de urgência previsto no presente Código para o contencioso pré-contratual; b) Em litígios de valor igual ou inferior ao previsto no n.º 5 do artigo 476.º do Código dos Contratos Públicos, da decisão arbitral cabe recurso urgente para o tribunal administrativo competente, com efeito meramente devolutivo, se essa possibilidade tiver sido salvaguardada pela entidade adjudicante nas peças do procedimento, ou declarada por algum dos concorrentes ou candidatos nas respetivas propostas ou candidaturas. Disponível em: www.staministrativo.pt. Acesso em: 02-04-2020.

⁵⁵ Ana Perestrelo de Oliveira (*Arbitragem de litígios com entes públicos*. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2015, p. 62-63), examinando o artigo 180º, nº 1, a, do CPTA, diz que tem a vantagem de permitir que, num mesmo processo, seja apreciada a globalidade da relação jurídica controvertida, a qual se justifica porque o ato administrativo está indissolúvelmente ligado ao desenlace da execução contratual, havendo assim o legislador optado por permitir a apreciação de sua legalidade a título principal.



regresso, ou das indenizações previstas em lei, à validade de atos administrativos e a vínculos de emprego público.

No que concerne às indenizações contempladas legalmente, decorrentes de acréscimo por força da Lei 58, de 11-09-2008, tem-se como exemplo a exigível em caso de desapropriação e demais hipóteses de sacrifício de direitos. Sua razão de ser porventura está ligada à reforma tanto do Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais quanto do Código de Processo dos Tribunais Administrativos, eliminando, no particular, uma dualidade de jurisdição antes existente⁵⁶.

Porém, o legislador (artigo 185º, nº 1⁵⁷) foi cauteloso ao excluir da província dos tribunais arbitrais, lançando reserva em favor dos estatais, os pleitos de indenização resultantes de atos praticados no desempenho das funções política, legislativa e jurisdicional.

Destaque-se que, na órbita contratual, a atual redação permite que sejam solucionados pelos tribunais arbitrais os atos perpetrados na fase pré-contratual, conforme o artigo 100º do CPTA⁵⁸, relativo ao correspondente contencioso. Assim o prevê

⁵⁶ Sobre o assunto, remete-se à leitura de Licínio Lopes Martins (Âmbito da jurisdição administrativa no Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais revisto. *Justiça Administrativa*, número 106, item 6, julho/agosto de 2014), ao mencionar que, anteriormente, a matéria atinente ao exame da legalidade da intervenção estatal na propriedade estava submetida a uma jurisdição dual. Desse modo, cabia à jurisdição administrativa conhecer das impugnações inerentes às declarações de utilidade pública na desapropriação, de urgência para a imissão na posse, e de requisição, bem como para apreciar os pleitos de reversão (entre nós, retrocessão), mas que, quanto à fixação da indenização em tais hipóteses, a competência jurisdicional pertencia à jurisdição comum. Segundo o autor, se ambos os litígios têm por fonte uma relação jurídica administrativa, é de caber o seu exame, por natureza, na competência constitucional dos tribunais administrativos, quer, por exemplo, a expropriação resulte de um ato administrativo ou diretamente de um regulamento ou ato legislativo. Uma consequência da nova disciplina é o de propiciar a sua submissão ao âmbito da arbitragem no CPTA.

⁵⁷ Artigo 185º Limites da arbitragem. 1 - Não pode ser objeto de compromisso arbitral a responsabilidade civil por prejuízos decorrentes do exercício da função política e legislativa ou da função jurisdicional. Disponível em: www.ministeriopublico.pt. Acesso em: 23-04-2020.

⁵⁸ Artigo 100º Âmbito. 1 - Para os efeitos do disposto na presente secção, o contencioso pré-contratual compreende as ações de impugnação ou de condenação à prática



o nº 3 acrescentado ao artigo 180º. São eles a impugnação ou a condenação à prática de atos administrativos relacionados com a formação de contratos de empreitada de obras públicas, de concessão de obras públicas, de serviços públicos, de aquisição ou de locação de bens móveis e de aquisição de serviços.

Disso se depreende que, nas hipóteses elencadas, o exame dos árbitros envereda não somente com relação à extensão de eventuais efeitos patrimoniais. Ingressa no exame de juridicidade relativo a tais relações jurídico-administrativas.

No ponto, apenas explicita o CPTA que a abordagem deverá observar o Código dos Contratos Públicos⁵⁹, adotando-se o procedimento de urgência por aquele previsto⁶⁰, bem como a possibilidade de recurso urgente, com efeito devolutivo, caso a contratação envolva valor igual ou inferior ao previsto no artigo 476º, nº 5, deste código.

Quanto aos atos administrativos, a redação do art. 180º ofertada pelo Decreto-lei nº 214-G/2015 trouxe sensível modificação. Antes, limitava-se a possibilidade de submissão aos tribunais arbitrais da análise das questões inerentes aos atos administrativos àqueles que pudessem ser revogados sem fundamento em sua invalidade.

Assim o era porque – consoante a doutrina⁶¹ –, uma vez

de atos administrativos relativos à formação de contratos de empreitada de obras públicas, de concessão de obras públicas, de concessão de serviços públicos, de aquisição ou locação de bens móveis e de aquisição de serviços. 2 - Para os efeitos do disposto na presente secção, são considerados atos administrativos os atos praticados por quaisquer entidades adjudicantes ao abrigo de regras de contratação pública. Disponível em: www.staministrativo.pt. Acesso em: 02-04-2020.

⁵⁹ O diploma continuará a ser referido como CCP.

⁶⁰ Cuida-se aqui da adoção do efeito suspensivo automático e das medidas provisórias referidas nos artigos 103 - A e 103 - B do CPTA.

⁶¹ Assim se manifestam Mário Aroso e Carlos Alberto Cadilha (*Comentário ao Código de Processo nos tribunais administrativos*. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2010, p. 886), Luís Cabral de Moncada (*A arbitragem no direito administrativo; uma justiça alternativa*. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, ano VII, p. 180-181, 2010 – Especial) e Ana Perestrelo (*Arbitragem de litígios com entes públicos*. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2015, p. 78-79).



podendo serem revogados sem lastro na sua conformidade à ordem jurídica, qualificar-se-iam como atos disponíveis. Por essa razão, poderiam ser submetidos à arbitragem. Diversamente, era de se afirmar que, em estando em causa decisões administrativas que somente pudessem ser removidas com fundamento em sua invalidade e, portanto, o destino de ditas situações jurídicas, não se encontrando na disponibilidade da Administração, não poderia por esta ser remetido ao exame de um tribunal arbitral.

Com a alteração acima mencionada, mantida intangível pela Lei nº 118/2019, restou admitida a arbitragem nos litígios nos quais se há de examinar a sua validade, i.e., sua conformidade com o ordenamento jurídico. Passa-se, pelo toque do legislador, a situações contenciosas por natureza, envolvendo direitos indisponíveis.

Esse exame, importante advertir, é de possível incidência tanto nos atos regrados ou vinculados quanto aqueles nos quais há uma margem de competência discricionária. Nestes últimos, o exame pelos árbitros há que dirigir sua atenção à observância, pela Administração, do campo de descrição que lhe foi conferida pelo Direito.

Carlos Alberto Cadilha⁶², ao discorrer sobre os limites internos aos quais estão sujeitos os julgamentos dos tribunais arbitrais, esclarece que aqueles são os mesmos aos quais estão submetidos os tribunais estatais. Neles merece realce o da separação de poderes, razão pela qual não poderão enveredar pelo exame da oportunidade ou conveniência da atuação administrativa.

Assim, os tribunais arbitrais podem examinar a validade dos atos administrativos estritamente vinculados, competindo-lhe aferir a sua conformidade com os princípios e regras aplicáveis, fazendo o mesmo quanto aos atos discricionários, desde que não substituam a Administração em suas valorações, restringindo-se à fiscalização dos parâmetros de juridicidade da

⁶² Reserva de jurisdição estadual e limites à arbitragem administrativa. *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*, volume X, p. 104, 2017.

decisão administrativa⁶³.

Talvez mais preciso, Fausto de Quadros⁶⁴, avivando os principais destaques da reforma do CPTA em matéria de arbitragem, indica que o novo texto do art. 185º, nº 2, acrescentou dois limites – óbvios, aliás –, aplicáveis no contencioso de legalidade a serem exercidos no plano da arbitragem⁶⁵.

Um deles é o de que não permite reste sujeita à arbitragem imiscuir-se na conveniência e oportunidade da atuação administrativa, até porque tal é vedado até mesmo para os tribunais do Estado e é uma decorrência da discricionariedade administrativa.

O outro, no dizer do autor, é quanto ao emprego da equidade. Envolvendo o contencioso de legalidade, a aplicação da lei somente pode ser apreciada à luz do direito constituído. A apreciação equitativa, por exemplo, terá um papel de relevo em sede de responsabilidade civil, mais precisamente quanto ao cálculo

⁶³ Interessante – e talvez expresse uma vantagem de uma lei processual para os litígios envolvendo a Administração – o CPTA, em mais de uma oportunidade, traçou limitações ao âmbito do exame a ser efetuado pelo juiz administrativo e, de consequente, pelo tribunal arbitral. Numa regra voltada aos poderes da justiça administrativa, o art. 3º, nº 1, dispõe: “Artigo 3º Poderes dos tribunais administrativos. 1 - No respeito pelo princípio da separação e interdependência dos poderes, os tribunais administrativos julgam do cumprimento pela Administração das normas e princípios jurídicos que a vinculam e não da conveniência ou oportunidade da sua atuação”. Noutra, detalhando os poderes do tribunal, proclama: “Artigo 71º Poderes de pronúncia do tribunal. (...) 2 - Quando a emissão do ato pretendido envolva a formulação de valorações próprias do exercício da função administrativa e a apreciação do caso concreto não permita identificar apenas uma solução como legalmente possível, o tribunal não pode determinar o conteúdo do ato a praticar, mas deve explicitar as vinculações a observar pela Administração na emissão do ato devido”. O teor de ambos dos preceitos está disponível em: www.stadministrativo.pt. Acesso em: 11-04-2020.

⁶⁴ Linhas gerais da reforma do Código de Processo nos Tribunais Administrativos em matéria de arbitragem. *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*, volume VII, p. 13, 2014.

⁶⁵ Coerente com a orientação adotada em preceitos antecedentes, o art. 185, nº 2, do CPTA, prescreve: “(...) 2 - Nos litígios sobre questões de legalidade, os árbitros decidem estritamente segundo o direito constituído, não podendo pronunciar-se sobre a conveniência ou oportunidade da atuação administrativa, nem julgar segundo equidade”. Disponível em: www.stadministrativo.pt. Acesso em: 11-04-2020.



do valor do dano, mas não em face do exame de legalidade de uma decisão administrativa.

Cautela importante teve o legislador, ao dispor no n° 2 do art. 180° do CPTA que, em havendo contrainteresados, a validade do compromisso arbitral dependerá do assentimento destes. São eles, nos termos do artigo 57° do referido código, quem o provimento jurisdicional possa prejudicá-los diretamente ou que tenham legítimo interesse na manutenção do ato impugnado, sendo suscetíveis de identificação em virtude da relação jurídico-material ou dos documentos contidos nos autos.

A enumeração constante do art. 180° do CPTA não exclui, conforme já visto, as hipóteses previstas na legislação especial. Dentre estas, convém recordar, encontram-se as do Decreto-lei 118°/99, relativa à seara urbanística, e as do Decreto-lei 10/2011, voltadas ao liame entre a Administração Tributária e os contribuintes.

Especialmente no plano tributário⁶⁶, são várias as hipóteses nas quais, conforme o art. 2° do Decreto-lei 10/2011⁶⁷, há

⁶⁶ A implementação da arbitragem nas questões tributárias em Portugal, segundo Margarida Marques Carvalho (Da arbitragem tributária e dos motivos que a conduziram à sua introdução no ordenamento jurídico português. In: *Arbitragem: da experiência portuguesa ao futuro*. Coimbra: Almedina, 2018, p. 43-44. Coord.: COSTA, Ricardo), projetou-se à consecução de três objetivos principais, a saber: a) reforçar a tutela eficaz dos direitos e interesses legalmente protegidos dos contribuintes; b) imprimir uma maior celeridade na resolução dos litígios entre a Administração Tributária e o sujeito passivo; c) reduzir a pendência de processos nos tribunais administrativos e fiscais. Aponta a autora, com invocação a estudo realizado pelo Ministério da Justiça, que, ao final do ano de 2015, perante a justiça fiscal de primeira instância era possível registrar mais de 53 mil processos judiciais pendentes, sendo de notar que uma fração significativa daqueles havia sido protocolada há mais de 13 anos. O pioneirismo não é lusitano, apontando Ana Perestrelo (*Arbitragem de litígios com entes públicos*. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2015, p. 92) a experiência da *Tax Court Rule* 124, submetendo litígios fiscais a árbitros, embora inicialmente circunscrita a questões de fato. A disciplina legal – ressalta a autora – visou primacialmente a desonerar a jurisdição fiscal do exame dos casos inerente a preços de transferência. A nível dos Estados-membros, há vários exemplos de procedimentos arbitrais nesse âmbito.

⁶⁷ Artigo 2° Competência dos tribunais arbitrais e direito aplicável 1 - A competência dos tribunais arbitrais compreende a apreciação das seguintes pretensões: a) A declaração de ilegalidade de actos de liquidação de tributos, de autoliquidação, de retenção



Tal sucede quando a Administração Pública atua sob a regência do regime jurídico de direito privado. Hipótese onde é característica a sujeição daquela ao universo das regras do direito obrigacional, por exemplo, sucede entre nós por força do art. 173, §3º, II, da CRFB, relacionado com a atividade fim das empresas públicas, sociedades de economia mista e suas subsidiárias. Assim o entendimento da doutrina⁶⁸, não somente a

⁶⁸ É o caso de Diogo de Figueiredo Moreira Neto e Marcos Juruena Villela Souto (Arbitragem em contratos firmados por empresas estatais. *Revista de Direito Administrativo*, volume 236, p. 215-219 e 261, abril/junho de 2004), ao aludirem a que Administração não somente celebra contratos administrativos, em cujo conteúdo se têm as cláusulas exorbitantes, mas também contratos de direito privado, reforçando que estas práticas estão sujeitas as empresas estatais, pois a sua criação legislativa tem por fim o desempenho de uma atividade econômica ligada aos fins do ente político que possui o seu controle. O mesmo é enfatizado por Leonardo Cunha (*A fazenda pública em juízo*. 17ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 710), o qual, ao depois de avivar que a existência de uma submissão ampla da Administração à arbitragem quando atue *jure gestionis*, ou seja, quando estiver inserida numa relação de direito privado, diz quanto à atuação das sociedades de economia mista e empresas públicas, que estas encetam relações contratuais desconexas de atos de império e, portanto,



pátria⁶⁹.

Contributo legislativo para uma definição do que deva ser considerado direito patrimonial disponível nos fornece a Lei 10.848/2004. Dispõe, no seu art. 4º, §7º, que se consideram disponíveis os direitos relativos a créditos e débitos decorrentes das operações que venham a serem realizadas no âmbito da CCEE.

Visto o primeiro dos critérios consagrados para a definição das situações nas quais a Administração pode vincular-se à arbitragem, qual seja a da presença de um direito tanto patrimonial quanto disponível, limitado à atuação daquela sob as vestes do direito privado, remanesce saber se é possível, nas demais relações jurídico-administrativas, cogitar-se do mecanismo alternativo ao recurso ao Judiciário.

versando direitos patrimoniais disponíveis. A argumentação faz com que se evoque Oswaldo Aranha Bandeira de Mello (*Princípios gerais de direito administrativo*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 689. A primeira edição é de 1969), ao visualizar, a pretexto de examinar a concessão de serviço e de obra pública, ser tipicamente contratual, nesse ajuste, o acordo de vontades sobre a equação econômico-financeira, por que inalterável pelas partes. Porventura seja esse o ponto de partida para se sustentar a arbitragem no estado da arte do sistema jurídico brasileiro.

69 Com efeito, no sistema jurídico espanhol, no qual ainda não há um tratamento legislativo geral acerca da arbitragem envolvendo os litígios nos quais é parte a Administração Pública, restringindo-se, ao que parece, à hipótese substitutiva de recursos administrativos, conforme o artigo 112.2, da *Ley* 39/2015, diploma que atualmente rege o procedimento administrativo, Juan Manuel Trayter (El arbitraje de derecho administrativo. *Revista de Administración Pública*, nº 143, p. 95-96, maio/agosto de 1997), ao instante da vigência da legislação antecedente (artigo 107.2, *Ley* 30/92), observou que o próprio legislador menciona que a arbitragem somente poderá ter lugar diante da especificidade de uma matéria que a justifique. Daí deduz que, em princípio, o habitat natural onde aquela há que se desenvolver, com maior liberdade, serão o dos conflitos que emanem da aplicação e interpretação de toda espécie de contratos e ajustes celebrados pela Administração, não podendo “nunca versar a arbitragem sobre os atos administrativos vinculados ou sobre o exercício de competências discricionárias” (no podrá nunca versar el arbitraje sobre actos administrativos reglados o sobre ejercicio de potestades discrecionales), porquanto “uma das notas essenciais da arbitragem é que as questões litigiosas por ela resolvidas devem ser <<matérias de livre disposição>>, circunstância que não coincide com as hipóteses assinaladas” (una de las notas esenciales del arbitraje es que las cuestiones litigiosas por él resueltas deben ser <<matérias de libre disposición>>, circunstancia que no concurre en los supuestos señalados. *Loc. cit.*, p. 95).



Daí as inúmeras previsões de que tal venha ocorrer, como se tem, à guisa de exemplificar mais uma vez, no que concerne às concessões e às parcerias público-privadas, típicos enlaces administrativos. Significa dizer, nesses casos, que o legislador amenizou a indisponibilidade do interesse público, permitindo que eventuais disputas venham a ser resolvidas fora dos juízos e

⁷¹ Não se pode escapar da ironia de Cassese (L'arbitrato nel diritto amministrativo. *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, vol. 2, p. 313, 1996), ao observar que a submissão da Administração Pública à arbitragem posta como dependente do princípio da legalidade oculta um pseudoproblema ou uma apreciação errônea. Isso porque o princípio da legalidade não é violado, mas satisfeito, à medida que a aquela é prevista no art. 806 do Código de Processo Civil italiano, não havendo necessidade de uma autorização legislativa *ad hoc*.



tribunais.

Da mesma forma, além da necessidade de previsão legal para cada uma dessas situações, faz-se necessário acentuar que a arbitragem há que se limitar ao âmbito traçado pelo legislador.

Por isso, é que se mostra forçoso rematar que, no direito brasileiro, ao contrário do modelo lusitano, não se previu em favor dos árbitros o exame de pretensões relacionadas ao contencioso de invalidade de atos, decisões ou contratos administrativos.

À minguia de menção expressa pelo legislador brasileiro, a análise posta ao descortino dos árbitros há que dizer respeito aos aspectos patrimoniais dos vínculos jurídicos em questão, nada impedindo, contudo, que o exame da legalidade de uma decisão administrativa possa vir a ser examinada de forma indireta, não principal⁷².

À guisa de exemplo, tem-se que, em se tratando das concessões ou permissões, às quais se referem os arts. 35, XVI, e 39, XI, da Lei 10.233/2001, a arbitragem, se instituída, somente poderá versar sobre os direitos e obrigações das partes, descabendo o exame de pedido de invalidação, de forma direta, do ajuste ou de ato inerente à sua execução⁷³. Em se tratando de desapropriação, aos árbitros está interdita a análise da declaração de interesse público ou social, restringindo-se à fixação do montante da indenização.

⁷² Esse entendimento foi exposto por Cabral de Moncada (A arbitragem no direito administrativo; uma justiça alternativa. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, ano VII, p. 181, 2010 - Especial), antes das alterações que o Decreto-lei nº 214/2015 imprimiu à disciplina da arbitragem no CPTA. Expôs o autor que, mesmo quando o exame de um ato administrativo reste fora da competência dos tribunais arbitrais por ser indisponível, nada está a impedir que estes possam conhecer a título accidental da correspondente ilegalidade, para fins de indenização.

⁷³ A ausência de menção ao exame da legalidade de atos levados a cabo durante a execução de ditos ajustes faz com que remanesça o problema de saber se a discussão das consequências patrimoniais resultantes das penalidades contratuais e administrativas a que se encontra sujeito o concessionário ou permissionário e a forma de sua aplicação poderá ser entregue aos árbitros, em razão de, tradicionalmente, tal matéria se localizar no campo do contencioso de legalidade.



Coincide, porém, com a legislação portuguesa, o art. 2º, §3º, da LA, dispondo que a arbitragem envolvendo a

⁷⁴ Prova disso está no teor do dispositivo legal: *Art. 12.* Fica instituído o Juízo Arbitral para o fim especial de julgar, em única instância e sem recurso, as impugnações oferecidas pelo Espólio de Henrique Lage, sua herdeira e legatários, aos Decretos-leis n.º 4.648, de 2 de Setembro de 1942, e 7.024, de 6 de Novembro de 1944, com as seguintes atribuições: I – Decidir sobre: a) as avaliações dos bens e direitos a que aludem os arts. 2º e 4º deste Decreto-lei; b) os débitos a que se referem os arts. 5º, letra a, e 6º, c) o levantamento do passivo das referidas Empresas e do Espólio, para os fins previstos no art. 5º letra b; d) a apuração da diferença a que alude o art. 8º; e) as alterações eventuais previstas no art. 10; f) a demarcação da parte dos terrenos de marinha e acrescidos, excluída da incorporação, nos termos dos arts. 2º e 3º; g) a administração, nos termos do art. 21, § 1º, das empresas excluídas; h) os casos omissos e qualquer outro assunto de que dependa a boa e rápida execução do presente decreto-lei. II – Arbitrar, se necessário, o valor dos acréscimos e deduções a serem computados na forma do art. 10. Disponível em: www.senado.leg.br. Acesso em: 27-04-2020.



Administração Pública será sempre de direito, o que é capaz de conjugar o julgamento por critérios de equidade.

6 – DO ÓRGÃO ARBITRAL.

Quanto ao modo de submissão à arbitragem, é possível notar semelhanças entre os modelos jurídicos em comento. Ambos requerem a convenção de arbitragem sob as formas de compromisso arbitral e de cláusula compromissória.

Isso se deduz no direito português da remissão que o CPTA (artigo 181º) faz à LAV (artigo 2º, nº 6). O mesmo acontece com o sistema brasileiro, seja em face da regra geral constante do art. 1º, §1º, da LA, para os litígios versando sobre direitos patrimoniais disponíveis, ou pela preferência das previsões legais específicas em se reportar a tal diploma, o qual consagra a dualidade de formas para a convenção de arbitragem (art. 3º).

Há peculiaridades. Por exemplo, a LAV, apesar de inevitavelmente se apegar à forma escrita, flexibilizou o rigor formal, admitindo missivas e comunicações eletrônicas para esse fim. E mais: admite uma prova ficta da convenção de arbitragem quando, no curso do processo arbitral, haja a sua existência sido alegada por petição de uma parte, não havendo contradita do outro litigante.

Outra é a de que o CPTA contempla, no seu art. 182º, o que se denomina de direito à outorga do compromisso arbitral⁷⁵. A doutrina, porém, não enxerga em tal previsão um verdadeiro direito potestativo para impor à Administração a arbitragem. Fausto de Quadros⁷⁶, assinala que, infelizmente, a reforma

⁷⁵ *Artigo 182.º* Direito à outorga de compromisso arbitral. O interessado que pretenda recorrer à arbitragem no âmbito dos litígios previstos no artigo 180.º pode exigir da Administração a celebração de compromisso arbitral, nos casos e termos previstos na lei. Disponível em: www.stadministrativo.jus.br. Acesso em: 28-04-2020.

⁷⁶ Linhas gerais da reforma do Código de Processo nos Tribunais Administrativos em matéria de arbitragem. *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*, volume VII, p. 12, 2014. Ao que tudo indica se reportando ao futuro Decreto-lei 214/2015, o autor, à página seguinte, esclarece que, quando da elaboração das alterações se optou



No direito brasileiro, quando a arbitragem advenha de cláusula compromissória, formalizada no âmbito de contrato administrativo, tem-se como competente para vincular a Administração o agente público que ostenta competência para firmar o ajuste. Diversamente, sobrevivendo compromisso arbitral, o art. 1º, §2º, da LA, dispõe que a autoridade com competência para

⁷⁷ *Artigo 184.º* Competência para outorgar compromisso arbitral. 1- A outorga de compromisso arbitral por parte do Estado é objeto de despacho do membro do Governo responsável em razão da matéria, a proferir no prazo de 30 dias, contado desde a apresentação do requerimento do interessado. 2 - Nas demais pessoas coletivas de direito público, a competência prevista no número anterior pertence ao presidente do respetivo órgão dirigente. 3 - No caso das Regiões Autónomas e das autarquias locais, a competência referida nos números anteriores pertence, respetivamente, ao governo regional e ao órgão autárquico que desempenha funções executivas. Disponível em: www.stadministrativo.pt. Acesso em: 28-04-2020.



tanto é a mesma que a tem para a celebração de acordos ou transações⁷⁸.

Um modelo peculiar sucede no direito lusitano quanto à arbitragem em matéria tributária, não havendo que se falar em convenção de arbitragem. A vinculação da Administração Tributária a esta – diz o artigo 4º, nº 1, do Decreto-lei 10/2011⁷⁹ – sucede mediante a edição de ato (portaria) subscrita pelos Ministros das Finanças e da Justiça, devendo mencionar o tipo e o valor máximo dos litígios que estão abrangidos.

Conforme o artigo 10º do referido decreto-lei, para que tal se institua nos casos concretos, indispensável a manifestação no sentido da solução jurisdicional alternativa, a ser formulada no prazo de 90 ou 30 dias, dirigida por meio eletrônico ao Presidente do Centro de Arbitragem, devendo preencher os requisitos ali especificados. Recebido o requerimento, o presidente do tribunal arbitral deverá, no prazo de dois dias, levar o fato, igualmente por via eletrônica, à ciência da Administração Tributária.

Essa singularidade formata uma aparência, logo

⁷⁸ A despeito da regra legal se referir ao gênero (convenção de arbitragem), a lógica evidencia que somente pretendeu o legislador dispor para o caso de compromisso arbitral. Isso porque nos liames contratuais nas quais haja cláusula sobre arbitragem (cláusula compromissória) a autoridade competente para celebração do contrato já possui assim competência para vincular a Administração, sem que haja necessidade de, no particular, tal disposição ser firmada também por outro agente público. No plano da Administração Federal Direta e Indireta, por força do art. 1º, *caput*, da Lei 9.469/96, com a redação da Lei 13.140/2015, tal competência é do Advogado-Geral da União, sendo de notar que, em se tratando de empresa pública federal, atua conjuntamente com o seu dirigente máximo e o dirigente estatutário da área envolvida. Mas se o conteúdo econômico discutido ultrapassar o previsto em regulamento, o Advogado-Geral da União atuará juntamente com o Ministro de Estado da área de competência a qual estiver afeto o assunto, ou ainda do Presidente da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, do Tribunal de Contas da União, do Tribunal ou Conselho, ou do Procurador-Geral da República, no caso de interesse dos órgãos dos Poderes Legislativo e Judiciário ou do Ministério Público da União.

⁷⁹ Artigo 4.º Vinculação e funcionamento 1 - A vinculação da administração tributária à jurisdição dos tribunais constituídos nos termos da presente lei depende de portaria dos membros do Governo responsáveis pelas áreas das finanças e da justiça, que estabelece, designadamente, o tipo e o valor máximo dos litígios abrangidos. Disponível em: www.pgdlisboa.pt. Acesso em: 30-04-2020.

dissolvida doutrinariamente⁸⁰, no sentido de que a arbitragem na esfera tributária teria caráter necessário. A exigência de uma adesão do particular já evidencia que não se desfaz a voluntariedade que impregna o método arbitral.

A adesão da Administração Pública produz efeitos no sentido de afastar a competência dos tribunais estatais para o conhecimento do litígio. Eventual competência destes para assuntos específicos da controvérsia dependerá de previsão legal.

A LAV (art. 5º, nº 1^o⁸¹), aplicável às arbitragens a que se refere o CPTA, prevê que, em sendo ajuizada demanda relativa ao tema submetido à convenção de arbitragem, poderá o réu, no primeiro momento no qual apresentar suas primeiras razões sobre o mérito da causa, invocar a existência daquela, de maneira que o juízo deverá decidir pela absolvição de instância⁸², salvo se verificar que a regra convencional é manifestamente nula, é ou se tornou ineficaz ou inexecutível.

No direito brasileiro, o Código de Processo Civil⁸³

⁸⁰ Assim destaca Margarida Marques Carvalho (Da arbitragem tributária e dos motivos que conduziram à sua introdução no ordenamento jurídico português. In: *Arbitragem: da experiência portuguesa ao futuro*. Coimbra: Almedina, p. 45, 2018. Coord.: COSTA, Ricardo), ao verificar que a adesão a esse regime, que vem se tornando massiva, não resulta de qualquer obrigatoriedade legal, haja vista o contribuinte possuir a liberdade de optar ou não pela solução de sua impugnação pelo tribunal arbitral.

⁸¹ Artigo 5º Efeito negativo da convenção de arbitragem 1 - O tribunal estadual no qual seja proposta acção relativa a uma questão abrangida por uma convenção de arbitragem deve, a requerimento do réu deduzido até ao momento em que este apresentar o seu primeiro articulado sobre o fundo da causa, absolvê-lo da instância, a menos que verifique que, manifestamente, a convenção de arbitragem é nula, é ou se tornou ineficaz ou é inexecutível. Disponível em: www.dre.pt. Acesso em: 01-05-2020.

⁸² A expressão absolvição de instância não é estranha entre nós, havendo constatada no art. 201 do CPC de 1939, instituído pelo Decreto-lei 1.609. O seu significado equivalia ao que, atualmente, tem-se por extinção do processo sem resolução de mérito, nos termos do Código de Processo Civil vigente (art. 485). O direito lusitano ainda adota a expressão e no mesmo sentido que a nossa extinção do processo sem resolução de mérito. O Código de Processo Civil que veio a lume com a Lei 41/2013 agrupa tais situações como sendo de extinção (artigo 277º) e absolvição (artigo 278º) da instância. A identificação do diploma far-se-á daqui em diante pelo emprego da sigla CPC com o qualificativo português.

⁸³ No curso do texto será identificado pela sigla CPC.



vigente (art. 485, VII) contempla como hipótese de extinção do processo sem resolução mérito aquela na qual o juiz “acolher a alegação de existência de convenção de arbitragem ou quando o juízo arbitral reconhecer sua competência”.

Semelhante ao arquétipo lusitano, o art. 337 do CPC enumera, no seu inciso X, como matéria a ser suscitada pelo réu na oportunidade da contestação, a existência de convenção de arbitragem. Dispõem os seus §§ 5º e 6º que, além da impossibilidade de seu conhecimento de ofício, a ausência de alegação sobre a existência de convenção arbitral implica aceitação da jurisdição estatal.

Tal solução, à míngua de exceção estatuída em lei, é plenamente aplicável à Administração que vincular-se à arbitragem, ressalvada a alegação – que deverá ser evidente – de invalidade da correspondente convenção, por contrariedade manifesta à lei⁸⁴.

Sobre a escolha dos árbitros o artigo 181º, nº 1, do CPTA, dispõe que a constituição do tribunal arbitral é de ser realizada de acordo com a LAV, a qual dispõe que poderá ser constituído por um único árbitro ou por um número ímpar, devendo, em não havendo as partes acordado sobre esse ponto, aquele será composto por três árbitros (artigo 8º). Devem ser pessoas físicas e plenamente capazes, sendo independentes e imparciais (artigo 9º, nº 1 e 3). A sua designação dar-se-á na convenção de arbitragem ou em escrito posterior, ajustado pelas partes (artigo 10º, nº 1).

⁸⁴ Granjeia atenção a observação feita por Cesar Guimarães e Eduardo Talamini (Arbitragem e Poder Público: o esboço de um consenso e novos desafios. In: *Arbitragem e Poder Público*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 10), para quem, em caso de aderir à arbitragem, a Administração há que fazê-lo com responsabilidade e boa-fé, abstendo-se de posteriormente arguir sua condição de ente estatal para sustentar a sua invalidade. A conduta – dizem – desmoraliza o instituto arbitral, contrariando, da mesma forma, a boa-fé e a lealdade que estão integradas no âmbito da moralidade administrativa, constitucionalizada pelo art. 37, *caput*, da CRFB. Aportam ainda na conclusão de que tal fato seria apto, em tese, para caracterizar a improbidade administrativa a que se refere o art. 11, *caput*, da Lei 8.429/92.



Da assertiva decorre saber, como enfatizam os autores

⁸⁷ *Comentário ao Código de Processo nos tribunais administrativos*. 2^a ed. Coimbra: Almedina, p. 899, 2010.



se, para esse fim, é possível valer-se do Decreto-lei 425/86⁸⁸. A prática fez com que assim oficialmente fosse compreendido, segundo se tem do Despacho nº 509/2009 do então Secretário de Estado da Justiça⁸⁹, mediante o qual autorizou a criação de um centro de arbitragem sob a égide da Associação denominada CAAD – Centro de Arbitragem Administrativa⁹⁰, constante da sua motivação a invocação do referido diploma legal.

Outro aspecto que emerge do artigo 187º, nº 1, do CPTA, em sua atual redação, é uma aparente redução das matérias suscetíveis de arbitragem institucionalizada, pois se reporta designadamente às searas do funcionalismo público, previdência pública e urbanística, quando, anteriormente, apesar de se referir aos contratos e a responsabilidade civil, o seu texto se inclinava pela enumeração taxativa.

Por isso, tem-se que o emprego do advérbio “designadamente”, a expressar especificadamente, assinaladamente, particularmente, fornece a ideia de que não se exclui, desde que o

⁸⁸ Isso porventura se argumenta pelo fato do diploma, editado à época da Lei 31/86, a qual então disciplinava a arbitragem voluntária, dispor que as entidades que pretendessem promover, a nível institucionalizado, a realização de arbitragens, poderiam requerer ao Ministro da Justiça autorização para criação dos respectivos centros, cabendo-lhe, por ocasião do requerimento, expor circunstanciadamente as razões que respaldam a sua pretensão, com a delimitação do objeto das arbitragens a que pretendem se dedicar. A despeito disso, o legislador distinguiu qual o campo de aplicação do mecanismo arbitral em razão do qual seria permitido pretender a constituição do centro de arbitragem.

⁸⁹ Diário da República, 2ª série, nº 30, de 12-02-2009. Referida publicação, bem assim as demais que possibilitem o interesse em conhecer a estrutura e atuação do CAAD, acha-se disponível em www.caad.org.pt.

⁹⁰ Apesar de sua natureza de associação privada sem fins lucrativos, tal como consignado na fundamentação do Despacho 509/2009, submete-se, no seu funcionamento, a intervenções do Estado, as quais, no dizer de Ricardo Pedro (Arbitragem institucional e centros de arbitragem de direito público. *In: Estudos sobre arbitragem (em especial, de direito público)*. Lisboa: AAFDL, p. 120-121, 2009), são verificáveis em três níveis, consistentes na sujeição ao controle de legalidade ao instante de sua constituição, na sua promoção e financiamento, e na sua gestão, através da participação de entidades públicas no Conselho de representantes ou na integração do Estado no Conselho Deontológico, cujo presidente é designado pelo Conselho Superior dos Tribunais Administrativos e Fiscais.



legislador preveja, outras hipóteses de sujeição à arbitragem institucionalizada.

Uma delas, por exemplo, está no artigo 476º, nº 2, do CCP, relacionada a questões que envolvam o âmbito de formação do contrato, dependendo, para tanto, da aceitação de todos os interessados, candidatos e concorrentes. Poderá ainda se referir a outras questões contratuais, desde que haja o assentimento do cocontratante. Em ambos os casos, necessária a concordância sobre o modo de constituição do tribunal arbitral e do regime processual. Os assentimentos referidos, sem ressalva, hão que se manifestados de acordo com o modelo constante do seu anexo XII.

Não esquecer que, no particular da arbitragem tributária, o Decreto-lei 10/2011, no seu art. 4º, nº 2, prescreve que terá lugar perante o Centro de Arbitragem Administrativa - CAAD.

Importante observar a circunstância de que, salvo previsões legais em contrário, tal qual a acima mencionada, pelo artigo 187º, nº 2, do CPTA, a vinculação dos entes públicos a um centro de arbitragem decorre de uma opção pelas autoridades do Governo responsável pela justiça e pela área competente em razão da matéria, a ser manifestada com a edição de portaria, na qual deverão ser mencionados os tipos e valores máximos dos litígios que abrange.

Com isso, restam os interessados habilitados para submeterem tais questões ao centro de arbitragem escolhido, mencionando que a possibilidade de escolha faz com que possa não se circunscrever ao CAAD, podendo-se, ao invés, ampliar para contemplar outros centros autorizados para apreciar matéria de direito público, a resultar, se for o caso, num aumento da oferta dos órgãos institucionalizados para esse fim.

No direito brasileiro, pode ser árbitro qualquer pessoa capaz, não necessitando ser bacharel em Direito⁹¹. Exige a LAV

⁹¹ Esse é, por exemplo, o entendimento de Leonardo Cunha (*A fazenda pública em juízo*. 17ª ed. Rio de Janeiro: Forense, p. 703, 2020). Não se olvida que poderá haver



que seja da confiança das partes e que não sejam impedidos nem suspeitos, aplicando-se nesse particular, diz o seu art. 14, *caput*, as hipóteses de impedimento, de suspeição, bem como os mesmos deveres e responsabilidades a que estão sujeitos os juízes, nos termos do CPC (arts. 139 a 145).

Por isso, explicita o art. 14, §1º, da LA, que as pessoas indicadas para funcionar como árbitro, antes da aceitação da função, não que revelar qualquer fato capaz de denotar dúvida justificada quanto à sua imparcialidade e independência.

Nas hipóteses nas quais a arbitragem a que se submetem entes públicos ou administrativos deva observar a LAV, ou quando a aplicação daquela defluir da convenção arbitral, não se exclui, antes é possível, a arbitragem institucionalizada. Assim se tem com base no art. 13, §3º, do mencionado diploma, a facultar as partes, de comum acordo, valer-se, quando da escolha dos árbitros, de um órgão arbitral ou instituição especializada, o que é, nesse particular, complementado pelo seu §4º, tratando da possibilidade de afastamento, pelas partes interessadas, de dispositivo do regulamento do órgão arbitral institucional que limite a escolha do árbitro único, coárbitro ou presidente do tribunal à respectiva lista de árbitros.

7 – DO PROCEDIMENTO ARBITRAL.

No direito lusitano, envolvendo a arbitragem a Administração Pública como uma das partes, o artigo 181º do CPTA dispõe que o funcionamento do tribunal arbitral sucede de acordo com o prescrito na LAV, a qual, segundo a doutrina, mostra-se mais precisa do que a sua antecessora⁹².

situações nas quais a finalidade da atuação do árbitro mais equivalha a um experto que possui condições para determinar o valor de uma prestação pecuniária devida em virtude de procedimento da Administração. É o que parece ocorrer com o atual regramento da desapropriação (Decreto-lei 3.365/41, art. 10 - B), no qual se busca, com a via arbitral, a determinação do valor da justa indenização.

⁹² Assim, diz Rui Moura Ramos (O novo direito português da arbitragem. *Boletim da*



O diploma objeto de remissão, embora faculte, no seu artigo 30º, nº 2, que as partes possam acordar em estatuir sobre as regras processuais a serem observadas na arbitragem, ressalta, de logo, que, qualquer que seja a disciplina que estabeleçam, há que observar os princípios fundamentais que o seu nº 1 menciona. São eles: a) a necessidade de citação do demandado; b) a igualdade de tratamento entre as partes; c) a observância do contraditório.

À falta de consenso a esse respeito, diz o nº 3 do referido artigo competir ao tribunal arbitral conduzir a arbitragem da maneira que entender, com o estabelecimento das regras que reputar adequadas, devendo assegurar os princípios enumerados no seu nº 1 (igualdade, oportunidade razoável de fazer valer o seu direito e contraditório), as normas cogentes previstas na LAV, podendo, se for o caso, dispor sobre a aplicação supletiva do ordenamento processual aplicável ao tribunal estatal competente.

Na província da tributação, o artigo 16º do Decreto-lei 10/2011, talvez por um maior sentimento de cautela, resolveu enumerar, numa maior extensão, os princípios processuais a serem observados, reportando-se ao contraditório, à isonomia de tratamento das partes, à autonomia do tribunal arbitral na condução do processo e na determinação de suas regras, à oralidade, à imediação, à livre apreciação dos fatos, à livre determinação das diligências probatórias, à cooperação, à boa-fé e à publicidade legalmente limitada.

No direito brasileiro, tem-se, nessa parte, uma disciplina semelhante, prevendo o art. 21, *caput*, da LA, que a arbitragem se desenvolverá mediante o procedimento que as partes estabeleceram por ocasião da convenção de arbitragem, a qual poderá se reportar ao regramento adotado por órgão arbitral institucionalizado. Faculta-se ainda delegarem as partes, no referido ajuste, tal disciplina ao próprio árbitro ou tribunal arbitral. Em

Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, volume 90/2, p. 588, 2014), a partir de cotejo com os dispositivos correspondentes da Lei 31/86.



sendo omissa a convenção de arbitragem a esse respeito, dispõe o §1º da regra legal que tal estipulação competirá ao árbitro ou tribunal arbitral.

Qualquer que seja a hipótese dentre as mencionadas, o art. 21, §§2º a 4º, da LA, prescreve que: a) respeitar-se-ão os princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e do seu livre convencimento⁹³; b) a possibilidade das partes em postularem mediante advogado, assegurando-se sempre a faculdade de designar quem a represente ou assiste no procedimento arbitral; c) constitui dever do árbitro ou tribunal arbitral o de tentar, no início do procedimento, conciliar os litigantes.

A LAV explicita os poderes instrutórios do tribunal arbitral, dispondo, no artigo 30º, nº 4, que são compreensivos da determinação da admissibilidade, pertinência e valor de qualquer prova produzida ou a produzir.

Num instante anterior, nos seus artigos 22º a 29º (Seções II e III), traçou um regime de tutela de urgência, referindo-se a ordens preliminares e providências cautelares, sem excluir a possibilidade, quanto a estas, de sua decretação por um tribunal estadual⁹⁴.

No direito brasileiro, o art. 22 da LA, ao se ocupar das atribuições dos árbitros no que concerne à prova, explicita que aqueles poderão tomar o depoimento das partes, ouvir testemunhas, bem assim determinar a realização de prova pericial ou outras, de ofício ou a requerimento das partes.

Também disciplinou um regime tutelar de urgência, o qual veio a lume com os arts 22 - A e 22 - B da LA, inseridos

⁹³ Sobre a natureza cogente de tais princípios, por sua derivação do devido processo legal, consultar José Rogério Cruz e Tucci (Garantias constitucionais do processo e eficácia da sentença. In: *Arbitragem e Poder Público*. São Paulo: Saraiva, p. 154, 2010).

⁹⁴ Pelo que se depreende da leitura do artigo 22 da LAV a ordem preliminar visa assegurar a eficácia da providência cautelar, evitando a sua frustração. Tanto que qualquer das partes pode pedir que seja decretada uma providência cautelar e, ao mesmo tempo, requerer que seja dirigida à outra parte uma ordem preliminar.

pela Lei 13.129/2015. Conferiu o legislador ao juízo arbitral a prerrogativa de concessão de medidas cautelares ou de urgência⁹⁵.

Caso haja necessidade do exame de tais providências antes de instituída a arbitragem, cabe à parte interessada formular requerimento nesse sentido ao Poder Judiciário. Deferida a medida, o favorecido deverá requerer a instituição do tribunal arbitral no prazo de 30 dias, computado da efetivação da correspondente decisão, sob pena da cessação de seus efeitos.

Um aspecto que merece destaque é o inerente à confidencialidade, especialmente no que concerne à arbitragem de litígios que envolvem a Administração Pública. Parecer haver aqui uma divergência, de cunho interpretativo, no âmbito dos sistemas em confronto.

No direito português, o CPTA (art. 185 - B)⁹⁶ parece haver adotado a esse respeito uma confidencialidade mitigada, permitindo que as sentenças arbitrais sejam publicadas somente ao depois de seu trânsito em julgado e, mesmo assim, depois de expurgadas de quaisquer elementos suscetíveis de identificar as partes envolvidas, disposição que o Decreto-lei 10/2011 (artigo 16º, g) cuidou de estender ao campo da arbitragem tributária.

No mais, aplica-se o dever de confidencialidade estatuído no artigo 30º, nº 5, da LAV, com as exceções que prevê, relativas à possibilidade de virem as partes tornarem públicos os

⁹⁵ Leonardo Cunha (*A fazenda pública em juízo*. 17ª ed. Rio de Janeiro: Forense, p. 708, 2020), diante do reconhecimento de que as regras sobre o desenvolvimento da arbitragem possam ser estabelecidas consensualmente pelas partes, defende ser possível haver limitações, totais ou em parte, quanto ao poder dos árbitros para a apreciação e concessão de medidas de urgência, desde que – deixa claro – sejam expressas.

⁹⁶ Artigo 185º - B Publicidade das decisões arbitrais 1 - As decisões proferidas por tribunais arbitrais transitadas em julgado são obrigatoriamente publicadas por via informática, em base de dados organizada pelo Ministério da Justiça. 2 - As decisões arbitrais apenas podem ser executadas depois de depositadas, pelo tribunal arbitral, devidamente expurgadas de quaisquer elementos suscetíveis de identificar a pessoa ou pessoas a que dizem respeito, junto do Ministério da Justiça para publicação informática, nos termos a definir por portaria do membro do Governo responsável pela área da justiça. Disponível em: www.stadministrativo.pt. Acesso em: 18-05-2020.



atos processuais necessários à defesa dos seus direitos e do dever de comunicação ou revelação de atos do processo às autoridades competentes, quando este seja imposto por lei.

Não obstante o artigo 268º, nº 1 a 3, da CRP, consagrar, no rol dos direitos e garantias dos administrados, a publicidade e a transparência, a doutrina não vem apontando a inconstitucionalidade da opção legislativa perfilhada⁹⁷.

Dentre os autores brasileiros, prepondera entendimento que se pode reputar oposto. Gustavo Justino de Oliveira⁹⁸, lastreado na circunstância de que a publicidade configura princípio de observância irrecusável no exercício da função administrativa, por força do art. 37, *caput*, da CRFB, entende por inconciliável a confidencialidade no que concerne às arbitragens nas quais a Administração Pública seja uma das partes interessadas. O mesmo entendimento, com a mesma razão de ser, é expresso por Leonardo Carneiro da Cunha⁹⁹.

Um aspecto interessante é o das questões incidentais que podem surgir no espaço destinado à arbitragem ora em exame. Em trabalho sobre a temática – inclusive no que concerne à arbitragem entre as pessoas privadas – Paulo Otero¹⁰⁰, dentre várias modalidades, destaca a do exame da inconstitucionalidade da norma cuja aplicação se mostrar relevante para a solução do litígio.

Nesses casos, diz o autor que, uma vez estando os tribunais arbitrais inseridos no rol dos tribunais ao quais a CRP

⁹⁷ Essa é a impressão que fica de Fausto de Quadros (Linhas gerais da reforma do Código de Processo nos Tribunais Administrativos em matéria de arbitragem. *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*, volume VII, p. 13, 2014) quando elogia a inovação legislativa decorrente da reforma de 2015 ao CPTA, a qual instituiu o artigo 185º - A.

⁹⁸ A arbitragem e as parcerias público-privadas. *Boletim de Direito Administrativo*, ano XXV, nº 3, p. 299, março de 2009.

⁹⁹ *A fazenda pública em juízo*. 17^a ed. Rio de Janeiro: Forense, p. 713, 2020.

¹⁰⁰ Arbitragem interna de litígios de Direito público: a publicização da arbitragem interna de Direito privado. *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*, ano V, número especial, p. 186-187, 2012.



atribui a função jurisdicional, estão abrangidos pelo artigo 204º do mesmo diploma, o qual consagra a fiscalização concreta da constitucionalidade sob o modo difuso.

Assim, toda vez que os tribunais arbitrais se depararem, na decisão de uma causa que lhe foi submetida, com normais legais que entendam desconformes à constituição, deverão deixar de aplicá-las¹⁰¹.

Nessas situações, há previsão de recurso para o Tribunal Constitucional pelo artigo 185º - A, nº 2, com o texto da Lei 118/2019, quando a decisão arbitral de mérito recuse a aplicação de qualquer norma com fundamento na sua inconstitucionalidade ou que aplique norma cuja inconstitucionalidade tenha sido suscitada. O mesmo sucede quanto à arbitragem tributária por injunção do artigo 25º nº 1, do Decreto-lei 10/2011¹⁰².

Idêntica hipótese parece não ser admissível no direito brasileiro. Isso porque, demais de não haver o reconhecimento constitucional de que os tribunais arbitrais integram a nossa organização judiciária, tal qual se tem na CRP, os próprios órgãos públicos encontram restrições no exercício do reconhecimento, no plano difuso, da inconstitucionalidade de leis e atos normativos.

Por exemplo, excetuado o Supremo Tribunal Federal, o

¹⁰¹ Desperta interesse a transcrição da passagem na qual o autor enfatiza: “Todos os tribunais arbitrais são também, por conseguinte, tribunais constitucionais, pois encontram-se investidos de um poder de controlo da constitucionalidade de todas as normas que aplicam: uma vez que só podem aplicar normas conformes com a Constituição, sempre que são chamados a aplicar uma norma para resolver qualquer litígio haverá, sem exceção, que proceder a um juízo, expresso ou implícito, de conformidade da norma com a Constituição. E, neste contexto, se o tribunal arbitral entender que a norma contraria a Constituição, impõe-se uma única solução: recusar a sua aplicação” (*Loc. cit.*, p. 186).

¹⁰² É de notar que a CRP (artigo 280º, nº 3) prevê a obrigatoriedade do recurso das decisões dos tribunais a cargo do Ministério Público quando recusada a aplicação, por inconstitucionalidade ou ilegalidade, de preceito de convenção internacional, ato legislativo ou decreto regulamentar, o que deve compreender os tribunais arbitrais, em face do status constitucional destes. Com vistas à eliminação de dúvidas, essa obrigatoriedade foi estabelecida pelo artigo 17º, nº 1, do Decreto-lei 10/2011.



restante dos tribunais, mesmo os superiores, por mandamento magno (art. 97, CRFB), somente podem deixar de aplicar uma lei ou ato normativo por fundamento em inconstitucionalidade, ao depois de assim deliberar o seu plenário ou órgão especial. Inclusive o Pretório Excelso aprovou a Súmula Vinculante nº 10¹⁰³, para evitar burla ao preceito constitucional, mediante as decisões que, mesmo sem uma declaração inconstitucionalidade, afastam a aplicação de uma regra jurídica com fundamento em violação da constituição¹⁰⁴.

Na linha desse raciocínio, remanesce ao juízo arbitral, quando muito, enveredar pelo juízo de constitucionalidade quando possível a interpretação conforme ou nas hipóteses nas quais haja decisão, por maioria absoluta, do pleno do STF favorável à inconstitucionalidade.

Na experiência brasileira, a qual, a partir da promulgação da CRFB, tem sido palco para o ajuizamento frenético de ações populares e civis públicas envolvendo a atividade da Administração, não se descarta a possibilidade de tal ocorrência se verificar quanto a vínculos sujeitos à arbitragem.

A arbitragem vincula as partes envolvidas e, portanto, não impede que terceiros venham ajuizar tais demandas. Nem mesmo a suspensão daquela é de se verificar, mesmo ao depois da revogação do art. 25 da LA pela Lei 13.129/2015¹⁰⁵. A

¹⁰³ Súmula Vinculante nº 10: “Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, afasta sua incidência, no todo ou em parte”. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 02-08-2020.

¹⁰⁴ Isso sem contar que, no plano da atividade contenciosa da Administração, há limites à declaração de inconstitucionalidade. Prova disso o art. 26 – A do Decreto 70.235/72, que disciplina o processo administrativo-tributário, com a redação da Lei 11.941/2009, veda aos órgãos de julgamento afastar a aplicação de tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade, salvo se houver nesse sentido decisão definitiva do plenário do Supremo Tribunal Federal.

¹⁰⁵ O preceito tinha a redação que segue: “Art. 25. Sobrevindo no curso da arbitragem controvérsia acerca de direitos indisponíveis e verificando se que de sua existência, ou não, dependerá o julgamento, o árbitro ou o tribunal arbitral remeterá as partes à autoridade competente do Poder Judiciário. Parágrafo único. Resolvida a questão



sentença proferida na ação popular ou da civil pública somente influenciará nos efeitos da arbitragem, impedindo a produção dos efeitos da decisão arbitral, quando o seu objeto consistir na declaração da invalidade da própria convenção de arbitragem, por a hipótese não comportar a sua solução por essa via.

Segue-se, então, que uma decisão judicial provisória para suspensão do processo arbitral, se couber, há que decorrer de uma motivação que retrate situação excepcional, especialmente em torno da demonstração razoável da vedação à arbitragem no caso concreto.

8 - DA DECISÃO ARBITRAL E DE SEU CONTROLE.

O artigo 43º, nº 1, da LAV dispõe que, a partir da aceitação do último árbitro, a sentença arbitral haverá de ser prolatada, podendo haver sucessivas prorrogações pelo mesmo intervalo de tempo mediante acordo das partes ou por decisão do tribunal arbitral. Neste caso, é facultado às partes, de comum acordo, oporem-se à dilação (nº 2).

A consequência do não cumprimento do referido prazo – explicita o nº 3 do preceito acima – recai no término automático do processo arbitral, sem prejuízo da convenção de arbitragem manter sua eficácia, especialmente para respaldar a constituição de novo tribunal arbitral. Prevê o nº 4 a responsabilidade por danos do árbitro que, injustificadamente, obstar que a decisão seja proferida dentro do prazo fixado.

Segundo o artigo 40º, nº 1, da LAV, em havendo mais de um árbitro, a decisão do tribunal arbitral é proferida pela maioria

prejudicial e juntada aos autos a sentença ou acórdão transitados em julgado, terá normal seguimento a arbitragem”. Disponível em: www.planalto.gov.br. Acesso em: 15-07-2020. Durante a vigência da regra, o assunto foi versado, de passagem, por Adilson de Abreu Dallari (Arbitragem na concessão de serviço público. *Revista de Informação Legislativa*, nº 128, ano 32, p. 66) e por Carlos Ari Sundfeld e Jacintho Arruda Câmara (O cabimento da arbitragem nos contratos administrativos. *Revista de Direito Administrativo*, vol. 248, p. 123-124, 2008).



de seus membros. Caso não se mostre possível a formação de uma conclusão majoritária, a sentença será proferida pelo presidente do tribunal arbitral. Salvo disposição em contrário, caso um árbitro se recuse a tomar parte na votação da decisão, os outros deverão proferir a sentença sem ele (nº 2). A decisão, por sua vez, poderá consistir na aceitação de uma transação entre as partes, salvo se houver infringência a princípio de ordem pública (artigo 41º, nº1), devendo tal ocorrer mediante sentença, a qual, além de enunciar tal qualidade, deverá explicitar que possui os mesmos efeitos de qualquer outra decisão da espécie proferida sobre o mérito da causa (nº 2).

Quanto à forma, diz o artigo 42º, nº 1, que a sentença há que ser reduzida a escrito e assinada pelo árbitro ou árbitros, sendo bastante a assinatura da maioria dos árbitros ou do presidente, caso por este deva ser proferida. Podem os árbitros decidir o mérito da causa por uma única ou tantas sentenças parciais quando entendam necessárias (nº 2). Há que ser motivada, salvo se homologue transação ou quando as partes tiverem dispensado a motivação (nº 3). Requer-se ainda que a decisão mencione a data na qual proferida, o lugar da arbitragem (nº 4), bem como que explicita, salvo prévia convenção das partes, a repartição dos encargos resultantes do processo arbitral. Podem ainda os árbitros decidir, se assim o entenderem justo e adequado, que uma ou algumas das partes compense a outra ou outras pela totalidade ou parte pela totalidade ou parte dos custos e despesas razoáveis que demonstrem ter suportado por causa da sua intervenção na arbitragem (nº 5).

Segundo o artigo 45º, nº 1 e 2, da LAV, qualquer das partes, nos trinta dias subsequentes à recepção de sua notificação, salvo convenção em contrário, pode solicitar ao tribunal arbitral: a) a retificação, no texto daquela, de erro de cálculo, material, tipográfico ou de natureza idêntica; b) o esclarecimento de obscuridade, ambiguidade ou dos seus fundamentos.

A sentença arbitral – diz o artigo 42, nº 7, da LAV -, uma



vez não sendo suscetível da interposição de recurso nem de alteração, nos termos do seu artigo 45º, ostenta o mesmo caráter obrigatório entre as partes que a proferida por um tribunal estatal com trânsito em julgado, possuindo a mesma força executória¹⁰⁶.

No direito brasileiro, o art. 23 da LA dispõe que a sentença arbitral será proferida no intervalo estipulado pelas partes, o qual, ausente ajuste, será de seis meses, computado da instituição da arbitragem ou da substituição do árbitro. Tal prazo poderá ser prorrogado, desde que assintam as partes.

A LA, diversamente de sua congênere lusitana, não dispõe sobre a extinção da arbitragem, havendo o transcurso injustificado de tal prazo.

As decisões dos árbitros, que poderão proferir sentenças parciais, adotarão a forma escrita. No caso de vários árbitros, decidir-se-á por maioria e, em caso de empate, o desenlace deste competirá ao presidente do tribunal arbitral. Ausente unanimidade, o árbitro, cujo pronunciamento restou vencido, poderá declarar o seu voto em separado.

Nos termos do art. 26 da LA, são requisitos obrigatórios da sentença arbitral: a) o relatório, que conterà os nomes das partes e um resumo do litígio; b) os fundamentos da decisão, onde serão analisadas as questões de fato e de direito, mencionando-se, expressamente, se os árbitros julgaram por equidade; c) o dispositivo, no qual os árbitros resolverão as questões que lhes forem submetidas e estabelecerão o prazo para o cumprimento da decisão, se for o caso; e d) a data e o lugar em que foi proferida. Aquela há de ser assinada pelo árbitro ou por todos os árbitros, devendo o presidente do tribunal arbitral, no caso de um ou mais árbitros não poderem ou não quererem fazê-lo, certificar tal fato.

Se, no decorrer do procedimento arbitral, as partes chegarem a um acordo quanto ao litígio, o árbitro ou o colegiado

¹⁰⁶ O CPC português, no seu art. 705º, nº 2, dispõe que as decisões proferidas pelos tribunais arbitrais são exequíveis nos mesmos termos que o são as decisões dos tribunais comuns, o que já se continha no diploma de 1961.



arbitral, a pedido daquelas, poderá declarar tal fato mediante sentença, nos termos do art. 26 da LA.

A sentença arbitral decidirá sobre a responsabilidade das partes sobre as custas e despesas com a arbitragem, bem como sobre eventual imposição de condenação por litigância de má-fé, respeitando-se, para tanto, o disposto na convenção de arbitragem.

Proferida a sentença arbitral, com a notificação das partes, por via postal, por qualquer meio que demonstre a comprovação do recebimento, ou ainda por entrega direta às partes, mediante recibo, qualquer delas poderá solicitar, no prazo de cinco dias, exceto se outro tiver sido convencionado, correção de erro material, esclarecimento de obscuridade, dúvida, ou contradição, ou se pronunciar sobre o ponto omitido. A decisão, que deverá ser proferida em até dez dias, ou no intervalor ajustado, aditará a decisão, devendo ser notificada às partes.

O art. 31 da LA, consonante com a legislação portuguesa, diz que a sentença arbitral produz, entre as partes, bem como seus sucessores, a mesma eficácia da sentença judicial e, em sendo condenatória, constitui título executivo¹⁰⁷.

Sobre o controle estatal das sentenças arbitrais, no que concerne aos litígios envolvendo a Administração Pública, a matéria sofreu várias mutações, a partir da redação originária do CPTA¹⁰⁸, promulgada quando ainda vigente, no plano da

¹⁰⁷ O art. 515, VII, do CPC de 2015 prevê como títulos executivos judiciais, suscetíveis de cumprimento, a sentença arbitral.

¹⁰⁸ O modelo instituído originalmente pelo CPTA previa artigo 186º, o qual sofreu alteração de pormenor, pela Lei 4 - A/2003, contemplando tanto a possibilidade de pedido de anulação quanto de recurso, nos moldes da então LAV, cuja competência para a apreciação seria do Tribunal Central Administrativo. Com o advento da vigente LAV, que adotou como regra a irrecorribilidade da sentença arbitral (artigo 39º, nº 4), restou o preceito revogado. Sobre esse ponto, há anotação esclarecedora de Pedro Costa Gonçalves Administração Pública e arbitragem – especial, o princípio legal da irrecorribilidade de sentenças arbitrais. In: *Estudos em homenagem a António Barbosa de Melo*. Coimbra: Almedina, p. 794, 2013. Org.: CORREIA, Fernando Alves; SILVA, João Calvão da; ANDRADE, José Carlos Vieira de Andrade; CANOTILHO, José Joaquim Gomes; COSTA, José Manuel m. Cardoso).



O tema passou a ser disciplinado pelo art. 185 - A do CPTA, cuja adição ocorreu mediante o Decreto-lei 214 - G/2015. O seu texto dispunha que as decisões dos tribunais arbitrais apenas poderiam ser impugnadas na forma e com fundamento na LAV, excluindo a possibilidade de interposição de recurso.

Sendo assim, as decisões proferidas pelo tribunal arbitral podem ser impugnadas nos termos e com os fundamentos para tanto estabelecidos pela LAV, a qual disciplina o assunto no seu artigo 46^{o109}.

Protocolo 17/11.187-2 por: 3º Sgt. Qpmg 1-0 **Helo Jorge Parana Vieira** em: 04/06/2021 14:16. As
 Destroculu 17-759-033-34 após 15.5h 732apn Karyne Pradya da C doceira em 06/06/2021 à 14:47. Endelego
 epttente. prcub 06/06/2021 e Valdar Assinatura com o código: 6a30095610e9c0ef5cc877c0123ed21c.



O pedido de anulação, que há de ser formulado perante o Tribunal Central Administrativo em cuja circunscrição se situe o local da arbitragem ou, no caso do reconhecimento de sentença arbitral proferida no estrangeiro, o do domicílio da pessoa contra quem se pretende fazer valer a sentença (artigo 59º, nº 2, LAV), há que ser formulado no prazo de sessenta dias, contado da data na qual a parte recebeu a notificação da sentença, ou, em tendo havido requerimento de esclarecimento, da data em que notificado da decisão deste (artigo 46º, nº 6. LAV).

O Tribunal Central Administrativo, quando concluir pela invalidação da sentença arbitral, não poderá apreciar o mérito do litígio, devendo tais questões, se alguma das partes assim o pretender, serem submetida a outro tribunal arbitral e, nesta hipótese, a convenção de arbitragem torna a produzir a sua eficácia, salvo se as partes tiverem acordado diversamente (artigo 46º, nº 9 e 10, LAV).

Independente do pleito de anulação, a decisão arbitral, quanto ao seu mérito, é suscetível de recurso, com eficácia meramente devolutiva, para o Supremo Tribunal Administrativo, quando: a) esteja em oposição, quanto à mesma questão fundamental de direito, com acórdão proferido pelo Tribunal Central Administrativo ou pelo Supremo Tribunal Administrativo; b) esteja em causa a apreciação de uma questão que, pela sua relevância jurídica ou social, se revista de importância fundamental ou quando a admissão do recurso seja claramente necessária para uma melhor aplicação do direito, nos termos do artigo 150º.¹¹⁰ Assim dispõe o artigo 185 - A, nº 3, do CPTA.

Ainda no modelo português, o artigo 476º, nº 5, do CCP, nas discussões contratuais de valor que supere quinhentos mil euros, é cabível da decisão arbitral a interposição de recurso para o Tribunal Central Administrativo competente.

Na sistemática adotada pelo direito brasileiro, não se

¹¹⁰ O artigo 150º do CPA enumera as situações onde se revela admissível a interposição de recurso de revista para o Supremo Tribunal Administrativo.



contempla a interposição de recurso da sentença arbitral, apenas se cogitando da impugnação de sua validade. Assim, faculta-se à parte interessada pleitear a declaração de nulidade da sentença arbitral, que se processará mediante o procedimento comum do CPC de 1973, no prazo de noventa dias após o recebimento da notificação da sentença, ou da decisão que tiver resolvido o pedido de esclarecimento.

Tal se evidencia possível nas hipóteses previstas no art. 32 da LA, mais precisamente quando: a) for nula a convenção de arbitragem; b) tiver a sentença arbitral emanado de quem não podia ser árbitro; c) a sentença arbitral tiver sido proferida fora dos limites da convenção de arbitragem; d) restar demonstrado que a decisão foi proferida por prevaricação, concussão ou corrupção passiva; e) for proferida fora do prazo, contanto que a parte tenha notificado o árbitro ou presidente do tribunal arbitral, para o fim de ser concedido o prazo de dez dias para esse fim; f) se verificar o desrespeito aos princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e de seu livre convencimento¹¹¹.

Julgado procedente o pedido, declarar-se-á a nulidade da sentença, determinando-se, se for o caso, que o árbitro ou tribunal arbitral profira novo julgamento.

Mas não é só. Em havendo a sentença arbitral condenando ao pagamento de quantia certa, tem-se possível que a sua invalidade seja reconhecida por ocasião do cumprimento, na forma de impugnação nos termos do art. 525 e seguintes do CPC vigente. Assim explicita o art. 33, §3º, da LA¹¹².

¹¹¹ A respeito da ação anulatória, interessante o ponto de vista de Guilherme Dias Reisdorfer (A estrutura e a flexibilidade do procedimento arbitral. In: *Arbitragem e Poder Público*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 324-325), advertindo que, no exame dos casos previstos no art. 32 da LA, o Judiciário não deverá observar o mesmo rigor quanto aos processos estatais. Cabe-lhe examinar a invalidade do procedimento *cum grano salis*, de maneira a verificar a relevância do papel das partes e de sua participação na realização das garantias processuais. Assim, tal controle há que ser norteado pelos princípios da boa-fé, lealdade e probidade.

¹¹² Numa exposição anterior ao CPC de 2015, mas adaptável à atualidade pela



9 - PALAVRAS FINAIS.

À derradeira, cabe-nos dizer que a abordagem se limitou aos aspectos gerais, evitando-se uma análise assaz minudente dos variados questionamentos que o assunto enseja, até porque não se comportariam no âmbito visado pelo texto. Remanescem para outros instantes, onde uma abordagem específica será mais apropriada.

Com o escrito foi possível evidenciar que tanto o direito português quanto o brasileiro, nas últimas décadas, avançaram no emprego da arbitragem como mecanismo para resolver desinteligências nas quais uma das partes interessadas seja a Administração Pública.

Contudo, a experiência lusitana, de desenvolvimento com uma ligeira precedência, revela-se mais ousada. Foi além do cenário que já envolvia o instituto, avançando, sob olhar não somente atento e intenso, mas crítico do legislador, na direção de ultrapassar resistências cuja justificativa mais se aproxima da rigidez do preconceito do que da força da razão científica.

Assim, tornou-se possível o alargamento tanto das situações de incidência do julgamento arbitral quanto, de forma alvissareira, da medida do seu descortino.



substituição dos embargos à execução pela impugnação ao cumprimento de sentença, Felipe Sripes Wladeck (Os meios de controle judicial da sentença arbitral nacional previstos na Lei N. 9.307/96. In: *Arbitragem e Poder Público*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 279), embora saliente a existência de controvérsia, defende o cabimento da utilização autônoma tanto da ação anulatória quando da impugnação ao cumprimento, deixando claro, porém, que a sentença proferida na primeira impede a discussão da mesma causa de pedir na segunda.





- GRINOVER, Ada Pellegrini. Arbitragem e prestação de serviços públicos. *Revista de Direito Administrativo*, vol. 233, julho/setembro de 2003.
- LIMA, Cláudio Vianna de. A lei de arbitragem e o art. 23, XV, da Lei de Concessões. *Revista de Direito Administrativo*, volume 209, julho/setembro de 1997.
- MARTINS, Licínio Lopes. Âmbito da jurisdição administrativa no Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais revisito. *Justiça Administrativa*, número 106, julho/agosto de 2014.
- MONCADA, Luis Cabral de. A arbitragem no direito administrativo; uma justiça alternativa. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, ano VII, 2010 – Especial.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Arbitragem nos contratos administrativos. *Revista de Direito Administrativo*, vol. 209, julho/setembro de 1997.
- MORREIRA NETO, Diogo de Figueiredo; SOUTO, Marcos Juarena Vilela. Arbitragem em contratos firmados por empresas estatais. *Revista de Direito Administrativo*, volume 236, abril/junho de 2004.
- OLIVEIRA, Gustavo Justino de. A arbitragem e as parcerias público-privadas. *Boletim de Direito Administrativo*, ano XXV, nº 3, p. 299, março de 2009.
- PEDRO, Ricardo. Da efetividade do direito administrativo à efetividade da(s) justiça(s) administrativa(s). In: *Estudos sobre arbitragem (em especial, de direito público)*. Lisboa: AAFDL, 2009.
- _____. Arbitragem de direito público: um instituto em (permanente) evolução: breve apontamento. In: *Estudos sobre arbitragem (em especial, de direito público)*. Lisboa: AAFDL, 2009.
- _____. Arbitragem institucional e centros de arbitragem de direito público. In: *Estudos sobre arbitragem (em especial,*



- de direito público*). Lisboa: AAFDL, 2009.
- PEREIRA, Cesar A. Guimarães; TALAMINI, Eduardo. Arbitragem e Poder Público: o esboço de um consenso e novos desafios. In: *Arbitragem e Poder Público*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- RAMOS, Rui Manuel Moura. O novo direito português da arbitragem. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, volume 90/2, 2014.
- QUADROS, Fausto de. Linhas gerais da reforma do Código de Processo nos Tribunais Administrativos em matéria de arbitragem. *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*, volume VII, 2014.
- TÁCITO, Caio. Arbitragem nos litígios administrativos. *Revista de Direito Administrativo*, vol. 210, outubro/dezembro de 1997.
- VIEIRA, Pedro Siza. A arbitrabilidade de direito público em Portugal: um ponto de situação. *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*, nº 7, 2014.



A FASCINANTE HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL DE PETER HÄBERLE

Eugênio Pacceli de Moraes Bomtempo*

Paulo Afonso Cavichioli Carmona*

Resumo: Esta investigação examina a hermenêutica constitucional de Peter Häberle em sua obra 'A Sociedade Aberta de Intérpretes da Constituição - uma contribuição para a interpretação pluralista e "processual" da Constituição'. Nesta pesquisa qualitativa buscou-se analisar esta hermenêutica sob vários aspectos: políticos, filosóficos, sociológicos e jurídicos. A democracia, numa sociedade aberta de intérpretes da Constituição pode enfrentar riscos de fragmentação da unidade nacional e perder coesão se não for defendida. Este estudo levantou a hipótese de que as instituições devem buscar maior legitimidade no desenvolvimento da sociedade aberta, plural, democrática e de inclusão cidadã. Como resultado deste estudo, concluiu-se, que a Suprema Corte tem a relevante responsabilidade de fornecer ao país boas e ponderadas decisões, envidando esforços de se legitimar, uma vez que o exame de constitucionalidade contém apreciação ética tão importante, que afeta, ao mesmo tempo, vários bens jurídicos fundamentais como o direito à liberdade, direito de progredir, o direito à justiça, direito à cultura e aos valores da religião, deve dar voz às minorias, mantendo o consentimento das maiorias – de forma a conduzir e fortalecer a

* Doutorando em Direito pelo Centro Universitário de Brasília (UnICEUB); Mestre em Direito, pela Universidade Católica de Brasília (UCB); Bacharel em Ciências Econômicas (UnICEUB); Bacharel em Direito, pelo Centro Universitário do Distrito Federal (UDF).

* Professor de Direito Administrativo e Urbanístico da graduação, especialização, mestrado e doutorado do Centro Universitário de Brasília (UnICEUB). Doutor e Mestre em Direito Urbanístico (PUC-SP).



unidade nacional, garantindo maior bem-estar e felicidade para os cidadãos, democraticamente.

Palavras-Chave: Sociedade aberta. Intérpretes. Suprema Corte

PETER HÄBERLE'S FASCINATING CONSTITUCIONAL HERMENEUTIC

Abstract: This investigation examines Peter Häberle's constitutional hermeneutics in his work 'The Open Society of Interpreters of the Constitution - a contribution to the pluralistic and "procedural" Interpretation of the Constitution'. Several aspects are analyzed in this hermeneutics: political, philosophical, sociological and legal. Democracy, in an open society of interpreters of the Constitution, can face risks of fragmentation of national unity and cohesion if it is not defended against its internal and external enemies. This study hypothesized that institutions having to seek greater legitimacy for the development of an open, plural and democratic society. In this sense, the Supreme Court has the relevant responsibility to provide the country with good and thoughtful decisions, making efforts to legitimize itself, since the constitutionality examination contains a very important ethical evaluation and affects several fundamental legal assets, such as the right to liberty, right to justice, right to culture and religion, give voice to minorities maintaining the consent of majorities - which can lead to cohesion, strengthening national unity, ensuring greater happiness for citizens.

Keywords: Open society. Interpreters. Supreme Court.

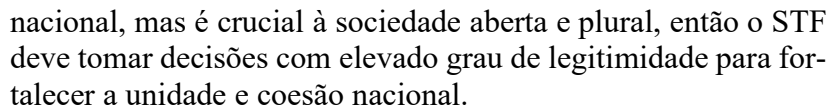
Sumário. 1. Considerações Iniciais. 2. As Forças Reais da Constituição. 3. As Concepções Totalitárias como Inimigas das Sociedades Abertas em Karl Popper. 4. A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição. 5. Fascínio e Desafios na Tese de Peter



1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS



De posse do referencial teórico de Peter Häberle, este esforço acadêmico toma a seguinte hipótese investigativa: Se a teoria haberliana, representa risco de fragmentação à unidade



No caminhar, em torno da teoria hermenêutica de Peter Häberle, optou-se por uma pesquisa bibliográfica, com fragmentos epistemológicos, com base no acervo doutrinário, sobretudo, nacional, de forma crítica, a trilhar pelo método dedutivo.

Esta pesquisa estrutura-se em cinco partes: exame da existência de forças reais de poder na Constituição, em sociedades plurais; identificação das concepções totalitárias; aprofundamento da compreensão da sociedade aberta dos intérpretes da Constituição, pelas linhas teóricas de Peter Häberle; reflexão sobre o fascínio e as preocupações da hermenêutica constitucional de Häberle; e, por fim, investigação da importância de se ter instituições fortes, sobretudo, pelo esforço de legitimidade da suprema corte, para a sobrevivência de sociedades abertas.

Sem pretensão de oferecer conclusão definitiva sobre um tema de tamanha envergadura, busca-se, tão somente, oferecer algum contributo à belíssima construção de Peter Häberle, de forma a fomentar estudos futuros.

2. AS FORÇAS REAIS DA CONSTITUIÇÃO

O estudo das forças reais de poder é fundamental. Ulises Nuño registra quem primeiro abordou a existência de sociedade fechada e de sociedade aberta sociologicamente: Henri Bergson, um psicólogo e sociólogo francês, que fixou as dicotomias entre a moral de uma sociedade fechada e a moral de uma sociedade aberta. Correntes jurídico-doutrinárias seguiram o método formalista-positivista para aplicar o Direito Constitucional, e, entre elas, encontram-se importantes pensadores do direito, como Karl Friedrich Gerber, Paul Laband e Hans Kelsen. Esses pensamentos foram uma espécie de “ponta de lança” para a abertura do método de estudo constitucional.

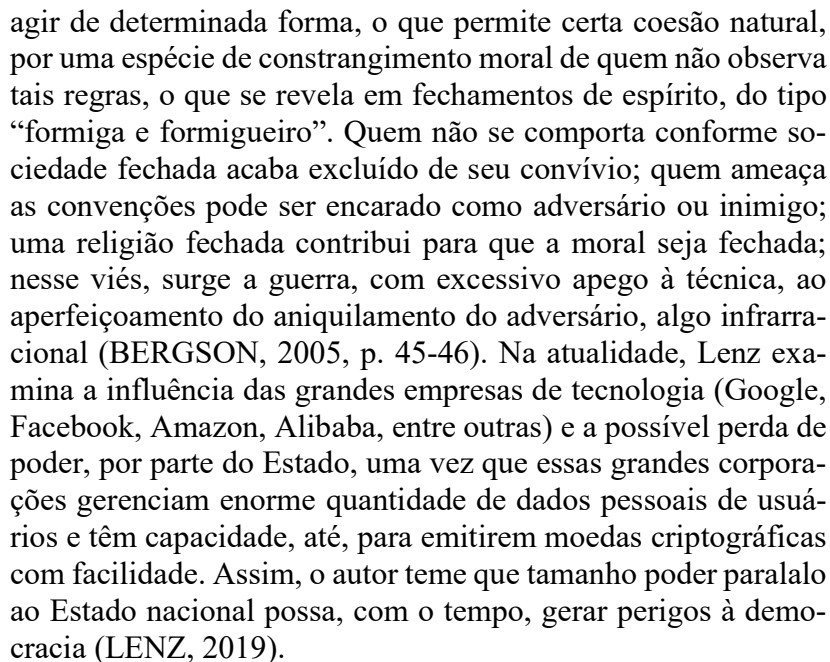


Nuño explica, também, que o positivismo fez nascer a teoria da integração estatal de Rudolf Smend, a teoria da instituição de Maurice Hauriou de Hermann Heller, entre outras, no sentido de superar o positivismo. Nesta empreitada, buscaram-se elementos no naturalismo e em exames metajurídicos e extra-jurídicos. O estudo da relação publicidade-constituição foi iniciado por Rudolf Smend e Konrad Hesse. No entanto, Peter Häberle, segundo Nuño, formulou a primeira teoria da constituição aberta, a partir do princípio da publicidade concebido na Revolução Francesa, como processo democrático que se deve legitimar, fundamentalmente, de modo público, sociopolítico e cultural (NUÑO, 2005, p. 33-74).

Segundo Norberto Bobbio, “trinta anos atrás éramos todos democratas. Hoje somos todos pluralistas”. Uma sociedade será tanto melhor governada quanto mais repartido for o poder. Quanto mais numerosos forem os centros de poder que controlam os órgãos do poder central tanto mais democracia haverá. Assim, uma das formas de se distinguir um governo despótico de um governo não despótico é observar a maior ou a menor presença dos chamados “corpos intermediários” e, com mais precisão, verificar “a maior ou menor distribuição do poder territorial e funcional entre governantes e governados” (BOBBIO, 1994, p. 15).

Entretanto, Bobbio, citando Robert Dahl, lembra que “os próprios mecanismos jurídicos e constitucionais podem ser subvertidos quando alguns cidadãos ou grupos de cidadãos ganham parcelas desproporcionadas de poder em relação a outros cidadãos”, pois, o ideal é que o poder potencial de determinado grupo seja controlado pelo poder potencial de outro grupo, de forma a assegurar o consentimento e a solução pacífica dos conflitos (DAHL apud BOBBIO, 1994, p. 18-19).

Todavia, segundo Henri Bergson, o ser humano tem ferocidade natural. Assim, em uma sociedade fechada, a obrigação moral estabelecida por essa sociedade obriga seus indivíduos a



Bergson alerta que, para se construir uma sociedade aberta, são necessários elementos suprarracionais. Mostra-se desafiante, sob a ótica bergsoniana, o fato de eventuais forças desagregadoras precisarem ser neutralizadas pelo patriotismo, por ideais de justiça, consenso quanto a direitos humanos inalienáveis e, também, por uma dinâmica mística, religiosa e plural. Afinal, uma sociedade aberta tem, naturalmente, vocação humanitária, mística e religiosa, dinâmica, democrática e pacífica. Assim, Bergson concebe que o ser humano clama por um suplemento de alma, em contraposição à barbárie natural; a alma aberta não se deixa mover por pressões e se transfigura em evolução criadora. Somente tarde, a sociedade vem chegando à democracia, quanto mais se afasta de uma sociedade fechada, com abertura à exigência ética da fidelidade ao dever; assim, o homem torna-se legislador e súdito, como diriam Kant e Rousseau; no entanto, “as tendências da sociedade fechada subsistem



primitivamente no instinto de guerra” (BERGSON, 2005, p. 234-235).

De forma otimista, no entanto, a Constituição, segundo Coelho, ao comentar Zagrebelsky, deixou de ser o “centro de gravidade ou polo irradiador de diretrizes uniformes e inalteráveis”, para se converter como ponto de partida de um “feixe de possibilidades”, sob as ideias de pluralismo e tolerância, dentro do compromisso constitucional, e não deve essa realidade ser tomada como triste, mas “considerada uma de suas formas mais importantes” (ZAGREBELSKY apud COELHO, 2015, p. 373).

Não bastassem esses aspectos da natureza humana, em sociedades fechadas, ainda há a questão dos fatores reais de poder presentes na Constituição. Nesse particular, importante foi a contribuição sociológica de Ferdinand Lassale, para a compreensão do Direito Constitucional “folha de papel”, ainda que esse sociólogo tenha empreendido visão um tanto estática e determinista de seu tempo, na Prússia do Século XIX, a demonstrar que uma constituição abriga várias forças de poder.

Importante destacar, segundo Coelho, que Lassale revelou, entre a constituição escrita e a constituição real, a existência de inúmeros conflitos que não poderiam mais ser ignorados, nem suprimidos, muito menos ser reprimidos indefinidamente (COELHO, 2006).

Para Coelho, Konrad Hesse estudou bem – e de forma crítica – a tese sociológica de Lassale. A partir de concepção concretista, Konrad Hesse defendeu que a constituição não somente descreve a realidade sociológica lassaliana, mas tem força normativa capaz de orientar e de favorecer as superações dialéticas da sociedade e do Estado. Ou seja, considerou que, ao lado das forças reais de poder, existe a força normativa da constituição, a força do direito constitucional; quanto mais intensa for a vontade da constituição, mais vibrante será sua força normativa, o que lhe confere certo grau de autonomia e de eficácia (COELHO, 2006).



Embora Konrad Hesse tenha sido orientador de Peter Häberle, em seu doutoramento, Häberle não faz, em sua obra, menção alguma a Ferdinand Lassalle. Häberle viveu em uma sociedade “aberta, pluralista e democrática”. Lassalle viveu em uma sociedade fechada, mas percebeu o “jogo de poder”. Contudo, os fatores reais de poder existem nas constituições e foram estudados por Hesse que, também, foi capaz de vislumbrar a força normativa existente na constituição, o que de certa forma rompe com seus determinismos fundantes. Neste sentido, também, a pluralidade de intérpretes, proposta por Häberle, revela que se todos aderiram ao contrato social expresso na constituição, cabe a todos interpretá-la, sem descaracterizar sua força normativa. Destaca, nesse contexto, a importância do controle concentrado de constitucionalidade, para dar a palavra final.

Por este breve extrato, pode-se observar a existência de fatores reais de poder nas constituições; não se pode desprezar que a natureza humana abriga, em si, ferocidade nata e que, por isso, carrega, em si, potencialidade bélica. Apesar de a força normativa da Constituição ser uma realidade, os fatores reais condicionam e desafiam a construção de uma sociedade aberta. Como será demonstrado a seguir, segundo Karl Popper, essa construção democrática também encontra o que denominou “inimigos”.

3. AS CONCEPÇÕES TOTALITÁRIAS COMO INIMIGAS DAS SOCIEDADES ABERTAS EM KARL POPPER

As concepções totalitárias geralmente são fechadas. Apesar de criticada, a experiência de Karl Popper ainda desperta inúmeras análises de cientistas sociais e juristas, seja para refutá-lo, ou para enaltecer sua lavra. Sua obra “A sociedade aberta e seus inimigos” oferece subsídios para a compreensão de como os apelos totalitários exercem influência na sociedade.

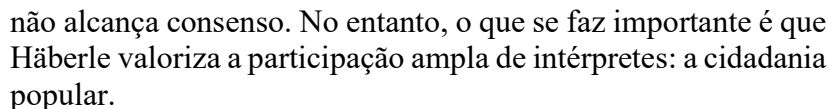
Esse cientista foi membro ativo do Partido Comunista da



Áustria, porém, quando questionou os líderes do partido sobre a morte de vários colegas, em determinada manifestação de seu tempo, ao obter como resposta que foram necessárias tais mortes à revolução, isso o marcou profundamente. A partir de então, Popper buscou refutar marxismo e tornou-se um liberal. Popper, juntamente com Friedrich Hayek, Milton Friedman, Ludwig von Mises, entre outros, esteve entre os fundadores da *Mont Pelerin Society*, após a Segunda Guerra Mundial, de ideais liberais, para a construção de sociedades abertas (MONT PELERIN SOCIETY, 2020). Nesse caminhar, encontrou, no regime democrático representativo, uma forma de limitar o poder do Estado. Fez críticas às ideologias radicais, como o nazismo, o fascismo e o comunismo, considerando essas ideologias perigosas para a formação de uma sociedade aberta e democrática.

Sua investigação começa pelo exame da obra “A República”, de Platão. Popper considerou que Platão se utilizou de “essencialismo metodológico”. Por esse método, o alvo da ciência volta-se a revelar essências e descrevê-las por meio de definições, enquanto, pelo nominalismo metodológico, a análise volta-se a descrever a realidade, com o auxílio de leis universais. No entanto, Popper considera que o cientista social tem campo de atuação mutável, ou seja, não há entidades permanentes no campo social, o que o fez refutar profecias históricas de largo alcance como inteiramente fora do âmbito do método científico: o futuro depende das escolhas e das ações das próprias pessoas (POPPER, 1974, p. 46).

Nesse particular, a obra literária de Aldous Huxley parece ser atual em tempos de globalização cultural e financeira massificada, pois as pessoas podem escolher a passividade: “Um estado totalitário verdadeiramente eficiente seria aquele em que o executivo todo-poderoso de chefes políticos e seu exército de administradores controlassem uma população de escravos que não tivessem de ser coagidos porque amariam sua servidão” (HUXLEY, 1979, p. 6). No entanto, esta abordagem também,



Popper, após examinar a obra de Platão, chegou à conclusão de que este pensador, por estar muito ligado às elites de Atenas, acabou por defender as prerrogativas dessas classes sociais, com a intenção de alcançar a estabilidade do Estado, a ponto de observar que a elite de Atenas se uniu à Esparta, na Guerra do Peloponeso, ou seja, traiu os interesses de Atenas. Assim, em que pese a densidade da obra platônica, Popper considerou que Platão se tornou arqui-inimigo do igualitarismo, pois defendia os interesses das oligarquias contra a nascente democracia de Péricles, um tanto instável. Platão considerava a estabilidade social a essência da justiça. O argumento de que a justiça deve ser útil ao poder, à saúde e à estabilidade do Estado, segundo Popper, guarda semelhanças com a moderna definição totalitária: direito é tudo quanto for “útil ao poder de minha nação, de minha classe ou de meu partido” (POPPER, 1974, p. 106 e 135).

Nesse particular, segundo o Professor Paulo Ferreira da Cunha, “só há liberdade para o bem”, e, citando Gustave Thibon, assinala: “o homem que não aceita ser relativamente livre será absolutamente escravo” (CUNHA, 2001, p. 119).

Nesse patamar, Popper considera o historicismo como um perigoso inimigo da sociedade aberta, sobretudo, o fascismo e o marxismo. Apesar de considerar Marx sincero e de respeitar sua contribuição para a ciência, Popper fez uma crítica radical quanto ao historicismo de Marx: “Marx é o responsável pela devastadora influência do método historicista de pensamento nas fileiras dos que desejam impulsionar a causa da sociedade democrática” (POPPER, 1994, p. 90). No entanto, na dialética Escola de Frankfurt existem críticas a Popper, e ao liberalismo, quanto à sua insuficiência analítica em termos sociológicos (GANEM, 2012).



Popper registra que “muitas vezes, as ideias mais caras aos humanitários foram altamente aclamadas por seus inimigos mortais [...] sob o disfarce de aliados, causando a desunião e confusão completa” (POPPER, 1974, p. 88). Antony Fisher explica que uma comunidade ou uma nação perplexa, ansiosa e confusa caminha aos tropeços para dificuldades, por isso, recomenda reflexões cautelosas, pois, até que se compreenda, a fundo, o problema a ser tratado, o decisor está fadado a repetir os mesmos efeitos indesejáveis e menciona: “Há ampla evidência de que os seres humanos em geral estão animados de boas intenções, mas que a sua compreensão não corresponde a essas boas intenções” (FISHER, 1981, 22). Em princípio, o excesso de burocracia pode tolher a liberdade humana. Weber alertou



que, inevitavelmente, a socialização crescente significa também burocratização crescente (WEBER, 1999, p. 530).

Nesse descortinar, Popper acredita que só a democracia fornece arcabouço institucional capaz de permitir a reforma sem violência: o uso da razão nos assuntos políticos. Considera que os totalitaristas fomentam a revolta contra a civilização como forma de aliviar os homens do peso de suas responsabilidades pessoais de promover mudanças e não se render a determinismos (POPPER, 1974, p. 48). Ainda que as premissas e as conclusões de Popper atraíam críticas, por vezes severas, sua preocupação com a defesa democrática por sociedades abertas merece atenção. Afinal, a democracia deve ser defendida para ser estável.

4. A SOCIEDADE ABERTA DOS INTÉRPRETES DA CONSTITUIÇÃO

Peter Häberle sustenta que qualquer indivíduo pode realizar uma interpretação constitucional parcial e antecipada. Considera Häberle que a teoria da constituição e da hermenêutica propicia a “mediação específica entre Estado e sociedade” (HÄBERLE, 2002, p. 12-18). Inclusive, pelo viés da teoria da argumentação jurídica, o ordenamento jurídico do Estado Democrático de Direito organiza e institucionaliza o discurso jurídico, faz sua delimitação de objeto e inclui participantes no tempo e no espaço (TOLEDO, 2005).

Häberle aborda a necessidade de constitucionalizar as forças sociais, pois elas também devem ser intérpretes da Constituição, ainda que haja agentes oficiais, tribunais e magistrados no exercício desses *munus*. A teoria da interpretação constitucional esteve muito vinculada a um modelo de interpretação de uma “sociedade fechada”. Fechada, com poucos intérpretes da Constituição. Assim, Häberle adota a tese nuclear em que, no processo de interpretação constitucional, todas as potências públicas e privadas, todos os cidadãos, e grupos estão vinculados,



“não sendo possível estabelecer-se um elenco cerrado ou fixado com *numerus clausus* de intérpretes da Constituição”. Os critérios de interpretação constitucional devem ser, assim, tanto mais abertos, quanto mais pluralista for a sociedade (HÄBERLE, 2002, p. 13).

Nesse exercício democrático, Häberle oferece o seguinte catálogo sistemático provisório dos intérpretes: a) funções estatais: i) decisões vinculantes da Corte Constitucional; ii) decisões dos órgãos de Estado; b) Participantes: i) requerente e requerido; ii) convocados pela Corte Constitucional; iii) pareceristas e *experts*; iv) peritos e interessados do Parlamento, partidos políticos, associações, entre outros; v) grupos de pressão organizados; vi) interessados; c) opinião pública democrática e pluralista, jornalistas, cidadãos, entre outros; d) relevante papel das produções doutrinárias, entre outros. Para Häberle, “o cidadão que formula um recurso constitucional é intérprete da Constituição tal como o partido político que propõe um conflito entre órgãos”, assim também, “a jurisdição constitucional é catalizadora essencial, ainda que não a única” (HÄBERLE, 2002, p. 20-28).

Häberle defende, do ponto de vista teórico-constitucional, a legitimação fundamental das forças pluralistas da sociedade de participar, pois tais forças representam um pedaço da publicidade e da realidade [...] no campo do possível, do real e do necessário. Assim, limitar a hermenêutica constitucional aos intérpretes “corporativos” ou autorizados jurídica e funcionalmente pelo Estado conduz ao empobrecimento ou a um engodo interpretativo, pois, em uma democracia liberal, o cidadão é intérprete da Constituição. A Constituição aberta, segundo Häberle, deve ser interpretada a partir do princípio da dignidade humana. A proteção à vida privada faz-se mais efetiva, seguidamente, sob as ameaças do desenvolvimento tecnológico. Inclusive, a economia deve ser compreendida constitucionalmente, de maneira meramente instrumental, e deve servir à efetivação dos direitos humanos e conduzir a uma “relativa prosperidade para



todos” (HÄBERLE, 2019).

Além disso, “muitos direitos fundamentais têm um aspecto público, político, democrático, pense-se na liberdade de reunião ou na liberdade de manifestação”. A liberdade de imprensa também produz efeitos no âmbito público, sendo a “base funcional da democracia”. Afinal, trata-se da intensa relação entre a dignidade humana do indivíduo e a democracia liberal, isto é, do direito de participar (HÄBERLE, 2014, p. 188). Este direito de participar também constitui um direito de progredir, de superar vários tipos de limitações. Por exemplo, as restrições orçamentárias das pessoas mais pobres sobrecarregam seus cérebros, o que faz surgir um *trade-off* a cada decisão a ser tomada (MULLAINATHAN; SHAFIR, 2016, p. 138). O direito de participar da interpretação constitucional tem um viés solidário. A sede libertária dos pobres carece de ser saciada pelo menos em parte pela democracia.

O processo público de interesse da sociedade – cujos cidadãos não são apenas objeto de regulação, mas sujeitos ativos de seus direitos – dá à cidadania *status* de intérprete na obra de Häberle; rompe com o monopólio das corporações oficiais, tornando a constituição aberta, pluralista, democrática, realista e crítica; defende uma hermenêutica pluralista e procedimental, para a democratização da interpretação constitucional. A interpretação constitucional aberta possibilita as seguintes situações: a) o aumento plural de participantes do processo de interpretação amplia o debate e a cidadania; b) a esfera pública sofre o impacto pluralista, o que impacta, também, a Corte Constitucional; c) a constituição material mantém-se independente do encadeamento de seu processo formal; e a Corte Constitucional tem a decisão final; sem isso, tornar-se-ia ameaça à independência funcional do Poder Judiciário que tem autoridade, mas também deve preocupar-se com sua legitimação (HÄBERLE, 2002, *passim*). Pegoraro demonstra, também, que a função do direito é delimitar a liberdade (PEGORARO, 1995, p. 63).



Além disso, Häberle acredita que os tribunais constitucionais podem contribuir para a abertura da constituição e sua interpretação, por ativismo judicial e democracia participativa. Inclusive, é importante registrar que a União Europeia experimenta constituições nacionais parciais, assim, a força de integração clássica das constituições nacionais vê-se limitada pelo Bloco; a doutrina de integração nacional pensada por Rudolf Smend, e outros, não mais se sustenta, apesar de ser uma concepção clássica; a globalização revela dois aspectos: a) relativiza a integração interna dos Estados nacionais; b) faz com que os Estados nacionais busquem tornar-se Estados cooperativos com os demais Estados, e o ser humano é chamado a amadurecer como “sujeito de direito internacional” (HÄBERLE, 2017).

O princípio da vida social justa não admite segregações na ordem social, pois a injustiça social se expressa quando se nega a alguém oportunidade de progredir, quando as estruturas sociais são excludentes, enfim, quando se reprime os talentos das pessoas (PEGORARO, 1995, p. 107).

No entanto, Häberle toma a democracia liberal sob a forma emancipativa. A sociedade torna-se livre e aberta à medida que amplia o círculo hermenêutico dos intérpretes da constituição. Por isso, “tornam-se mais relevantes as cautelas adotadas com o objetivo de garantir a liberdade: [...] direitos fundamentais de caráter positivo, liberdade de opinião, constitucionalização da sociedade, v.g., na estruturação do setor econômico público” (HÄBERLE, 2002, p. 36-40). Tal abertura possibilita novos desenvolvimentos e a superação justa dos problemas sociais, além de dar voz a minorias.

Nesse caminho, os princípios de interpretação facilitam a cognição. Coelho elenca alguns princípios interpretativos a serem aplicados juntamente com os métodos de interpretação, a merecerem destaque: a) princípio da unidade da constituição (unidade de regras e de princípios); princípio da harmonização (otimização do texto constitucional); princípio da correção



funcional (coerência em relação à Constituição); d) princípio da eficácia integradora (integração social e política); e) princípio da força normativa da Constituição (busca a eficácia constitucional); f) princípio da máxima efetividade; g) princípio da interpretação, conforme a Constituição (presunção de constitucionalidade das leis, até prova em contrário); h) princípios da proporcionalidade e da razoabilidade (justa medida), entre outros (COELHO, 2002).

A abordagem de Häberle se utiliza, também, dos princípios de interpretação constitucional. Os princípios e os métodos de interpretação constitucional devem figurar como formas de harmonização e filtragem das múltiplas formas de interpretação (GONÇALVES; LEHFELD, 2017).

5. FASCÍNIO E DESAFIOS NA TESE DE PETER HÄBERLE

A interpretação constitucional democrática haberliana inibe o positivismo e os excessos dogmáticos e insere novos participantes na interpretação constitucional; a interpretação constitucional deve acontecer em uma sociedade aberta e plural, em momentos de diálogo e conflito, continuidade e descontinuidade, em uma sociedade aberta e democrática, tendo a palavra final a Corte Constitucional. Tal postulado revela-se fascinante.

Porém, algumas ponderações críticas não devem ser desprezadas. Coelho aponta que Ernst Forsthoff aduziu que a processualização da visão do Direito e do Estado poderia diluir a normatividade constitucional em uma dinâmica absoluta e comprometer sua função mais importante que é a de estabilizar a vida social. Ernest-Wolfgang Böckenförde considera que Peter Häberle propõe não uma interpretação, mas uma permanente mutação constitucional criadora de direitos. Explica J.J. Canotilho que, apesar de admirar muito as lições de Peter Häberle, tem uma ressalva: processualizada a lei fundamental provoca nela um déficit normativo, além de poder tornar o intérprete um



constituente (COELHO, 2002).

A abordagem de Häberle colide com o método hermenêutico clássico de interpretação constitucional que tem, entre seus expoentes, Ernest Forsthoff. Exatamente, por ser esse método fechado, o legislador dá à norma “sentido próprio” (SERRASQUEIRO, 2018).

Pelo método hermenêutico clássico, a Constituição é a lei que serve de fundamento e de fator de integração do ordenamento jurídico. Logo, nesta abordagem clássica o intérprete deve observar mais a subsunção à lei; a Constituição deve ser interpretada segundo as regras tradicionais de hermenêutica em seus sentidos genético, filosófico, lógico, histórico e teleológico; a ideia base é que toma a verdade como conformidade, ou seja, crença metafísico-jurídica de que toda norma possui um sentido em si, seja aquele que o legislador pretendeu atribuir-lhe, ou emergiu do texto (*mens legis*). Nesse sentido, caberia ao intérprete descobrir o verdadeiro significado das normas e guiar-se por ele (acontecimento hermenêutico), ou seja, fica inibida a participação dos demais interessados (COELHO, 2002).

Entre as críticas à metodologia de Häberle, existe a preocupação de que a interpretação constitucional possa não alcançar unidade política, causando erosão da legitimidade. No entanto, Häberle sustenta que a “questão da legitimação coloca-se para todos aqueles que não estão formal, oficial ou competencialmente nomeados para exercer a função de intérpretes da constituição”. Além do mais, explica que “a ampliação do círculo dos intérpretes aqui sustentada é apenas a consequência da necessidade, por todos defendidos, de integração da realidade no processo de interpretação”, o que evita “o livre arbítrio” (HÄBERLE, 2002, p. 29-30).

Lucas Verdú, segundo Nuño, critica a teoria da constituição de Häberle, pois edificada sem o direito natural, mas construída com materiais sociológicos e com racionalismo crítico, dificulta seu relacionamento com a dogmática, o que até impede



captar o conteúdo valorativo. Nuño, porém, considera que a sociedade aberta de Popper, de Häberle e de Luca Verdú não sabe muito de metodologias, pois existe o direito à vida, um direito à dignidade, um direito à liberdade, um direito à igualdade e um direito à justiça, como direitos naturais (NUÑO, 2005, *passim*).

Díaz Revório mapeou uma série de pensamentos sobre a interpretação constitucional nos Estados Unidos. As correntes não interpretativistas e as interpretativistas se destacam. Revela que, segundo J. H. Ely, o processo legislativo deva dar voz às minorias para ser válido, mas a interpretação deve ser legislativa, ou seja, com base na decisão parlamentar da lei; L. H. Tribe assenta que é a favor da consecução dos valores substantivos constitucionais, desde que não sejam arbitrários; M. J. Perry defende a corrente não interpretativista em matéria de direitos humanos, para não se chocar com outros elementos constitucionais que tomam por base fontes fora da Constituição; aduz que, para Dworkin, o juiz pode invalidar as decisões legislativas, tomando por base princípios moralmente corretos filosoficamente; de acordo com H. H. Wellington, os juízes estão mais preparados para julgamentos morais e podem ponderar o peso de certos princípios, na moral convencional, para convertê-los em moral legal (DÍAZ REVORIO, 1997, p. 160-176). Percebe-se, que Häberle tem um viés interpretativista.

Como visto, pelo método hermenêutico clássico, o intérprete da Constituição deve interpretá-la com observância à decisão legislativa do parlamento, sendo possível examinar os sentidos genético, filosófico, lógico, gramatical, histórico e teleológico. Nessa concepção, a abordagem do Häberle é muito aberta, o que pode fragmentar a unidade social.

Por outro lado, a corrente de interpretação tópica influenciou o método da “constituição aberta” teorizado por Peter Häberle. Coelho demonstra que, pelo método tópico, a constituição é um sistema aberto de regras e princípios que admite distintas e “cambiantes” interpretações; a tópica é a técnica do



pensamento problemático; busca superar as insuficiências da lei; os instrumentos hermenêuticos tradicionais não resolvem as aporias da interpretação constitucional, ou seja, as suas dúvidas filosóficas; assim, esse método tópico problemático é adequado para se chegar à constituição, e os *topoi* (pontos de vistas) contribuem para interpretá-la dialogicamente. No entanto, Coelho, citando Ernest-Wolfgang Böckenförde, registra que esse método remedia as insuficiências das regras interpretativas da constituição frente a seu caráter fragmentário, aberto e de cláusulas legais indeterminadas; o que evita o *non liquet* e viabiliza a jurisdição constitucional (COELHO, 2002).

De acordo com o método científico-espiritual, que tem em suas fileiras Rudolf Smend, a constituição é um instrumento de integração e de regulação de conflitos, em prol da unidade social com viés sociológico (SERRASQUEIRO, 2018, p. 19). Neste sentido, a constituição é a ordenação jurídica do Estado e da vida estatal, não sendo o Estado apenas um catálogo de competências. Por esse método, o Direito Constitucional é a positividade de possibilidades e funções espirituais, de forma dinâmica, a se renovar continuamente, a recomendar interpretação extensiva e flexível; a experiência social, político e cultural do intérprete vai integrando as transformações; a integração passa a ser o fim supremo; o princípio da dignidade humana é tomado como premissa antropológico-cultural do Estado de Direito e valor fundante da experiência ética (COELHO, 2002). No entanto, Häberle contesta, parcialmente, esse método, pois o poder do Estado vem de seus cidadãos, negando existir um poder estatal extra ou pré-constitucional, uma vez que a constituição deve ser entendida previamente ao Estado (HÄBERLE, 2002).

De outro modo, o método hermenêutico-concretizador, de Konrad Hesse, toma que a leitura do texto constitucional começa a partir da compreensão do intérprete, concretiza-se em dada situação histórica, à luz da constituição, e supera a compreensão pessoal. Nesse aspecto, Konrad Hesse concorda com



Gadamer, ao considerar que aplicar o direito significa pensar o caso e a lei, para que o direito se concretize. Porém, interpretar é aplicar, concretizar a lei. Assim, Hesse considera que, apesar da grande contribuição filosófica, a pré-compreensão distorce a realidade e o sentido multívoco próprio da norma constitucional, no pendular analítico da “dialética da compreensão”, pois não se pode descartar que a prévia compreensão tenha ingredientes irracionais, o que torna imprecisa e mal definida a verdade hermenêutica (COELHO, 2002).

No entanto, Ferraz Júnior registra que a hermenêutica jurídica é uma forma de pensar dogmática que permite o controle de consequências incidentes sobre a realidade antes que aconteçam; pode enfraquecer as tensões sociais para projetá-las numa dimensão harmoniosa, de forma a tornar eventuais contradições suportáveis (FERRAZ JÚNIOR, 2011, p. 284).

O método normativo-estruturante, também, comunica-se bem com a metodologia de Häberle, pois admite que várias esferas concretizam a norma e sua interpretação. Esse método, que tem em Friedrich Müller seu grande idealizador, considera que a normatividade resulta de dados extralinguísticos estatais e sociais que, mesmo querendo, não figuram no texto da norma constitucional. A literalidade da norma não regula o caso concreto, mas o órgão legislativo, o governamental, o servidor público, o tribunal, tomando o fio condutor existente na norma; o direito consuetudinário existe, tem suas qualidades, apesar de não estar nos textos definidos com autoridade; assim, também, numerosos textos, precedentes, estudos monográficos, manuais didáticos, comentários, que não se prendem ao teor literal do texto, transcendem-no, a ponto de concretizar a norma constitucional. Coelho assenta que, para Friederich Müller, o teor literal da lei é apenas a “ponta do *iceberg*”; a norma fragmentária precisa de concretização, inclusive, nesse aspecto, Konrad Hesse também sustentou que a interpretação constitucional é a concretização da realidade, para que o aplicador do Direito possa fazer



No entanto, Pablo Lucas Verdú pondera que a abertura constitucional desmedida pode conduzir à destruição ou à erosão dos elementos vinculantes que preservam a identidade da constituição. Alerta que não se deve ignorar seus elementos normativos e extranormativos nesta abertura, para não perder seu núcleo essencial em expansões, recepções e integrações. Afinal, a interpretação das normas constitucionais exige indispensável valoração ética, pois liberdade, justiça e pluralidade social podem conduzir a elevadas cotas de felicidade (VERDÚ, 1993, p. 60 e 92). Nesse ideal de interpretação, os princípios constitucionais são aplicados em conjunto com os métodos interpretativos



constitucionais, uma vez que incidem sobre todas as relações sociais e econômicas, de forma operativa (COELHO, 2002).

De toda sorte, a abertura constitucional tem sido o parâmetro adotado pelas democracias atuais, até mesmo, com a harmonização do Direito Internacional e o direito interno das nações como ocorreu na Europa, o que fez surgir seu Direito comunitário. Muitos direitos humanos são reconhecidos e positivados. Nesse particular, Gadamer registra a questão da fenomenologia, que não é apenas a descrição de dados, mas pode conter algo oculto a ser desvelado ou que pode consistir de construções teóricas falsas (GADAMER, 1998, p. 17).

6. A IMPORTÂNCIA DA LEGITIMAÇÃO NUMA SOCIEDADE ABERTA

A suprema corte de uma nação ocupa posição peculiar em uma sociedade aberta que pretenda ser democrática. Isso não diminui a responsabilidade das demais instituições. Diogo Coutinho (2016) considera que “as instituições têm papel constitutivo e transformador dos indivíduos e da sociedade e, por isso, são importantes unidades de análise em estudos e trabalhos acadêmicos”. Todavia, não é tarefa simples ser um juiz na corte máxima. As decisões que esse agente precisa tomar, em geral, não encontram, nos critérios legais comuns, adequação decisória. Além disso, as cláusulas constitucionais, muitas vezes, exigem ponderações e decisões valorativas, o que estofa a importância de se construir a legitimidade do tribunal superior, para que a democracia alcance desenvolvimento.

Por outro lado, segundo Cambi, vive-se a “Era da Decodificação”, em que crescem em importância dos princípios ante a inflação legislativa, com formulações vagas, equívocas e ambíguas. Isso fez reforçar o espaço constitucional que passou a prevalecer sobre o ordenamento jurídico restringindo a liberdade do legislador, sobretudo, em razão da constituição analítica



O excesso de debate constitucional, com tantas cláusulas abertas, também, pode gerar embaraços ao desenvolvimento do setor privado. Tal realidade deveria desafiar o Parlamento brasileiro a ser mais técnico e atuante, como intérprete da constituição para fomentar a participação da população nos debates, a cidadania constitucional, até para não permitir a concentração de poder, ampliar a democracia e evitar a judicialização da vida privada.

No entanto, em determinadas situações, pode ser bem desafiante não privilegiar grupos de pressão mais organizados, no viés político agregado à função judicante. Assim, o princípio da maioria não deve ser desprezado, sendo porém necessário dar voz às minorias, sobretudo quando elas têm pretensões moralmente legítimas, em geral, com previsão constitucional. Geralmente, isso funciona como uma exceção legítima à vontade da maioria, em uma democracia, devido à constitucionalidade reconhecida, pois raramente as maiorias são tiranas (ALL ANSWERS LTD, 2020).



Tal cautela aumentará a chance de se alcançar legitimidade democrática, ainda que restem grandes dificuldades em questões de federalismo e, por vezes, frente à ausência de nítido projeto nacional de desenvolvimento consensual, em nações periféricas. A par disso, Coutinho assenta que “as instituições estão em toda parte, mas, ao mesmo tempo, são invisíveis. O Direito Econômico nos dá a possibilidade de ‘enxergá-las’” (COUTINHO, 2016).

Dessa forma, um juiz de suprema corte não deve ser nomeado somente por suas “qualidades judiciais”. Deve ter, também, visão consistente de políticas públicas, com relativa vida pública, posto que existem padrões de comportamentos consensuais nas elevadas camadas do poder, a que a suprema corte deve buscar conferir legitimidade, desde que constitucionais, para a operação da democracia (DAHL, 2009). Nesse particular, Häberle defende a independência funcional do Poder Judiciário, sua autoridade e legitimidade a partir da corte suprema (HÄBERLE, 2002).

Como visto anteriormente, Bergson deixa claro que há ferocidade natural no homem. Assim, a democracia, em uma sociedade aberta, merece e deve ser defendida de forma estável. A crítica de Popper de que as movimentações totalitárias conspiram contra a civilização não deve ser desprezada, ainda que possa ser criticável em um ou em outro aspecto. No Brasil, ainda há a questão do crime organizado, com ramificações internacionais, a atrair redobrada atenção e decisões efetivas.

Por conseguinte, com tantos matizes, as soluções constitucionais, via de regra, são complexas, sobretudo, quando há conflitos aparentes de regras e princípios. Por vezes, atrai a necessidade de audiências públicas, com a presença de *amicus curiae*¹, de peritos, especialistas do Estado, entre outros, para

¹ No controle de constitucionalidade brasileiro, o instituto do *amici curiae* (Lei 9.868, de 1999) e a possibilidade de realizar audiências públicas (RISTF, arts. 13, XVII; 21, XVII; 154, parágrafo único) contribui muito para a qualidade dos julgamentos na Corte Suprema mediante deliberação do Relator ou Presidente, sobretudo, em “hard



calçar as decisões eficientemente.

Considerando isso, Häberle sustenta que a ampliação do círculo de intérpretes permite a integração da realidade ao processo interpretativo, a fim de evitar decisões arbitrárias, o que legitima o processo decisório em várias instâncias, até mesmo, perante a corte maior, que tem a competência para a decisão final e pode operar para garantir elevado grau de legitimidade, bem-estar e felicidade à nação.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Essa breve investigação, com base na teoria häberliana, da sociedade aberta de intérpretes da Constituição demonstra que existem riscos de fragmentação da unidade nacional e da coesão, no longo prazo, se não houver a defesa da democracia contra seus inimigos internos e externos.

Percebe-se que a teoria häberliana, de certa forma, aposta na decisão das maiorias, sem prejuízo de dar voz às minorias, para o desenvolvimento com democracia – uma espécie de pacto social plural. O Parlamento deve retomar seu espaço, fomentar a cidadania e evitar ao máximo a judicialização da vida privada com boas leis.

A cidadania, no caso, dá sustentabilidade à evolução da sociedade aberta, dentro dos limites da lei, das instituições, da racionalidade e da ética, caminho este, apesar dos riscos próprios da natureza humana, fascinante.

Verifica-se, a partir do problema de pesquisa proposto que, embora a teoria haberliana seja crucial à evolução e à sociedade contemporânea, em razão de sua complexidade, sua aplicação traz riscos de fragmentação à unidade nacional, por isso, o Supremo Tribunal Federal, no caso brasileiro, deve tomar decisões com elevado grau de legitimidade para fortalecer a

cases”, de relevante interesse público. Esta influência do pensamento de Perter Häberle está presente na jurisdição constitucional brasileira.



unidade e coesão nacional. O excesso de judicialização afeta, no entanto, pode afetar o desenvolvimento, a iniciativa privada.

A pesquisa demonstra, também, que pesa sobre os ombros das instituições, sobretudo, da Suprema Corte elevado grau de responsabilidade e de exigência quanto a esforços de legitimação, para que não vença a fragmentação e não se perca a coesão nacional. Cabe, sobretudo, à Corte Suprema prover decisões ponderadas e bem fundamentadas, para minimizar os riscos da sociedade aberta, de forma que possa neutralizar ações orquestradas de inimigos da democracia, nacionais e estrangeiros, atuantes no território nacional, e, também, para orientar políticas nacionais consistentes e contribuir de forma efetiva para a manutenção da unidade, felicidade e coesão do tecido social. A democracia deve, sim, ser defendida, mantida e organizada pela fértil via da legitimidade democrática.



REFERÊNCIAS

- ALL ANSWERS LTD. *Majority rule and minority rights*. Lawteacher.net, jan. 2020. Disponível em: <<https://www.lawteacher.net/free-law-essays/administrative-law/majority-rule-and-minority-rights-administrative-law-essay.php?vref=1>>. Acesso em: 14 jan. 2020.
- ALVES, Filipe Gomes. Dissecando o Fascismo. *Revista de História e Estudos Culturais*, v. 4, ano IV, n. 3, jul./set. 2007.
- ARMENDANE, Geraldo. Contribuições do racionalismo crítico de Karl Popper para a filosofia política e social contemporânea. *Cadernos de Ética e Filosofia Política* 15, pp. 7-26, fev. 2009.



- BERGSON, Henri. *As duas fontes da moral e da religião*. Coimbra: Almedina, 2005.
- BOBBIO, Norberto. *As ideologias e o poder em crise*. Brasília: EdUnB, 1994.
- CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. 2ª ed. São Paulo: Almedina, 2018.
- COELHO, Inocêncio Mártires. *A hermenêutica constitucional como teoria do conhecimento do Direito*. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2020.
- COELHO, Inocêncio Mártires. *Da hermenêutica filosófica à hermenêutica jurídica: fragmentos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- COELHO, Inocêncio Mártires. Konrad Hesse/Peter Häberle: um retorno aos fatores reais de poder. *Revista de Direito Público*, n. 7, jan./fev./mar. 2006.
- COELHO, Inocêncio Mártires. Métodos e princípios da interpretação Constitucional. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 230, p. 163-186, out./dez. 2002.
- COUTINHO, Diogo Rosenthal. O direito econômico e a construção institucional do desenvolvimento democrático. *REI – Revista Estudos Institucionais*, v. 2, n. 1, p. 214-262, jul. 2016. ISSN 2447-5467. Disponível em: <https://estudosinstitucionais.com/REI/article/view/36>. Acesso em: 14 jan. 2020.
- CUNHA, Paulo Ferreira. *O ponto de Arquimedes: natureza humana, direito natural, direitos humanos*. Lisboa: Almedina, 2001.
- DAHL, Robert A. Tomada de decisões em uma democracia: a Suprema Corte como uma entidade formuladora de políticas nacionais. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 252, p. 25-43, maio 2009. ISSN 2238-5177. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/7954>. Acesso

- Inserido ao protocolo **17.711.187-2** por: **3º Sgt. Qpmg 1-0 Helio Jorge Parana Vieira** em: 04/06/2021 14:16. As assinaturas deste documento são de: **3º Sarg. Qpmg 1-0 Karlyne Priscylla da C. do Carmo** em: 08/02/2022 14:47. Endereço: <https://www.eprtoctoc.org.br/03/2022/4/12/2darAssinatura> com o código: **6a30095610e9c0ef5cc877c0123ed21c**.

- HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2002.
- HUXLEY, Aldous. *Admirável mundo novo*. 5. ed. Porto Alegre: Editora Globo, 1979.
- JORNAL ESTADO DE DIREITO – PUC-RS. *Entrevista concedida por Peter Häberle*. Tradução Ingo Wolfgang Sarlet. Disponível em: <https://www.pucsp.br/capitalismohumanista/downloads/Thiago_publicacao.PDF>. Acesso em: 5 nov. 2019.
- LENZ, Rainer. Big Data: *Ethics and Law*. Posted: 3 oct. 2019. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3459004>. Acesso em: 06 jul. 2020.
- MONT PELERIN SOCIETY. *A short history of the Mont Pelerin Society*. Disponível em: <https://www.montpelerin.org/about-mps/>. Acesso em: 13 jan. 2020.
- MULLAINATHAN, S.; SHAFIR, E. *Escassez*. Tradução de Bruno Casotti. [original de 1972]. Rio de Janeiro: Best Business, 2016.
- NUÑO, Ulises Coello. *La Constitución abierta como categoría dogmática*. México: Editorial México, 2005.
- OTERO, Paulo. *Legalidade e Administração Pública*. Lisboa: Almedina, 2011.
- PEGORARO, Olinto. *Ética é Justiça*. Petrópolis: Vozes, 1995.
- POPPER, Karl. *Sociedade aberta e seus inimigos*. Belo Horizonte: USP Itatiaia, v.1 e v. 2, 1974.
- SERRASQUEIRO, Mafalda. *A Interpretação Constitucional como uma Questão de Poder*. Lisboa, 2018. Disponível em: https://www.icjp.pt/sites/default/files/papers/a_interpretacao_constitucional_como_uma_questao_de_poder_versao_artigo_capa_0.pdf. Acesso em: 7 jul. 2020.
- SILVA, Christine Oliveira Peter. *Interpretação constitucional no*



século XXI: o caminhar metodológico para o concretismo constitucional sob a influência da doutrina de Peter Häberle. *Direito Público*, Porto Alegre, ano 2, n. 8, p.5-39, abr./jun. 2005.

TOLEDO, Cláudia. A Teoria da Argumentação Jurídica. *Revista Veredas do Direito*. Belo Horizonte, v. 2, n. 3, p. 47-65, jan.- jun., 2005,

WEBER, Max. *Economia e Sociedade: Fundamentos da sociologia compreensiva*. Tradução de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. Revisão técnica de Gabriel Cohn. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999.

VERDÚ, Pablo Lucas. *La Constitución abierta Y sus enemigos*. Madrid: Universidade Complutense de Madrid – Bera-mar, 1993.



pressupostos; (ii.) analisar a viabilidade da exceção, ante seus efeitos e as espécies de garantias cabíveis e, por fim, (iii.) investigar aspectos que desafiam a validade e a eficácia da exceção de insegurança. Por fim, a pesquisa é baseada no método hipotético-dedutivo, realizado por meio de levantamento bibliográfico de doutrina brasileira e alemã, bem como de jurisprudência brasileira.

Palavras-Chave: Direito Civil. Contratos. Exceção de Insegurança.

THE EXCEPTION OF INSECURITY AS A GUARANTEE INSTRUMENT FOR THE CREDITOR: LIMITS AND POSSIBILITIES OF ITS INVOCATION IN BRAZILIAN LAW IN THE LIGHT OF THE GERMAN MODEL

Abstract: Currently, the economy influences contract law, guiding contracting parties to improve collaboration, to exchange relevant information more effectively and to rely on the possibility of taking legal and equitable measures when entering into the contractual bond. In this context, the exception of insecurity arises, as an instrument capable of ensuring the future fulfillment of the agreed obligations, either verbally or written, without the need for a previous default. Hence, this work aimed at identifying the hypotheses for the application of the insecurity defense as decurrent of asset reduction, to justify the provision of guarantee, under the terms of article 477 of the Civil Code of 2002. The hypothesis of the work is: Based on the analysis of the requirements and the effects of the exception, is it effective to utilize it, encouraging the parties to fulfill their obligations, or does it constitute an abuse of rights by the party who presents it? Thus, the general objective of the research is to identify how legislation, doctrine and jurisprudence refer to the exception of insecurity. The specific objectives are (i.) To study the exception

of insecurity with regard to its fundamental concepts and assumptions; (ii.) analyze the feasibility of the exception, in view of its effects and the types of guarantees applicable and, finally, (iii.) investigate aspects that challenge the validity and effectiveness of the insecurity exception. Finally, the research is based on the hypothetical-deductive method, conducted through a bibliographic survey of Brazilian and German doctrine, as well as Brazilian jurisprudence.

Keywords: Civil law. Contracts. Exception of insecurity.

Sumário: Introdução; 2 A exceção de inseguridade; 2.1 Conceito da exceção; 2.2. Pressupostos; 2.2.1 Contrato sinalagmático; 2.2.2 Redução patrimonial; 2.2.3 Dúvida sobre a possibilidade da prestação; 3 Efeitos; 3.1 Suspensão/recusa da contraparte à sua prestação; 3.2 Exigibilidade de garantias (espécies); 3.3 Resolução do contrato como efeito derradeiro decorrente do exercício da insegurança; Conclusão; Referências.

INTRODUÇÃO



As exceções contratuais estão previstas no Código Civil brasileiro, no capítulo reservado à extinção do contrato. Dentre as figuras ali previstas, encontram-se a exceção de contrato não cumprido e a exceção de inseguridade, ambas respectivamente nos artigos 476³ e 477⁴.

Consoante se extrai da sua própria denominação, a exceção de inseguridade se destina, em linhas gerais, a outorgar um

³ Art. 476. “Nos contratos bilaterais, nenhum dos contratantes, antes de cumprida a sua obrigação, pode exigir o implemento da do outro”.

⁴ Art. 477. “Se, depois de concluído o contrato, sobrevier a uma das partes contratantes diminuição em seu patrimônio capaz de comprometer ou tornar duvidosa a prestação pela qual se obrigou, pode a outra recusar-se à prestação que lhe incumbe, até que aquela satisfaça a que lhe compete ou dê garantia bastante de satisfazê-la”.



mecanismo de segurança a uma das partes no contrato. Ela não pressupõe, portanto, o inadimplemento, mas pretende primordialmente ressaltar a garantia de que as obrigações pactuadas serão cumpridas. A este respeito, reputa-se desde logo justificado o título do trabalho, na medida em que se qualifica a exceção de insegurança como um instrumento da dogmática civil, conferido ao credor, a fim de resguardá-lo minimamente dos riscos de descumprimento.

Muito embora a figura da exceção de insegurança seja expressamente prevista na codificação, pode-se reputar, – conforme pretende-se apontar no presente texto –, que sua disciplina ainda seja pouco versada no Direito brasileiro, especialmente quando comparada à importância e divulgação da *exceptio non adimpleti contractus*⁵.

Trata-se, porém, de matéria relevante do ponto de vista teórico e prático, seja por que tem caráter peculiar, ao ser nominada como exceção, seja por que se apresenta como um instrumento hábil a suspender o adimplemento obrigacional de uma das partes, diante da observância de determinados requisitos, sem, contudo, implicar, *prima facie*, em rescisão unilateral ou rescisão do contrato.

Acresce que, no direito estrangeiro, o tema da exceção de insegurança igualmente merece atenção⁶. No direito francês, por exemplo, a reforma do direito das obrigações, ocorrida em fevereiro de 2016, introduziu regra expressa sobre a denominada

⁵ Uma demonstração nesse sentido vislumbra-se no seu exame ainda ao tempo da pandectística. Cf. HEERWART.

Über die Exceptio non adimpleti contractus und non rite ad adimpleti contractus. *Archiv für civilistische Praxis*, 1824, v. 7, p. 335 e segs.

⁶ Ver, por exemplo, ADDIS, Fabio. La Sospensione dell'esecuzione: dalla vendita com dilazione di pagamento ala Unsicherheitsreinrede, in *Ricerche sull'eccezione di insicurezza*. Milão. Giuffrè. 2006, p. 3 e segs.



¹¹ Ver, per exemplo, MOTHERS, Christoph. *Der Rücktritt vom Vertrag – eine Untersuchung zur Konzeption der Vertragsaufhebung nach der Schuldrechtsreform*. Baden-Baden, Nomos Verlag, 2008., p. 102 e segs.



Viena de 1980¹², diante da influência doutrinária de Ernst Rabel¹³.

Pretende-se, portanto, analisar de que forma a exceção de inseguridade é aplicada no direito brasileiro, por meio da análise de doutrina e de jurisprudência.

Nesse contexto, os objetivos específicos do presente trabalho são (i.) estudar a exceção de inseguridade no que se refere aos seus conceitos fundamentais e pressupostos; (ii.) analisar a viabilidade da exceção, ante seus efeitos e as espécies de garantias cabíveis.

Por fim, a metodologia a ser utilizada para tanto é hipotético-dedutiva¹⁴ e será realizada através de levantamento bibliográfico de doutrina brasileira e alemã, bem como de análise jurisprudencial de julgados do Superior Tribunal de Justiça, do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul e do Tribunal de Justiça de São Paulo.

¹² Art. 71. “1) Uma parte poderá suspender o cumprimento de suas obrigações se, após a conclusão do contrato, tornar-se evidente que a outra parte não cumprirá parcela substancial de suas obrigações, devido:

(a) a grave insuficiência em sua capacidade de cumpri-las, ou em sua solvência; ou
(b) à maneira como se dispõe a cumprir ou como cumpre o contrato.

(2) Se o vendedor houver expedido as mercadorias antes de se tornarem evidentes os motivos a que se refere o parágrafo anterior, poderá se opor a que o comprador tome posse das mercadorias, ainda que este seja portador de documento que lhe permita obtê-la. Este parágrafo refere-se somente aos direitos respectivos do comprador e do vendedor sobre as mercadorias.

(3) A parte que suspender o cumprimento de suas obrigações, antes ou depois da expedição das mercadorias, deverá comunicá-lo imediatamente à outra parte, mas deverá prosseguir no cumprimento se esta oferecer garantias suficientes do cumprimento de suas obrigações

¹³ Cuida-se, em essência, da concretização dos estudos de E. Rabel sobre a matéria, a partir de sua obra sobre o contrato de compra e venda. Sobre o tema ver, por exemplo: ADDIS, Fabio. La Sospensione dell’esecuzione: dalla vendita com dilazione di pagamento ala Unsicherheitsreinrede, in *Ricerche sull’eccezione di insicurezza*. Op. Cit. p. 8; RÖSLER, Hannes. Ernst Rabel e sua influência sobre um direito mundial dos contratos, in *Revista Meritum*, 2008, vol. 3, p. 5 e segs.

¹⁴ HENRIQUES, Antônio; MEDEIROS, João Bosco. *Metodologia científica da pesquisa jurídica*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2017.



2 A ESTRUTURA DA EXCEÇÃO DE INSEGURIDADE

2.1 CONCEITO DA EXCEÇÃO

A exceção de inseguridade pode ser definida, em essência, como uma defesa de direito material, substancial¹⁵, dilatória, pessoal e dependente, que, em caso de redução patrimonial superveniente do outro contratante tornar duvidosa a contraprestação deste, autoriza que o contratante obrigado a prestar primeiramente se recuse ao cumprimento, até o oferecimento de garantia ou o pagamento da contraprestação¹⁶. Não se parte da ideia de inadimplemento, portanto, mas sim de mera probabilidade de futuro incumprimento¹⁷.

Antes de adentrar na caracterização e aprofundamento do conceito e dos elementos que conformam a exceção, cumpre diferenciar *exceção* de *defesa*. Excepcionar corresponde a contradizer¹⁸; defesa exprime a defesa voltada à impugnação do direito do autor, é uma defesa de mérito. Em outras palavras, exceção, como o próprio nome diz, é uma pretensão que não se exercita pela ação. É, em verdade, um *contra-direito* do réu perante a cobrança de adimplemento obrigacional feita pelo autor, conforme sustenta, por exemplo, Chiovenda¹⁹.

¹⁵ Refere-se à exceção substancial, porque esta figura visa a obstar o cumprimento de uma prestação, enquanto não superada a causa que justifica a não ação do prestador. Na verdade, a *exceptio* revela uma pretensão de ver realizar um direito contrário ao exercitado pelo autor e, como tal, “um instrumento de flexível proteção de equidade e de boa-fé”. SERPA LOPES, Exceções *apud* NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Maria Andrade de. *Código Civil Comentado* 13.ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 925.

¹⁶ GAGLIARDI, Rafael Villar. *Exceção de contrato não cumprido*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 123.

¹⁷ CARDOSO, Luiz Philipe Tavares de Azevedo. *O inadimplemento antecipado do contrato no direito civil brasileiro*. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito do Largo São Francisco, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2014.

¹⁸ CALAMANDREI, Piero. *Direito processual civil*. Campinas: Bookseller, 2003.

¹⁹ Em sentido próprio, a exceção é, por conseguinte, um contra-direito perante a ação e por isso mesmo um direito de impugnação; isto é, um direito potestativo destinado à anulação da ação. CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*:



A exceção, então, ao ser oposta, é aplicável antes do processo, sendo ônus do excipiente provar a alegação relativa à dúvida quanto ao futuro cumprimento da obrigação. Pontes de Miranda sustenta, quanto ao pressuposto da piora do patrimônio do devedor, que se trata de “uma típica questão de fato e, diferentemente do que sucede na exceção de inadimplemento, reclama prova a cargo do excipiente”²⁰.

Observe-se que a exceção de insegurança já era prevista no Código Civil de 1916, em seu artigo 1.092²¹, bem como no Código Comercial, em seu artigo 198²². Já o Art. 477 do Código

as relações processuais; a relação processual ordinária de cognição. v.1. 3. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1969. p. 338.

²⁰PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Direito das obrigações*: consequências do inadimplemento, exceções de contrato não adimplido. Atualizado por Ruy Rosado de Aguiar Júnior; Nelson Nery Jr. São Paulo; Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 228.

²¹No Código Civil de 1916, a exceção de insegurança estava prevista no título reservado aos contratos, no capítulo específico relativo aos contratos bilaterais – diferentemente, portanto, do tratamento dado pelo *códex* de 2002, que prevê a aplicação da figura no âmbito das hipóteses de resolução contratual. Assim, previa o Código Civil de 1916, em seu artigo 1.092: “Art. 1.092. Nos contratos bilaterais, nenhum dos contraentes, antes de cumprida a sua obrigação, pode exigir o implemento da do outro. Se, depois de concluído o contrato, sobreviver a uma das partes contratantes diminuição em seu patrimônio, capaz de comprometer ou tornar duvidosa a prestação pela qual se obrigou, pode a parte, a quem incumbe fazer prestação em primeiro lugar, recusar-se a esta, até que a outra satisfaça a que lhe compete ou de garantia bastante de satisfazê-la.

Parágrafo único. A parte lesada pelo inadimplemento pode requerer a rescisão do contrato com perdas e danos.

²² Nesse contexto, relevante a observação da doutrina de Orlando Gomes, que caracterizou a exceção de insegurança à luz do revogado *códex*: “Claro que, se estabelecida a sucessividade do adimplemento, o contraente que deve satisfazer a prestação antes do outro não pode recusar-se a cumpri-la, sob a conjectura de que este não satisfará à que lhe corre. Admite-se, porém, em caráter excepcional, que se recuse, se, depois de concluído o contrato, sobrevier à outra parte diminuição em seu patrimônio, capaz de comprometer ou tornar duvidosa a prestação a que se obrigou. (...) A finalidade dessa norma é evitar o perigo a que fica exposto, no caso, o contratante que se obrigou a cumprir antes do outro a obrigação assumida. Por esse motivo, permite-se que a parte a quem assiste o direito de perceber primeiramente exija da outra que preste caução”. GOMES, Orlando. *Contratos*. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. pp. 109-110.



Civil de 2002, da mesma forma que o § 321 do BGB, se refere a uma hipótese em que é admitido que a parte a quem incumbe cumprir a prestação em primeiro lugar mantenha a recusa, até que a outra satisfaça a que lhe compete, ou lhe dê garantia bastante de satisfazê-la. Não se trata de recusa do devedor ao cumprimento, mas sim o adiamento da entrega da sua prestação.²³

Por esses motivos, sustenta-se que a figura decorre do princípio da interligação orgânica das prestações²⁴, o qual dispõe que ao contratante que primeiro tiver de cumprir a sua obrigação, tem o direito de recusá-la se, depois de concluído o contrato, sobrevier ao outro contratante alteração nas condições econômicas, capaz de comprometer ou tornar duvidosa a prestação a que se obrigou.

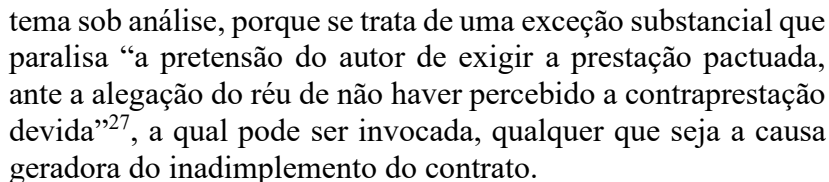
Cumprе ressaltar que o risco de descumprimento não se confunde com o inadimplemento antecipado, por se tratar apenas de probabilidade (alta probabilidade), e não de configuração de inadimplemento (probabilidade próxima à certeza), acarretando efeitos diversos²⁵. Nesse particular, veja-se que a exceção do contrato não cumprido²⁶, por sua vez, não se confunde com o

²³“Alegando essa exceção, o devedor revela não querer eximir-se ao cumprimento do contrato, como aliás poderia proceder, se quisesse rescindi-lo, nos termos do parágrafo único do artigo supra (artigo 1092), mas apenas reclama o adiamento da sua prestação, até que o outro contraente, a seu turno, execute a sua”. FERRAZ, Olímpio. *Exceção de contrato não cumprido*. Belo Horizonte: Editora Itatiaia Limitada, 1957. p. 66.

²⁴PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*, volume 3: contratos. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 130.

²⁵CUNHA, Raphael Augusto. *O inadimplemento na nova teoria contratual: o inadimplemento antecipado do contrato*. 2015. 295 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015. p. 248. Sucessivamente, sustenta o autor que: “Diante do risco de descumprimento provocado pela deterioração da situação patrimonial do devedor ou do comportamento do devedor (conforme visão ampliada que adotamos) capaz de, com alta probabilidade, comprometer ou tornar duvidosa a prestação à qual se obrigou, o artigo 477 do Código Civil possibilita ao credor, nos contratos bilaterais ou sinalagmáticos, se valer da exceção de insegurança, suspendendo a prestação que lhe incumbe até que o devedor satisfaça a sua contraprestação ou dê garantia bastante para satisfazê-la”.

²⁶Sobre a exceção de contrato não cumprido ver, por exemplo: ABRANGES, José João. *A Exceção de não cumprimento do contrato no direito civil português*. Coimbra:



A exceção de inseguridade consiste, portanto, em essência, em um mecanismo de garantia em benefício do credor, para prevenir-lhe do risco do inadimplemento. O direito positivo outorga ao credor um instrumento a fim de que ele possa de certo modo antecipar-se ao risco de eventual inadimplemento do devedor. A exceção de inseguridade não visa primordialmente à resolução do contrato, mas tão-somente à garantia de seu cumprimento.

Nesse contexto, ressalte-se que não se exige o adimplemento antecipado da obrigação contratualmente assumida, mas sim a suspensão do pagamento pelo credor até que o devedor demonstre ter condições de cumprir com o avençado, mediante caução.

Pretende-se, em essência, evitar que o contratante obrigado a pagar em primeiro lugar corra o risco de não receber a prestação de que é credor, o que se prenuncia pela alteração das condições patrimoniais daquele que deveria cumprir em segundo lugar. Restaria à outra parte escolher prestar a obrigação de forma antecipada, ou dar caução.

Por outro lado, a referida probabilidade de inadimplemento, cenário base para a exigência de garantia em razão de redução patrimonial, também se aproxima das circunstâncias supervenientes do contrato, presentes na teoria da onerosidade excessiva²⁸, mas com ela não se confunde.

Livraria Almedina, 1986; MORENO, María Cruz. *La "Exceptio non adimpleti contractus"*. Valencia, Tirant lo blanch, 2004.

²⁷GAGLIANO, Pablo Stolze. *Novo curso de direito civil*, volume 4: contratos. 1. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 244.

²⁸Para a concepção de que a exceção de insegurança se enquadra como uma subespécie da modificação das circunstâncias, ver FIKENTSCHER,

A razão para a diferenciação reside na circunstância de a exceção de inseguridade visar a resguardar o credor, mediante a solução do oferecimento da garantia (caução) para assegurar o adimplemento do contrato; enquanto isso, a problemática das modificação das circunstâncias, refletida na cláusula *rebus sic stantibus*, exige pressupostos mais rigorosos para sua incidência, e possui caráter mais amplo, na medida em que tanto pode permite rediscutir o conteúdo da relação contratual, como é o caso do direito alemão, como no caso do direito brasileiro, pode levar expressamente à extinção do contrato, mediante a disciplina do artigo 478 do Código civil brasileiro²⁹

Depreende-se, portanto, que a exceção de insegurança se distingue das hipóteses previstas no capítulo relativo às hipóteses de rescisão do contrato, porque não pressupõe inadimplemento. É, conseqüentemente, instrumento hábil a proteger a parte que possui justificado receio quanto ao futuro cumprimento do contrato, desde que atendidos certos requisitos, conforme se passará a expor.

2.2 PRESSUPOSTOS DA EXCEÇÃO

2.2.1 CONTRATO SINLAGMÁTICO

O primeiro requisito da exceção não é plenamente perceptível na literalidade do artigo 477. Resulta primordialmente da análise global da matéria: é possível extrair do citado artigo

Wolfgang/HEINEMANN, Andreas. *Schuldrecht*. 10^a ed., Berlin: De Gruyter, 2006, pg. 38.

²⁹Art. 478. Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação.

Art. 480. Se no contrato as obrigações couberem a apenas uma das partes, poderá ela pleitear que a sua prestação seja reduzida, ou alterado o modo de executá-la, a fim de evitar a onerosidade excessiva.



476, que a referência ao contrato bilateral também se aplica à exceção de insegurança

No direito alemão, por sua vez, trata-se de requisito expresso na regra do § 321 do BGB, que refere a necessidade de existência de um *gegenseitiger Vertrag*, ou seja, um contrato em que exista contraposição de interesses, logo uma situação de sinalagma!

Essa premissa também se aplica ao direito brasileiro³⁰: o contrato sinalagmático constitui-se em requisito para o uso da exceção de insegurança e pode ser definido como a situação contratual na qual se impõe às partes deveres e poderes próprios de credor e de devedor de prestações que constituem a causa recíproca, sendo perfeitamente possível que uma parte do contrato ao mesmo tempo incorra em *mora debitoris* e em *mora creditoris*, a depender da qualidade do inadimplemento em que ocorreu³¹.

Sinteticamente, o contrato será bilateral quando os contratantes são simultânea e reciprocamente credores e devedores uns dos outros, produzindo o negócio direitos e deveres para ambos, de forma proporcional³². Tal relação pode, da mesma forma, ser denominada complexa.

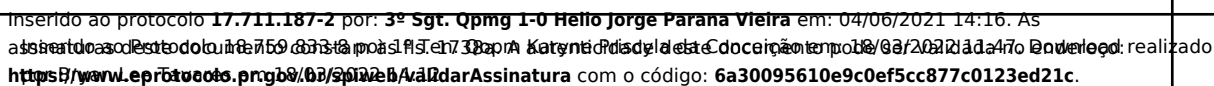
Ou seja, bilateral é a relação em que se busca preservar o sinalagma funcional³³, o qual consiste na vinculação recíproca da causa de uma determinada prestação com a prestação da outra

³⁰No mesmo sentido, sustenta Orlando Gomes: “Nos contratos bilaterais, nenhum dos contratantes pode, antes de cumprida sua obrigação, exigir a do outro. [...] O fundamento desse direito é intuitivo. Visto que a essência dos contratos bilaterais é o sinalagma, isto é, a dependência recíproca das obrigações, nada mais consequente que cada qual das partes se recuse a executar o acordo, opondo a *exceptio non adimplenti contractus*”. GOMES, Orlando. *Contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 109.

³¹NERY, Rosa Maria de; JUNIOR, Nelson Ney. *Instituições de direito civil: volume dois: das obrigações, dos contratos e da responsabilidade civil*. v.2. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 350.

³²TARTUCE, Flávio. *Direito civil, v.3: teoria geral dos contratos e contratos em espécie*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 21.

³³FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: contratos*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 574.





a referida dúvida. Não se desincumbindo de tal ônus, não se justifica a aplicação da exceção, muito menos a mora no pagamento de parcela contratual³⁹.

Por esse motivo, a boa-fé na sua faceta objetiva há que ser observada: a exceção deve ser invocada considerando-se circunstâncias relevantes, não sendo meio para que a parte suscitante da exceção pretenda obter vantagens impróprias – ou simplesmente “ganhar tempo” no cumprimento de sua prestação.

Observe-se que a oposição da defesa de insegurança não se configura *prima facie* em hipótese de abuso de direito, nos termos do art. 187, do Código civil. Aqui, não é o direito ou o exercício em si mesmos que são ilícitos.

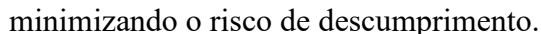
Em essência, o comportamento da parte se traduziria em abusivo da posição jurídica, caso a forma com que se deu o exercício do ato fosse contraditório, fraudando, inclusive, a legítima expectativa do outro. É o que ocorre, por exemplo, no *venire contra factum proprium*, que se consubstancia justamente no “exercício de uma posição jurídica em contradição com o comportamento assumido anteriormente pelo exercente”.

³⁹BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (19. Câmara Cível). Apelação Cível Nº 70079934220. APELAÇÃO CÍVEL. PROMESSA DE COMPRA E VENDA. INOVAÇÃO RECURSAL. NULIDADE DA SENTENÇA INOCORRENTE. NULIDADE DO CONTRATO. INEXISTÊNCIA DE PROVA DA INCAPACIDADE CIVIL ABSOLUTA. RESOLUÇÃO DO CONTRATO. INOCORRÊNCIA DE INADIMPLEMENTO PELOS PROMITENTES VENDEDORES. EXCEÇÃO DE INSEGURIDADE NÃO CONFIGURADA. [...] 5. Ausência de prova da diminuição patrimonial dos promitentes vendedores capaz de comprometer o cumprimento do contrato. RECURSO DE APELAÇÃO CONHECIDO EM PARTE E DESPROVIDO. Recorrente: Alfredo Fernando Kettenhuber. Recorrido: Vicente Gilberto de Oliveira. Relatora: Mylene Maria Michel, 21 de fevereiro de 2019. Disponível em: https://www.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%C3%A7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&intervalo_movimentacao=0&N1_var2=1&id_comarca1=700&num_processo_mask=70079934220&num_processo=70079934220&numCNJ=N&id_comarca2=700&uf_oab=RS&num_oab=&foro=0&N1_var2_1=1&intervalo_movimentacao_1=15&ordem_consulta=1&N1_var=&id_comarca3=to-das&nome_parte=&N1_var2_2=1&intervalo_movimentacao_2=0 Acesso em: 12 set. 2019.



Por esse motivo, a redução patrimonial deve ser analisada objetivamente, sem qualquer alusão à culpa do contratante, até mesmo porque o escopo do dispositivo legal não é punir o contratante, mas apenas proteger o equilíbrio contratual,

⁴⁰PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Direito das obrigações*: consequências do inadimplemento, exceções de contrato não adimplido. Atualizado por AGUIAR Júnior. Ruy Rosado; NERY Jr., Nelson. Tomo XXVI. São Paulo; Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 229. O referido autor entende, ainda, ser possível apreender a redução patrimonial de forma quantitativa ou qualitativa: “A diminuição patrimonial pode ser de natureza quantitativa (perda substancial de receita ou redução de bens) ou qualitativa (perda das condições técnicas de cumprir sua prestação). Assim, o contratante que perdeu uma substancial fonte de renda; ou o fornecedor que teve destruída a máquina com a qual cumpriria sua obrigação, ou demitiu o empregado habilitado à prestação do serviço. O fato de a dificuldade superveniente atingir a ambas as partes não impede o réu de arguir a exceção”.



Ressalte-se que a problemática também se apresenta no direito alemão. Ao tratar do tema, o § 321 do BGB faz menção à evidência de que a pretensão à contraprestação deve estar comprometida pela deficiência de capacidade da outra parte para o cumprimento (*dass sein Anspruch auf die Gegenleistung durch mangelnde Leistungsfähigkeit des anderen Teils gefährdet wird*). No mesmo sentido orienta-se a doutrina, que preconiza a necessidade de presença de um efetivo risco para o credor, sendo insuficiente a mera aparência a este respeito⁴¹.

Nesse contexto, a configuração da redução, ou perda, patrimonial, independe de qualquer elemento subjetivo. Não importa se for decorrente de crise econômica ou inabilidade para o comércio por parte do contratante. Assim, ainda que *prima facie* não se examine a fundo a causa determinante da diminuição patrimonial, qualquer que ela seja (jurídica ou econômica), desde que não imputável ao excipiente⁴², cumpre referir alguns exemplos de redução patrimonial fornecidos pela doutrina e pela jurisprudência.

É sabido que, quando da assinatura do contrato, todo o contratante tem a expectativa de saber com segurança se a outra parte irá se comportar conforme o esperado quanto ao cumprimento das obrigações que assumiu. Refere-se que poderá haver frustração de tal expectativa, em decorrência de eventos como a assunção de outros compromissos igualmente onerosos e impositividade em outras obrigações já assumidas⁴³.

Na doutrina, sustenta-se ainda que, para apreender a configuração de redução patrimonial, nem sempre o cômputo do ativo e do passivo é suficiente, nem a relação entre eles; mas sim

⁴¹ Ver, por exemplo, STÜRNER, Rolf. *Jauernig. Bürgerliches Gesetzbuch Kommentar*. 15a ed. Munique: C.H. Beck. 2014, p. 459.

⁴²PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Direito das obrigações: consequências do inadimplemento, exceções de contrato não adimplido*. op. Cit., p. 229.

⁴³MIRANDA, Custodio da Piedade Ubaldino. *Comentários ao código civil: dos contratos em geral* (Arts. 421 a 480). São Paulo: Saraiva, 2013. p. 438.



O Superior Tribunal de Justiça reconhece, também, a alteração de padrões de fornecimento e de crédito como representativa de redução patrimonial, justificando a aplicação da exceção de insegurança. Nesse caso, entendeu-se que não se pode impor a um dos contratantes que mantenha as condições avançadas verbalmente quando, de fato, a relação de confiabilidade entre as partes se alterou⁴⁷.

⁴⁷BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quarta Turma. Recurso Especial n. 1.279.188 - SP (2011/0150330-3). DIREITO CIVIL E EMPRESARIAL. CONTRATO DE FORNECIMENTO DE MATÉRIA-PRIMA. REDUÇÃO DO VOLUME. PROBLEMAS DE PRODUÇÃO. ILICITUDE. INEXISTÊNCIA. RISCO DO EMPREENDIMENTO. INADIMPLENTO PRETÉRITO DA CONTRATANTE. REDUÇÃO DO VOLUME DOS PRODUTOS, DOS PRAZOS DE PAGAMENTO E DO CRÉDITO. CABIMENTO. PROVIDÊNCIA CONSENTÂNEA COM A PRINCÍPIOLOGIA DA EXCEÇÃO DE INSEGURIDADE. DANO HIPOTÉTICO. CONDENAÇÃO. DESCABIMENTO. [...] Recorrente: Basf SA. Recorrido: Bluequímica Industrial Ltda. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília.



Além disso, a jurisprudência refere que a suspeita de descumprimento do Plano de Recuperação Judicial é caso de redução patrimonial capaz de fazer incidir a exceção de insegurança. Em julgado do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul⁴⁸, houve receio concreto de que a ré, por se encontrar em recuperação judicial, poderia vir a não cumprir os contratos, reque-rendo a autora fosse suspensa a obrigação de entrega de soja e incidência de quaisquer encargos, assim como fosse determi-nada a prestação de garantia pela ré, sob pena de rescisão con-tratual.

Naquele caso, sendo justificado o receio de que uma das partes não viesse a adimplir os contratos com elas havidos à época do ajuizamento da ação, apesar de demonstração por parte da ré durante a instrução processual de que estaria cumprindo seu plano de recuperação judicial, manteve-se a declaração de rescisão contratual pela impossibilidade atual de entrega do

16 abr. 2015. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=46368217&num_registro=201101503303&data=20150618&tipo=91&formato=PDF. Acesso em: 30 abr. 2019.

48BRASIL, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (11. Câmara Cível). Apelação Cível Nº 70074492570. APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO PRIVADO NÃO ESPECIFICADO. EXCEÇÃO DE INSEGURIDADE. RESCISÃO CONTRATUAL. Hipótese em que justificado o receio dos autores de que a ré não viesse a adimplir os contratos com eles havidos à época do ajuizamento da ação, apesar de demonstração por parte desta durante a instrução processual de que estaria cumprindo seu plano de recuperação judicial. Mantida a declaração de rescisão contratual pela impossibilidade atual de entrega do produto contratado. Sucumbência redimensionada em razão da contribuição dos autores para que não fosse possível o cumprimento do contrato. APELO PARCIALMENTE PROVIDO. UNÂNIME. Recorrente: Elidui Desordi. Recorrido: Aurelio Goettems. Relator: Antônio Maria Rodrigues de Freitas Iserhard. 29 de novembro de 2017. Disponível em: https://www.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%EAa&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&intervalo_movimentacao=0&N1_var2=1&id_comarca1=700&num_processo_mask=70074492570&num_processo=70074492570&numCNJ=N&id_comarca2=700&uf_oab=RS&num_oab=&foro=0&N1_var2_1=1&intervalo_movimentacao_1=15&ordem_consulta=1&N1_var=&id_comarca3=todas&nome_parte=&N1_var2_2=1&intervalo_movimentacao_2=0. Acesso em: 15 ago. 2019.



produto contratado – visto que a contraparte se absteve de garantir a obrigação.

Havendo, então, fortes indícios de falência ou recuperação judicial de uma das partes, supervenientes à celebração do contrato, sustenta-se, na doutrina⁴⁹, que, à luz do ordenamento jurídico vigente e da previsão do Art. 477 do Código civil, ser legítima a oposição da exceção de insegurança, sem prejuízo, também, que tais circunstâncias, posteriormente, operem como condições resolutivas do contrato⁵⁰. Dessa forma, se a pessoa estiver enfrentando crise financeira, descumprindo as obrigações do contrato, exemplificativamente, é válida a cessão de contrato de prestação de serviços⁵¹.

Em caso semelhante, o Tribunal de Justiça de São Paulo se posicionou no sentido de que o regime de recuperação judicial

⁴⁹WILLCOX, Victor. A cláusula resolutiva expressa *ipso facto* e a crise da empresa: parâmetros para exame da legitimidade da resolução do contrato em caso de insolvência do contratante. *Revista Brasileira de Direito Civil*. Belo Horizonte, v. 13, jul./set., 2017. p. 206.

⁵⁰CARVALHO DE MENDONÇA, Manuel Inácio. *Curso de direito comercial: direito de empresa*. v. 3. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 233.

⁵¹BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (19. Câmara Cível). Apelação Cível Nº 70050511666. RESPONSABILIDADE CIVIL. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇO. ROMPIMENTO. DANOS MATERIAL E DANO MORAL. EXCEÇÃO DE INSEGURIDADE. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. A pessoa jurídica pode receber o benefício da assistência judiciária gratuita. No caso, os elementos autorizam a concessão. O não cumprimento das obrigações assumidas faculto o rompimento do contrato. Na hipótese, além das obrigações não cumpridas, houve alteração da situação de uma das partes (exceção de insegurança, CC, art. 477). Honorários advocatícios reduzidos (CPC, art. 20, § 4º). Apelação provida em parte. Recorrente: Indústria e Comércio de Calçados Malu Ltda. Recorrida: Indústria de Calçados Morgana Ltda. Relator: Marcelo Cezar Muller, 13 de dezembro de 2012. Disponível em: https://www.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%EA&versao=&versao_fone-tica=1&tipo=1&id_comarca=700&intervalo_movimentacao=0&N1_var2=1&id_comarca1=700&num_processo_mask=70050511666&num_processo=70050511666&numCNJ=N&id_comarca2=700&uf_oab=RS&num_oab=&foro=0&N1_var2_1=1&intervalo_movimentacao_1=15&ordem_consulta=1&N1_var=&id_comarca3=to-das&nome_parte=&N1_var2_2=1&intervalo_movimentacao_2=0. Acesso em: 09 set. 2019.



a que sujeita uma das partes é circunstância passível de dúvida para o futuro cumprimento de obrigações contratuais⁵²:

Em síntese, havendo incerteza quanto à diminuição patrimonial do devedor – o que não significa, necessariamente, insolvência –, o ordenamento jurídico garante ao credor a exceção de insegurança como mecanismo de defesa, justamente para que se proteja de prejuízo desproporcional decorrente de possível descumprimento da outra parte contratante⁵³. Busca-se proteger, portanto, uma das partes contra possível risco de dano irreparável ou de difícil reparação, conforme entendeu o Tribunal de Justiça de São Paulo⁵⁴:

⁵²AGRAVO DE INSTRUMENTO. TUTELA DE URGÊNCIA. Aplicação da exceção de insegurança, prevista no art. 477, do CC. Hipótese dos autos na qual a Ré não contradiz ou refuta em âmbito probatório as alegações de sistemático descumprimento de suas obrigações no mercado, com outros consumidores, nem mesmo refuta a patente diminuição de sua capacidade empresarial, oriunda da própria recuperação judicial que requereu. Medida acautelatória deferida que oportuniza o cumprimento das obrigações de ambas as partes com segurança para todos os contratantes. RECURSO DA RÉ NÃO PROVIDO.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo (28. Câmara de Direito Privado). Agravo de Instrumento 2080543-29.2018.8.26.0000. AGRAVO DE INSTRUMENTO. TUTELA DE URGÊNCIA. [...] Recorrente: Collezzi Indústria e Comércio de Móveis Ltda (em recuperação judicial). Recorrida: Eduardo Aranha Alves Ferreira. Relator (a): Berenice Marcondes Cesar, 09 de outubro de 2018. Disponível em: https://esaj.tjsp.jus.br/cposg/search.do?conversationId=&paginaConsulta=1&local-Pesquisa.cdLocal=-1&cbPesquisa=NUMPROC&tipoNuProcesso=UNIFICADO&numeroDigitoAnoUnificado=2080543-29.2018&foroNumeroUnificado=0000&dePesquisaNuUnificado=2080543-29.2018.8.26.0000&dePesquisa=&uuidCaptcha=sajcaptcha_2a11bfdd651e444a88c49f7813b16769. Acesso em: 14 set. 2019.

⁵³AGUIAR JR., Ruy Rosado de. *Comentário ao Novo Código Civil*: dos contratos em geral. t. 2. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2011, v. 6, p. 831.

⁵⁴ARRENDAMENTO RURAL – Ação de rescisão contratual c.c. despejo e cobrança – Tutela de urgência parcialmente concedida, para o fim de determinar que a ré arque previamente com as suas obrigações monetárias para que possa retirar e comercializar a cana-de-açúcar – Exceção de insegurança – Aplicabilidade – Exegese do art. 477 do Código Civil – Risco de dano irreparável ou de difícil reparação – Existência, ainda, de prova inequívoca acerca da probabilidade do direito alegado – Presença dos requisitos dispostos no art. 300 do CPC – Decisão mantida – Recurso não provido. BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo (31. Câmara de Direito Privado). Agravo de Instrumento 2186544-04.2019.8.26.0000. ARRENDAMENTO RURAL Ação de

Ainda, entende-se que a alteração do cronograma contratual também pode ser considerada como uma sinalização de redução patrimonial para fins de aplicação da exceção. Nesse sentido, foi cristalizado o Enunciado 438, da V Jornada de Direito Civil⁵⁵: “a exceção de insegurança, prevista no art. 477, também pode ser oposta à parte cuja conduta põe, manifestamente em risco, a execução do programa contratual”.

Destaque-se, no ponto, que a alteração do cronograma obrigacional por parte do credor que se faz da exceção de insegurança não implica em desequilíbrio contratual. O que há, na verdade, é um justificado e, por conseguinte, legítimo poder de controle por ele exercido quanto à atividade desempenhada pela outra, a considerar o seu envolvimento direto com a clientela, a imagem e a marca daquela, com repercussão no próprio êxito de seu negócio. Havendo, contudo, existência de dependência econômica, ocorrente em ajustes dessa natureza, própria das inter-relações empresariais, não se pode presumir o prejuízo do credor, sob pena de gerar desequilíbrio contratual⁵⁶.

rescisão contratual c.c. despejo e cobrança [...]. Relator (a): José Augusto Genofre Martins, 01 de outubro de 2019. Disponível em: https://esaj.tjsp.jus.br/cposg/search.do?conversationId=&paginaConsulta=1&localPesquisa.cdLocal=-1&cbPesquisa=NUMPROC&tipoNuProcesso=UNIFICADO&numeroDigitoAnoUnificado=2186544-04.2019&foroNumeroUnificado=0000&dePesquisaNuUnificado=2186544-04.2019.8.26.0000&dePesquisa=&uuidCaptcha=sajcaptcha_2a11bfdd651e444a88c49f7813b16769#?cdDocumento=26. Acesso em 20 out. 2019.

⁵⁵V Jornada de Direito Civil. Organização Ministro Ruy Rosado de Aguiar Jr. Brasília: CJP, 2012.

⁵⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 1403272 – RS. Recursos especiais. Ação rescisória. Ação de indenização destinada a reparar os prejuízos decorrentes da extinção do contrato verbal de distribuição de bebidas (concessão comercial) estabelecido entre as partes durante quase duas décadas. Condenação, transitada em julgado, da fornecedora a restituir ao distribuidor, dentre outros, os valores discriminados nas notas fiscais de compra e venda, sob a rubrica 'frete'. Erro de fato e violação dos princípios gerais de direito que preconizam a boa-fé contratual e a vedação do enriquecimento sem causa. Verificação. Procedência da ação rescisória. Necessidade. 1. Negativa de prestação jurisdicional. Não ocorrência. 2. Erro de fato. Conceituação para efeito de rescindibilidade do julgado. 3. Contrato de concessão comercial. Pacto de colaboração. Ajuste



Reitera-se, por fim, que o requisito de redução patrimonial não é de fácil conceituação, muito menos objetivamente identificável na doutrina e na jurisprudência. Por esse motivo, aquele que suscita a exceção de insegurança deverá indicar claramente de onde extraiu a ideia de que a prestação não seria cumprida⁵⁷, fazendo prova da sua alegação.

2.2.3 DÚVIDA SOBRE A POSSIBILIDADE DA PRESTAÇÃO

No direito brasileiro, o artigo 477 faz menção ao comprometimento - ou dúvida - em relação à prestação com a qual o devedor se obrigou, para a possibilidade de ser empregada a exceção pelo credor.

Quanto a esse critério, cumpre inicialmente diferenciar as duas situações. Relativamente ao comprometimento, consiste na diminuição concreta, consequência de fatos certos com efeitos mensuráveis. Dúvida, por sua vez, é resultado de indícios cujos efeitos talvez não possam ser medidos, mas sugerem a

realizado entre profissionais, com autonomia jurídica e liberdade para contratar. 4. Desconsideração de fatos existentes (relacionados à natureza, às características, ao objeto e à finalidade do ajuste) e admissão de fatos inexistentes (prejuízo do distribuidor). Verificação. Procedência do pedido rescisório. Necessidade. 5. Recurso especial da fornecedora provido; insurgência recursal do distribuidor prejudicada. (...) 4. Res-sai evidenciado, assim, que o Tribunal de origem, ao reconhecer o dever do fornecedor de indenizar o distribuidor por valores que compuseram o preço pago pela mercadoria adquirida, a um só momento, desconsiderou fatos existentes, incontroversos e absolutamente relevantes ao deslinde da controvérsia, relacionados ao objeto, à dinâmica, à natureza e à própria finalidade do contrato de distribuição, bem como admitiu fato inexistente, consistente na presunção de prejuízo do distribuidor, propiciando-lhe, desse modo, verdadeiro enriquecimento sem causa. 5. Recurso especial da Fornecedor provido, para julgar procedente a ação rescisória e desconstituir, em parte, o julgado rescindendo; Recurso especial do Distribuidor prejudicado. Embargante: Mauro José Schuck. Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze, 10 de março de 2015.

⁵⁷PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Direito das obrigações*: consequências do inadimplemento, exceções de contrato não adimplido. Atualizado por Ruy Rosado de Aguiar Júnior; Nelson Nery Jr. Tomo XXVI. São Paulo; Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 228.

possibilidade de descumprimento da obrigação.

Na doutrina, Pontes de Miranda explicita essa questão, ao dispor que a noção de dúvida exigida no caso corresponde a uma situação específica, vinculada à diminuição patrimonial superveniente sofrida pela parte contrária, não sendo, portanto, equivalente às desconfiças normais presentes no estado de espírito normalmente dos contraentes⁵⁸:

No direito alemão, a questão também se apresenta: a partir da disciplina do § 321 do BGB, reconhece-se que o escopo da aplicação da exceção de insegurança inclui não apenas a piora nas circunstâncias financeiras, mas também quaisquer circunstâncias que possam levar a dúvida na prestação da obrigação⁵⁹.

Foi precisamente sob essa ótica que o Superior Tribunal de Justiça⁶⁰ entendeu ser cabível a exceção de insegurança, em

⁵⁸PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Direito das obrigações*: consequências do inadimplemento, exceções de contrato não adimplido. Atualizado por Ruy Rosado de Aguiar Júnior; Nelson Nery Jr. Tomo XXVI. São Paulo; Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 229.

⁵⁹ “Der Anwendungsbereich umfasst nicht nur die Verschlechterung der Vermögensverhältnisse, sondern auch jegliche Umstände, die dazu führen könnten, dass die Gegenleistung nicht erbracht bzw. verhindert werden könnte”. LOOSCHELDERS, Dirk. *Schuldrecht Allgemeiner Teil*. 14ª ed. Ed. Vahlen. 2016, § 15, Rn. 315.

⁶⁰Esse caso será abordado com maior detalhamento no decorrer do trabalho. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quarta Turma. Recurso Especial n. 1.279.188 - SP (2011/0150330-3). DIREITO CIVIL E EMPRESARIAL. CONTRATO DE FORNECIMENTO DE MATÉRIA-PRIMA. REDUÇÃO DO VOLUME. PROBLEMAS DE PRODUÇÃO. ILICITUDE. INEXISTÊNCIA. RISCO DO EMPREENDIMENTO. INADIMPLEMENTO PRETÉRITO DA CONTRATANTE. REDUÇÃO DO VOLUME DOS PRODUTOS, DOS PRAZOS DE PAGAMENTO E DO CRÉDITO. CABIMENTO. PROVIDÊNCIA CONSENTÂNEA COM A PRINCIPIOLOGIA DA EXCEÇÃO DE INSEGURANÇA. DANO HIPOTÉTICO. CONDENAÇÃO. DESCABIMENTO.

1. O cerne da controvérsia consiste em investigar a possível ilicitude praticada pela ora recorrente no tocante à limitação do fornecimento de matéria-prima à recorrida, limitação essa acompanhada de redução de seu crédito e diminuição dos prazos de pagamento, tudo isso após cerca de um ano do início da relação negocial, a qual, essencialmente, se manteve de forma verbal.

2. Ficou claro da moldura fática dos autos que as partes firmaram contrato em meados de 1996 e que em agosto de 1997 houve uma redução do volume de produtos fornecidos pela recorrente à recorrida, tudo isso em razão de problemas operacionais, sendo



caso no qual uma das partes reduziu significativamente o fornecimento de componentes químicos à outra, tendo em vista a descontinuidade dos pagamentos desta, o que representaria redução

que havia acordo verbal de fornecimento em volume superior. Com efeito, não se trata de relação contratual de longa duração, na qual os costumes comerciais têm aptidão de gerar a legítima expectativa em um contratante de que o outro se comportará de forma previsível.

3. Em boa verdade, em se tratando de problemas de produção, tem-se situação absolutamente previsível para ambos os contratantes, de modo que a redução no fornecimento de produtos, nessa situação, não revela nenhuma conduta ilícita por parte do fornecedor. A controvérsia comercial subjacente aos autos insere-se no risco do empreendimento, o qual não pode ser transferido de um contratante para o outro, notadamente em contratos ainda em fase de amadurecimento, como no caso.

4. Quanto à redução do fornecimento e do crédito posteriormente ao inadimplemento da recorrida, outra providência não se esperava da recorrente. Não se pode impor a um dos contratantes que mantenha as condições avençadas verbalmente quando, de fato, a relação de confiabilidade entre as partes se alterou. Era lícito, portanto, que a contratada reduzisse o volume de produto fornecido e modificasse as condições de crédito e de pagamento, diante do inadimplemento pretérito da contratante, precavendo-se de prejuízo maior.

5. Mutatis mutandis, tal providência é consentânea com a principiologia do que no direito privado ficou consagrado como exceção de insegurança, prevista hoje no art. 477 do Código Civil (correspondente ao art. 1.092 do CC/1916 e, em parte, ao que dispunha o art. 198 do Código Comercial). "A exceção de insegurança, prevista no art. 477, também pode ser oposta à parte cuja conduta põe, manifestamente em risco, a execução do programa contratual" (Enunciado n. 438 da V Jornada de Direito Civil CJC/STJ).

6. Assim, no caso de inadimplemento do contratante – circunstância que sugere, realmente, alteração de solvabilidade de uma das partes -, se era lícito ao outro reter sua prestação, era-lhe igualmente lícito reduzir o volume dos produtos vendidos, dos prazos de pagamento e do crédito, na esteira do adágio de que quem pode o mais pode o menos.

7. De resto, em ação de responsabilidade civil subjetiva, é incumbência do autor, ainda no processo de conhecimento, demonstrar a ocorrência do dano, a conduta ilícita da ré e o nexo de causalidade entre a ação/omissão e o resultado lesivo, relegando-se à fase de liquidação apenas o quantum debeatur. A despeito de o julgador poder valer-se de seu livre convencimento motivado, descabe condenar o réu à indenização por um dano hipotético, sem a comprovação da existência do prejuízo e do nexo de causalidade.

8. Recurso especial provido.

Recorrente: Basf SA. Recorrido: Bluequímica Industrial Ltda. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. 16 abr. 2015. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201101503303&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>. Acesso em: 01 ago. 2019.



patrimonial, mas sem qualquer intenção de agravar a situação econômica, de forma. Assim, porque haveria comprometimento da contraprestação a qual se obrigou a segunda, considerou o Superior Tribunal de Justiça aplicável a exceção.

Verifica-se, mais uma vez, que o risco de descumprimento não se confunde com inadimplemento antecipado, tendo em vista que esse último constitui genuína hipótese de incumprimento da obrigação⁶¹.

Para fins de aplicação da exceção de insegurança, basta o risco de descumprimento, que apenas torna duvidosa a realização da prestação. O inadimplemento antecipado abarca as situações de efetiva violação aos deveres obrigacionais⁶², tendo como efeito último a resolução do contrato.

Da mesma forma que ocorre com o requisito de redução patrimonial, a doutrina e a jurisprudência não se preocuparam em estabelecer parâmetros para identificação do que, de fato, constituiria dúvida sobre a possibilidade da prestação. De forma isolada, indica-se que o risco de descumprimento é a probabilidade superior a cinquenta por cento no descumprimento da obrigação seria suficiente para fins de cabimento da exceção⁶³.

Na doutrina, há quem sustente que, no caso de risco de descumprimento da prestação, o melhor instrumento seria o instituto da tutela inibitória, e não a defesa assecuratória. Nessa linha, Marinoni considera que se trata do verdadeiro provimento preventivo, que busca evitar a ocorrência do dano através de

⁶¹ “O risco de descumprimento se refere às hipóteses em que, apesar de não configurado o efetivo inadimplemento anterior ao termo, afigura-se alta a probabilidade de, no futuro, o devedor não adimplir sua obrigação no tempo, modo e lugar ajustados, a autorizar o credor a agir de imediato no sentido de proteger seu crédito”. TERRA, Aline. *Inadimplemento anterior ao termo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. pp. 184 e 190.

⁶² LABORIAU, Miguel Drummond de Paula. *Do inadimplemento antecipado*. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2009. p. 71.

⁶³ TERRA, Aline. *Inadimplemento anterior ao termo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. pp. 184 e 190.



mecanismos que inibam o devedor de cometer o ilícito contratual⁶⁴.

O mesmo autor acrescenta que tal normativa, antes prevista no art. 461 do Código de Processo Civil de 1973⁶⁵, seria meio apto, mediante mecanismos de coerção indireta, a compelir o devedor a cumprir seus deveres, afastando-se o risco de descumprimento. Com isso, seria lícito concluir que “não há racionalidade em não admitir a tutela jurisdicional anterior ao inadimplemento, entendendo que o contratante apenas pode agir depois da violação da obrigação”⁶⁶. Não é, contudo, o que se sustenta nesse trabalho, na medida em que aqui se pretende valorizar a figura prevista no âmbito do direito material.

Assim, para que seja cabível a exceção, imperativa a comprovação dos requisitos detalhados, quais sejam: contrato sinalagmático; redução patrimonial e dúvida sobre a possibilidade da prestação. De outro lado, nos termos que se passará a expor, a depender da conduta daquele contra quem a exceção é oposta, o instrumento surtirá efeitos distintos.

3 EFEITOS DA EXCEÇÃO

O principal efeito da exceção de insegurança é, *prima facie*, o retardamento da prestação por parte do pré-obrigado⁶⁷, privando sua exigibilidade⁶⁸. Ao outro ente da relação contratual

⁶⁴MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória (individual e coletiva)*. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 36.

⁶⁵Atualmente, a tutela inibitória está prevista no artigo 497 do Código de Processo Civil de 2015:

Art. 497. Na ação que tenha por objeto a prestação de fazer ou de não fazer, o juiz, se procedente o pedido, concederá a tutela específica ou determinará providências que assegurem a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente.

⁶⁶MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória (individual e coletiva)*. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 36.

⁶⁷CAVALCANTE, Fábio Murta Rocha. *A falência e a recuperação judicial como causas de extinção de contrato empresarial em cláusula resolutiva*. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 983, set. 2017.

⁶⁸NANNI, Giovane Ettore. *Comentários ao código civil – direito privado*



é que cabe escolher entre prestar antecipadamente ou dar caução, sob pena de suspensão da outra obrigação.

O que se buscará demonstrar, por meio da análise dos efeitos decorrentes da exceção de insegurança, é que a cooperação, como decorrência da boa-fé objetiva⁶⁹, só é eficiente quando as partes, conjuntamente, investem no cumprimento das obrigações em nível eficiente, havendo confiança mútua⁷⁰ – seja pela prestação de garantia, seja pela sustação do pagamento. Essa é a finalidade da exceção de insegurança.

Assim, são efeitos da exceção de insegurança (3.1.) a suspensão, ou recusa do pagamento pela contraparte; (3.2.) exigibilidade/ prestação de garantia; (3.3.) resolução do contrato.

3.1 SUSPENSÃO/ RECUSA DA CONTRAPARTE À SUA PRESTAÇÃO

Contempla a segunda parte do artigo 477 do Código Civil que “*pode a outra [parte] recusar-se à prestação que lhe incumbe*”, em havendo preenchimento dos requisitos explorados anteriormente. Opera-se, assim, o principal efeito da exceção de insegurança, caso a parte não apresente caução, ou cumpra a prestação que lhe incumbe.

Cumpra ressaltar que a suspensão da prestação, ou mesmo a prestação de garantia em determinados casos, no âmbito dos contratos bilaterais, é medida extremamente rigorosa para a outra parte, motivo pelo qual a oposição da exceção de insegurança requer a inequívoca configuração do risco de

contemporâneo. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

⁶⁹ Nesse contexto, Paula Forgioni sustenta que “o comportamento honesto não implica gasto, mas sim economia, tanto para o agente, que atuará conforme as regras, quando para o mercado como um todo, que tenderá a diminuir a incidência de custos de transação pelo aumento do grau de certeza e de previsibilidade”. FORGIONI, Paula A. A interpretação dos negócios empresariais no novo código civil brasileiro. *Revista de Direito Mercantil da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo.

⁷⁰ COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Direito & economia*. 5.ed. Porto Alegre: Bookman, 2010. p. 247.



inadimplemento, conforme exposto quando da análise do referido requisito⁷¹.

Em razão da seriedade da medida refletida pela exceção de insegurança, o referido autor, tendo em vista a função social do contrato e o princípio da boa-fé objetiva, refere ser necessária a configuração de um elemento adicional para o reconhecimento da suspensão; isto é, a “ponderação dos interesses envolvidos na relação obrigacional e das consequências do reconhecimento (ou não) do risco de descumprimento para as partes e para terceiros⁷²”.

Esse foi o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, ao julgar, em 2011, o já indicado Recurso Especial nº 1.279.288-SP⁷³. O ponto controvertido foi a descontinuidade dos padrões de fornecimento estabelecidos por pacto verbal entre as partes, sendo que, "tendo em vista problemas na sua produção", a recorrente diminuiu o volume de produto vendido à recorrida, o que teria sido a causa das dificuldades no fluxo de caixa desta.

Com isso, a autora tornou-se inadimplente de valores posteriormente confessados (R\$ 2.239.942,82, em 1997), razão por que, igualmente, as condições de crédito e de pagamento foram alteradas pela recorrente. Não obstante, o fornecimento de componentes químicos à distribuidora representava 70% do

⁷¹ No ponto, exemplifica a doutrina: “(...) Sendo assim, é possível que a suspensão acabe por inviabilizar o adimplemento pela contraparte. É o que aconteceria, por exemplo, se todos os adquirentes de unidades autônomas de empreendimento em construção resolvessem suspender o pagamento de suas prestações, em razão de um risco não comprovado de descumprimento”. CUNHA, Raphael Augusto. *O inadimplemento na nova teoria contratual: o inadimplemento antecipado do contrato*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito do Largo São Francisco, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2015. p. 250.

⁷² Ibidem. p. 250.

⁷³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quarta Turma. Recurso Especial n. 1.279.188 - SP (2011/0150330-3). Recorrente: Basf SA. Recorrido: Bluequímica Industrial Ltda. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília, 16 abr. 2015. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=46368217&num_registro=201101503303&data=20150618&tipo=91&formato=PDF. Acesso em: 30 abr. 2019.



Então, quanto à redução do fornecimento e do crédito posteriormente ao inadimplemento da autora com relação ao pagamento dos componentes químicos, a providência apresentada pelo STJ era de que não se esperava comportamento diverso da ré. Isso porque não se pode impor a um dos contratantes que mantenha as condições avençadas verbalmente quando, de fato, a relação de confiabilidade entre as partes se alterou, segundo voto do Ministro Luis Felipe Salomão. Lícito, portanto, que a contratada reduzisse o volume de produto fornecido e modificasse as condições de crédito e de pagamento⁷⁴, diante do

Ainda, pode-se inferir que o não conhecimento e a ausência de plena certeza sobre o real cumprimento dos contratos enseja o risco nas atividades econômicas, autorizando a suspensão do pagamento ou a prestação de garantia pela contraparte, ante a legítima dúvida quanto ao futuro inadimplemento. PIMENTA, Eduardo Goulart; LANA, Henrique Avelino R. P. *Análise Econômica do Direito e sua relação com o Direito Civil brasileiro. Revista da Faculdade de Direito UFMG*, Belo Horizonte, n. 57, p. 85-138, jul./dez. 2010.



inadimplemento pretérito da contratante, precavendo-se de prejuízo maior, conforme voto do Ministro.

Além disso, não havendo ilicitude na conduta da Basf, a suspensão não enseja indenização por danos hipotéticos⁷⁵. Pontue-se que, no direito alemão⁷⁶, a indenização, nesse caso, seria apenas justificada no caso de o comportamento da parte ficar aquém daquele esperado, em decorrência de culpa *latu sensu* (dolo ou negligência) do autor, sendo tal circunstância vinculada à responsabilidade extracontratual (*Deliktsrecht*). Nesse contexto, no entanto, a responsabilidade pelo risco (*Gefährdungshaftung*) geralmente também é descrita como um caso de responsabilidade sem culpa⁷⁷.

Por conseguinte, no caso de inadimplemento do contratante – circunstância que sugere, realmente, a alteração de

⁷⁵ Na esteira do que pontifica Humberto Theodoro Júnior: [...] a condenação, se pode ser genérica, não pode, entretanto, ser hipotética. Ao juiz é dado condenar sem conhecer exatamente o montante do débito a ser satisfeito; não lhe cabe, porém, condenar sem saber se existe o débito. A liquidação, na verdade, pressupõe certeza da obrigação já definida no julgamento anterior. JÚNIOR, Humberto Theodoro. *Curso de direito processual civil*. Vol. II, Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 102

⁷⁶ SCHAPP, Jan. *Introdução ao direito civil*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2006. p. 152.

⁷⁷ “Ou seja, todas as provas dos autos confirmam a versão da autora, nos seguintes pontos: a requerida domina a maior parcela do mercado em relação ao produto negociado com a autora; existe contrato, desde 1996, não escrito, de fornecimento regular (em torno de 90 toneladas mensais) do produto para a autora; o contrato se consolidou com adimplência de ambas as empresas até o segundo semestre de 1997; a requerida diminuiu consideravelmente a quantidade fornecida, de forma abrupta, unilateral e imotivada, tendo em vista problemas na sua produção; em decorrência deste fato, a autora enfrentou dificuldades no fluxo de caixa; as partes entabularam acordo para regularização do contrato, com renegociação da dívida; a requerida não regularizou o fornecimento; com o aumento dos problemas financeiros da autora, limitou a quantidade, o crédito e o prazo para pagamento, gerando inviabilidade para a continuidade do contrato”. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quarta Turma. Recurso Especial n. 1.279.188 - SP (2011/0150330-3). [...] Recorrente: Basf SA. Recorrido: Bluequímica Industrial Ltda. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília, 16 abr. 2015. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=46368217&num_registro=201101503303&data=20150618&tipo=91&formato=PDF. Acesso em: 30 abr. 2019.



solvabilidade de uma das partes -, se era lícito ao outro reter sua prestação, era igualmente lícito reduzir o volume dos produtos vendidos, na esteira do adágio de quem pode o mais pode o menos. Se confere apenas o retardamento da própria prestação contratual, mediante a suspensão do pagamento.

Sucessivamente, tem-se que o efeito último da suspensão é a possibilidade de renúncia ao direito de oposição da exceção de insegurança. Isso porque somente dela se pode cogitar depois que nasceu a exceção de segurança; portanto, depois de ter ocorrido a situação de risco de inadimplemento⁷⁸.

3.2 EXIGIBILIDADE DE GARANTIAS

Conforme referido anteriormente, para fins de promover certeza quanto ao futuro adimplemento da obrigação sucessiva pactuada no contrato, pode o credor exigir do devedor a prestação de garantia. Nem o Código Civil, nem a jurisprudência, preocuparam-se, porém com a exploração das espécies de caução cabíveis no caso da exceção de insegurança.

Desde já, ressalte-se que, de toda forma, a caução a ser prestada, para que surta os efeitos esperados, deve ser idônea, isto é, suficiente para demonstrar a “solvabilidade do contratante desafortunado, refletindo a expressão econômica efetiva da prestação que lhe for própria”⁷⁹. Com isso, passar-se-á à análise do referido efeito.

A exceção de insegurança, como espécie de garantia contra o risco do descumprimento é materializada na situação do artigo 495 do Código Civil⁸⁰. Em virtude da debilidade

⁷⁸PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Direito das obrigações: consequências do inadimplemento, exceções de contrato não adimplido*. Atualizado por Ruy Rosado de Aguiar Júnior; Nelson Nery Jr. Tomo XXVI. São Paulo; Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 232.

⁷⁹GAGLIARDI, Rafael Villar. *Exceção de contrato não cumprido*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 131.

⁸⁰Art. 495. Não obstante o prazo ajustado para o pagamento, se antes da tradição o comprador cair em insolvência, poderá o vendedor sobrestar na entrega da coisa, até



econômica de uma das partes, o referido dispositivo autoriza o vendedor a suspender a entrega de sua prestação – mesmo que, por força do contrato, tivesse de pagar em primeiro lugar – até que o comprador lhe forneça garantia de cumprimento⁸¹.

Por esse motivo, cabe, *in casu*, a utilização do método de interpretação sistemática do Código Civil e do Código de Processo Civil, de forma a especificar as modalidades de garantias aplicáveis no caso da exceção de insegurança. Ou seja, examinar-se-á as modalidades de garantia sob a ótica de sua localização junto ao direito que tutela⁸².

Assim, partindo dessa análise, percebe-se que é admitido, para fins do Art. 477, a prestação de garantia real, ou fidejussória⁸³, por força das disposições dos artigos 333⁸⁴ e 805⁸⁵ do Código Civil. Ressalte-se que, no ponto, o Código de Processo Civil de 2015 não fez referência expressa às modalidades de garantias cabíveis, contrariando o Código de 1973, que trazia tal disposição nos artigos 826⁸⁶ e 827⁸⁷, hoje revogados.

Tem-se, então, para a exceção de insegurança, a

que o comprador lhe dê caução de pagar no tempo ajustado.

⁸¹FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: contratos*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

82-“A interpretação sistemática consiste, assim, no propósito de resolver eventuais conflitos de normas jurídicas, examinando-a sob a ótica de sua localização junto ao Direito que tutela”. FRIEDE, Reis. Interpretação da norma jurídica. Revista Tributária e de Finanças Públicas, São Paulo, v. 15. abr. jun.1996.

⁸³NANNI, Giovane Ettorre. *Comentários ao código civil – direito privado contemporâneo*. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

⁸⁴Art. 333. Ao credor assistirá o direito de cobrar a dívida antes de vencido o prazo estipulado no contrato ou marcado neste Código: I - no caso de falência do devedor, ou de concurso de credores; II - se os bens, hipotecados ou empenhados, forem penhorados em execução por outro credor; III - se cessarem, ou se se tornarem insuficientes, as garantias do débito, fidejussórias, ou reais, e o devedor, intimado, se negar a reforcá-las.

⁸⁵Art. 805. Sendo o contrato a título oneroso, pode o credor, ao contratar, exigir que o devedor lhe preste garantia real, ou fidejussória.

⁸⁶ Art. 826. A caução pode ser real ou fidejussória.

⁸⁷ Art. 827. Quando a lei não determinar a espécie de caução, esta poderá ser prestada mediante depósito em dinheiro, papéis de crédito, títulos da União ou dos Estados, pedras e metais preciosos, hipoteca, penhor e fiança.

aplicação da regra geral de que o patrimônio da pessoa responde pelas suas obrigações – ainda que corram apenas risco de inadimplimento. Da mesma forma, pelos débitos, voluntariamente assumidos ou legalmente estabelecidos, respondem os bens do devedor, abrangendo todos os valores ativos. Trata-se da garantia comum⁸⁸.

Nos termos delineados na legislação, a garantia pode ser pessoal/fidejussória, quando uma pessoa estranha à relação obrigatória principal se responsabiliza pela solução da dívida, caso o devedor deixe de cumprir a obrigação. Desta espécie é a fiança ou o aval.

Adicionalmente, cumpre destacar a figura de origem norte-americana denominada *performance bond*. Trata-se de uma modalidade do gênero *surety bonds*, que se distingue da apólice de seguros tradicional por sua natureza e finalidade⁸⁹, principalmente no que diz respeito à sua atuação permanente no sentido de evitar o sinistro. As seguradoras realizam uma cuidadosa qualificação e avaliação anterior à subscrição das apólices, de modo que “dispendem valores no processo de subscrição na expectativa de conseguirem evitar maiores gastos por sinistros ao final do dia⁹⁰”. Inclusive, elas podem, e muitas vezes o fazem, incorporar preceitos e disposições regimentais, estatutárias,

⁸⁸ “A execução sobre os bens do devedor constitui, pois, garantia para o credor. Diz-se que é a garantia geral ou garantia comum, que se efetiva mediante os meios técnicos (penhora, sequestro, arresto), pelos quais, em face da inexecução da obrigação, se vende um bem do devedor, e com o preço obtido encontra o *reus credendi* a satisfação que espontaneamente lhe faltara. Em caso de insolvência, rateia-se o produto da alienação na proporção dos créditos”. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*, volume 4: direitos reais. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 263.

⁸⁹ XAVIER, Vitor Boaventura. *O seguro garantia de execução do contrato – performance bond: uma análise de aspectos regulatórios e concorrenciais da sua exigência pela administração pública no Brasil*. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de Brasília. Brasília, 2017. p. 15.

⁹⁰ SCHUBERT, Lynn M. “Why obligees buy Bonds”. *The Law of Suretyship*, Edward G. Gallagher, editor. Tort and insurance practice. Estados Unidos da América: American Bar Association (ABA), 2000, p. 42.



regulamentares e legais”⁹¹.

O Manual de Leis de Crédito e Comércio [*Manual of Credit and Commercial Laws*], em sua 104ª edição, organizado pela Associação Norte Americana de Gestão de Crédito [*North American Association of Credit Management*]⁹², por sua vez, conceitua as *performance bonds* como uma garantia contratual “que contém a promessa de uma terceira parte, a companhia seguradora, de pagar um prêmio fixado se determinados atos não são executados”.

Com relação aos termos definidos na apólice, garante-se “à Administração [ou à Empresa] o cumprimento do objeto contratado, de modo que se a empresa executante não cumprir as obrigações avençadas, a seguradora estará encarregada de fazê-lo, inclusive contratando outras empresas”⁹³. No Brasil, tal modalidade de garantia está prevista no Art. 56, §3º⁹⁴, da Lei de Licitações, Lei 8.666/1993.

Assim, a *performance bond* pode ser utilizada tanto para resguardar interesses públicos quanto os privados, interessados na execução regular de contratos. Quando emitida em favor do

⁹¹VOLLBRECHT, Thomas J. LEWIS, Jacqueline. “Creation of the relationship”. *The Law of the Performance Bonds*, 2nd. Edition. Lawrence R. Moelmann, Matthew M. Horowitz; Kevin L. Lybeck Editor. Chicago, Illinois, Estados Unidos da América: American Bar Association (ABA), 2009, pp. 1-20.

⁹²NACM’s Manual of Credit and Commercial Laws. “*Construction Bonds on Public Projects*”. Construction Law Survival Manual, apêndix 44. Available in: http://www.fullertonlaw.com/docs/appendices/50_state_survey_of_payment_bond_rights.pdf, [ca. 2014], p. 609.

⁹³NUNES, Danilo Henrique; LEHFELD, Lucas Souza. “Performance bond” e “surety bond” como instrumentos de regulação e concreção de políticas públicas para desenvolvimento nacional após a operação lava-jato. *Revista do Direito UNISC*, Santa Cruz do Sul, v.1, n. 54, p. 120-143, jan./abr. 2018. p. 139.

⁹⁴Art. 56. A critério da autoridade competente, em cada caso, e desde que prevista no instrumento convocatório, poderá ser exigida prestação de garantia nas contratações de obras, serviços e compras.

§ 3º Para obras, serviços e fornecimentos de grande vulto envolvendo alta complexidade técnica e riscos financeiros consideráveis, demonstrados através de parecer tecnicamente aprovado pela autoridade competente, o limite de garantia previsto no parágrafo anterior poderá ser elevado para até dez por cento do valor do contrato.

Estado, resguarda o interesse público envolvido em todo contrato administrativo⁹⁵.

Na esfera privada, a *performance bond* constitui uma importante modalidade de garantia contratual, sendo aplicada de maneira recorrente nos contratos habitacionais, nas construções vultuosas, na compra e venda de *commodities*, entre outros⁹⁶, conforme regulamentação do Art. 5º⁹⁷ da Circular nº 477/2013 da SUSEP⁹⁸. Acrescente que as regras uniformes para apólices contratuais da Câmara de Comércio Internacional [*ICC Uniform Rules for Contract Bonds*]⁹⁹ também conceituam as *performance bonds* como “apólice para segurar a execução de qualquer contrato ou obrigação contratual”.

De outra sorte, a garantia pode ser real, mais eficaz do que as garantias pessoais, quando se vincula ao pagamento um determinado bem do devedor, o que se concretiza com a afetação de um ou vários bens ao pagamento do credor. Tem-se, então, o penhor, a hipoteca e a anticrese.

Tudo isso posto, observa-se que a prestação de garantia é uma forma de proteção aos interesses do credor que, por força da relação contratual sinalagmática, está adstrito ao cumprimento da prestação antes da parte contrária. É uma medida das

⁹⁵XAVIER, Vitor Boaventura. *O seguro garantia de execução do contrato – performance bond: uma análise de aspectos regulatórios e concorrenciais da sua exigência pela administração pública no Brasil*. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de Brasília. Brasília, 2017. p. 16.

⁹⁶NACM’s Manual of Credit and Commercial Laws. “Construction Bonds on Public Projects”. Construction Law Survival Manual, apêndix 44. Available in: http://www.fullertonlaw.com/docs/appendices/50_state_survey_of_payment_bond_rights.pdf, [ca. 2014], p. 610.

⁹⁷Art. 5º Define-se Seguro Garantia: Segurado – Setor Privado, o seguro que objetiva garantir o fiel cumprimento das obrigações assumidas pelo tomador perante o segurado no contrato principal firmado em âmbito distinto do mencionado no art. 4º.

⁹⁸A Susep é uma autarquia vinculada ao Ministério da Fazenda criada pelo Decreto-lei nº 73, de 21 de novembro de 1966. O órgão é responsável pelo controle e fiscalização dos mercados de seguro, previdência privada aberta, capitalização e resseguro.

⁹⁹Câmara de Comércio Internacional [*International Chamber of Commerce*]. *Regras Uniformes para Apólices Contratuais*. Artigo 2º - Definições. Disponível em: UNCTRAL: 2000, pp. 594-599.



mais justas¹⁰⁰.

Não poderá, contudo, a parte que reteve a prestação recusar a garantia, seja ela real, fidejussória ou *performance bond*, salvo se a garantia prestada for insuficiente ou inidônea¹⁰¹. Nesse caso, caberá ao juiz decidir.

Prestada a caução, extingue-se a exceção de insegurança, porque o figurante sai da situação de risco do adimplemento (da mesma forma que ocorreria em caso de enriquecimento posterior).

3.3 RESOLUÇÃO DO CONTRATO COMO EFEITO DERRADEIRO DECORRENTE DO EXERCÍCIO DA EXCEÇÃO DE INSEGURANÇA

Ao contrário do direito alemão, que prevê expressamente, no § 321, n. 2, sobre a possibilidade de o credor, diante do exercício da exceção de insegurança, após o decurso de certo prazo (*Ablauf der Frist*), resolver o contrato (*vom Vertrag zurücktreten*), o direito brasileiro não prevê esta possibilidade. Logo, a disciplina brasileira, do ponto de vista do direito positivo, contempla uma solução incompleta, pois não apresenta um remédio para a hipótese em que o devedor não atende à pretensão oposta pelo credor.

Aliás, no direito brasileiro, não somente não está contemplada a resolução do contrato, como também não se prevê que esse seja o objetivo na *exceptio*, dado que sua oposição não gera o vencimento antecipado da dívida¹⁰². Surge a pergunta, portanto, se a parte que entenda haver demasiado risco na manutenção da relação contratual, em razão da possibilidade de

¹⁰⁰GAGLIANO, Pablo Stolze. *Novo curso de direito civil*, volume 4: contratos. 1. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 247.

¹⁰¹MIRANDA, Custodio da Piedade Ubaldino. *Comentários ao código civil: dos contratos em geral* (Arts. 421 a 480). São Paulo: Saraiva, 2013. pp. 438-439.

¹⁰²NANNI, Giovane Ettore. *Comentários ao código civil – direito privado contemporâneo*. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.



inadimplemento da obrigação pela outra parte, poderia proceder dessa forma.

É certo que se pode sustentar que esse não foi o intuito do legislador. Na espécie, não se apresenta ainda o inadimplemento, de modo que, em linha com o próprio título do trabalho, pretendeu o legislador ofertar ao credor um mecanismo de garantia, a fim de salvaguardar os seus interesses, mas igualmente preservando o objetivo mais amplo, que é o da preservação do contrato.

Nesse caso, a resposta poderia ser positiva, desde que o credor adotasse, por prudência, o mecanismo instituído no indicado § 371, n. 2, do BGB: deverá o credor notificar o devedor expressamente nesse sentido, instituindo um prazo para que o devedor cumpra apresente as garantias ou cumpra, sob pena de resolução contratual.

Nesse contexto, em virtude de razoável probabilidade de inadimplemento, e tendo sido estabelecido um procedimento que contemple a possibilidade de ciência prévia pelo devedor do potencial interesse resolutório pelo credor, bem como salvasse ao devedor a faculdade de defesa, pode ser autorizada à parte a entrar com pedido de resolução.

Na hipótese de ser atendido este *modus operandi*, pode-se sustentar que se configura uma situação em que devedor da *prestação futura toma atitude contrária ao avençado*, demonstrando firmemente que não o cumprirá¹⁰³. Muito embora, portanto, não seja esse o objetivo da exceção, que, desde o princípio, visa a substituir a resolução por um remédio menos severo e mais compatível com a situação de incerteza que pende sobre o cumprimento da obrigação¹⁰⁴, a via da resolução poderia ser aceita.

A parte pode ingressar com pedido de resolução quando

¹⁰³LÔBO, Paulo. *Direito civil: contratos*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 194-195.

¹⁰⁴CUNHA, Raphael Augusto. *O inadimplemento na nova teoria contratual: o inadimplemento antecipado do contrato*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito do Largo São Francisco, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2015.



a devedora da prestação futura toma atitude claramente contrária ao avençado, demonstrando firmemente que não o cumprirá. Essa foi a conclusão do Superior Tribunal de Justiça, em caso de contrato de compra e venda de imóvel a prestações, cujo comprador teve conhecimento do processo de falência da empresa responsável pela construção do empreendimento, e que não o iniciou no prazo prometido, razão por que ajuizou ação de resolução do contrato com devolução das importâncias pagas e pagamento de perdas e danos¹⁰⁵. Em outras palavras, o Código Civil, no artigo 500¹⁰⁶, assiste ao comprador o direito de, não sendo possível a complementação da área pelo vendedor, nem o abatimento proporcional do preço, resolver o contrato.

Além disso, exemplificativamente, quanto às hipóteses de resolução, pode-se referir o processo de falência, que não resolve, *ipso facto*, os contratos bilaterais, cabendo ao administrador judicial a decisão sobre seu cumprimento ou resolução. Tal decisão será informada, majoritariamente, *por critérios econômico-financeiros*¹⁰⁷, de forma que, se a diferença entre o valor atribuído pela empresa ao contrato no momento da decisão e o preço do contrato (montante ajustado para a prestação) for positiva, o administrador deverá optar pela manutenção do contrato; caso a diferença seja negativa, o administrador deverá optar pela resolução. É um exemplo evidente da exceção de insegurança, em que o administrador fará, nos termos abordados, uma *decisão marginalista*¹⁰⁸.

¹⁰⁵LÔBO, Paulo. *Direito civil: contratos*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 195.

¹⁰⁶Art. 500. Se, na venda de um imóvel, se estipular o preço por medida de extensão, ou se determinar a respectiva área, e esta não corresponder, em qualquer dos casos, às dimensões dadas, o comprador terá o direito de exigir o complemento da área, e, não sendo isso possível, o de reclamar a resolução do contrato ou abatimento proporcional ao preço.

¹⁰⁷KIRSCHBAUM, Deborah. Cláusula resolutiva expressa por insolvência nos contratos empresariais: uma análise econômico-jurídica. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 3, n. 1, 2006.

¹⁰⁸SALAMA, Bruno Meyerhof. O que é “direito e economia”? Uma introdução à epistemologia da disciplina para o estudante, o profissional e o pesquisador em direito. *Revista da Faculdade de Direito da FGV*, São Paulo, n.3, nov. 2007.

Assim, percebe-se, conforme entendeu o Superior Tribunal de Justiça no caso referido acima, que o profissionalismo é elemento ínsito ao próprio conceito de empresário¹⁰⁹, de modo que o amadorismo, além de não poder ser presumido, não deve ser elemento justificante de eventuais deslizos no trato comercial. Se ocorrerem, o direito não obriga o outro contratante a suportá-los, cabendo a ele, credor, optar, ou pela defesa de insegurança, se preenchidos os requisitos, ou pela resolução, se considerar inviável a manutenção do vínculo contratual (caso em que, geralmente, não há dependência entre as partes).

CONCLUSÃO

Do que se expôs no presente trabalho, sobressai, inicialmente, a relevância dogmática e operacional da figura da exceção de insegurança.

Quanto ao primeiro aspecto, destacou-se que a exceção de insegurança constitui um instrumento defensivo para o credor, a partir de uma situação de risco contratual, razão pela qual se outorga a ele um mecanismo de garantia, a fim de se prevenir de um potencial inadimplemento.

Em segundo lugar, é certo que a *exceptio* tem grande relevância na vida contratual, seja civil ou empresarial, pois, em sua essência, procura preservar o fator econômico-causal inerente à mecânica e fundamento do contrato. Trata-se de fundamento explicitado na jurisprudência, ao aplicar a exceção de insegurança no direito nacional, destacando, portanto, a existência desse elemento jurídico-econômico na relação havida entre as partes.

¹⁰⁹"Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços", art. 966 do Código Civil. No ponto, na I Jornada de Direito Comercial do CJP/STJ, foi aprovado o Enunciado n. 28, com o seguinte teor: "Em razão do profissionalismo com que os empresários devem exercer sua atividade, os contratos empresariais não podem ser anulados pelo vício da lesão fundada na inexperienceia".



Nesse contexto, muito embora não seja o foco do presente trabalho, é oportuno pontuar a necessidade de que a exceção de insegurança seja analisada à luz da análise econômica dos contratos, a fim de bem sopesar a dinâmica contratual a partir dessa percepção.

Em face da referida importância para a aplicabilidade da figura, seria não somente desejável, como também indispensável, que o direito brasileiro estabelecesse um regime mais detalhado quanto aos efeitos da figura, a fim de disciplinar adequadamente, com a devida segurança jurídica, a possibilidade de extinção contratual, na hipótese de não atendimento da garantia solicitada pelo credor. Nesse sentido, a solução do direito alemão, modelo apontado no presente trabalho, cumpre um papel importante como paradigma normativo.

Pontua-se, igualmente, a necessidade desse instrumento contratual ser percebido no âmbito de uma concepção orgânica da relação obrigacional: trata-se sobremaneira de um mecanismo concebido pela teoria, e positivado na codificação, a fim de equilibrar o vínculo, resguardando o credor de um possível prejuízo. Essa premissa, porém, não afasta que sua aplicação se pautem em consonância ao princípio da boa-fé.

Com isso, o que se pode observar é que (i) a exceção de insegurança é uma figura asseguradora de cumprimento obrigacional, na medida em que propicia ao credor um mecanismo de garantia, para a hipótese de risco de inadimplemento. Há que se reconhecer, porém, que suas hipóteses de aplicação não são suficientemente preenchidas de conteúdo, visto que a legislação faz breve referência à redução patrimonial, não suprimindo a doutrina suficientemente tal lacuna, o que ressalta a relevância da interpretação conforme a boa-fé; (ii) a jurisprudência trata brevemente da sua aplicação, conforme demonstram os julgados sob análise, relacionando-se, principalmente, com contratos de fornecimento; (iii) o modelo previsto no direito alemão apresenta-se como mais refinado que a solução brasileira, na medida



em que contempla a possibilidade de resolução contratual, hipótese inexistente no ordenamento nacional.



REFERÊNCIAS

- ABRANTES, José João. *A Exceção de não cumprimento do contrato no direito civil português*. Coimbra: Livraria Almedina, 1986.
- ADDIS, Fabio. La Sospensione dell'esecuzione: dalla vendita com dilazione di pagamento ala Unsicherheitsreinrede, in *Ricerche sull'eccezione di insicurezza*. Milão. Giuffrè. 2006.
- AGUIAR JR., Ruy Rosado de. *Comentário ao Novo Código Civil: dos contratos em geral*. t. 2. v. 6. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2011.
- BRASIL, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (11. Câmara Cível). Apelação Cível Nº 70074492570. APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO PRIVADO NÃO ESPECIFICADO. EXCEÇÃO DE INSEGURIDADE. RESCISÃO CONTRATUAL. Hipótese em que justificado o receio dos autores de que a ré não viesse a adimplir os contratos com eles havidos à época do ajuizamento da ação, apesar de demonstração por parte desta durante a instrução processual de que estaria cumprindo seu plano de recuperação judicial. Mantida a declaração de rescisão contratual pela impossibilidade atual de entrega do produto contratado. Sucumbência redimensionada em razão da contribuição dos autores para que não fosse possível o cumprimento do contrato. APELO PARCIALMENTE PROVIDO. UNÂNIME. Recorrente: Elidiu Desordi. Recorrido: Aurelio Goettems. Relator: Antônio Maria



Rodrigues de Freitas Iserhard. 29 de novembro de 2017. Disponível em: https://www.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fone-tica=1&tipo=1&id_comarca=700&intervalo_movimentacao=0&N1_var2=1&id_comarca1=700&num_processo_mask=70074492570&num_processo=70074492570&numCNJ=N&id_comarca2=700&uf_oab=RS&num_oab=&foro=0&N1_var2_1=1&intervalo_movimentacao_1=15&ordem_consulta=1&N1_var=&id_comarca3=to-das&nome_parte=&N1_var2_2=1&intervalo_movimentacao_2=0. Acesso em: 15 ago. 2019.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo (28. Câmara de Direito Privado). Agravo de Instrumento 2080543-29.2018.8.26.0000. AGRADO DE INSTRUMENTO. TUTELA DE URGÊNCIA. [...] Recorrente: Collezzi Indústria e Comércio de Móveis Ltda (em recuperação judicial). Recorrida: Eduardo Aranha Alves Ferreira. Relator (a): Berenice Marcondes Cesar, 09 de outubro de 2018. Disponível em: https://esaj.tjsp.jus.br/cposg/search.do?conversationId=&paginaConsulta=1&localPesquisa.cdLocal=-1&cbPesquisa=NUMPROC&tipoNuProcesso=UNIFICADO&numeroDigitoAnoUnificado=2080543-29.2018&foroNumeroUnificado=0000&dePesquisaNuUnificado=2080543-29.2018.8.26.0000&dePesquisa=&uuidCaptcha=sajcaptcha_2a11bfdd651e444a88c49f7813b16769. Acesso em: 14 set. 2019.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm#superficietituloiv. Acesso



em: 01 jul. 2019.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 02 set. 2019.

BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18666cons.htm. Acesso em: 28 set. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma. Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 1403272 – RS. Recursos especiais. Ação rescisória. Ação de indenização destinada a reparar os prejuízos decorrentes da extinção do contrato verbal de distribuição de bebidas (concessão comercial) estabelecido entre as partes durante quase duas décadas. Condenação, transitada em julgado, da fornecedora a restituir ao distribuidor, dentre outros, os valores discriminados nas notas fiscais de compra e venda, sob a rubrica 'frete'. Erro de fato e violação dos princípios gerais de direito que preconizam a boa-fé contratual e a vedação do enriquecimento sem causa. Verificação. Procedência da ação rescisória. Necessidade. 1. Negativa de prestação jurisdicional. Não ocorrência. 2. Erro de fato. Conceituação para efeito de rescindibilidade do julgado. 3. Contrato de concessão comercial. Pacto de colaboração. Ajuste realizado entre profissionais, com autonomia jurídica e liberdade para contratar. 4. Desconsideração de fatos existentes (relacionados à natureza, às características, ao objeto e à finalidade do ajuste) e admissão de fatos inexistentes (prejuízo



do distribuidor). Verificação. Procedência do pedido rescisório. Necessidade. 5. Recurso especial da fornecedora provido; insurgência recursal do distribuidor prejudicada. (...) 4. Ressai evidenciado, assim, que o Tribunal de origem, ao reconhecer o dever do fornecedor de indenizar o distribuidor por valores que compuseram o preço pago pela mercadoria adquirida, a um só momento, desconsiderou fatos existentes, incontroversos e absolutamente relevantes ao deslinde da controvérsia, relacionados ao objeto, à dinâmica, à natureza e à própria finalidade do contrato de distribuição, bem como admitiu fato inexistente, consistente na presunção de prejuízo do distribuidor, propiciando-lhe, desse modo, verdadeiro enriquecimento sem causa. 5. Recurso especial da Fornecedor provido, para julgar procedente a ação rescisória e desconstituir, em parte, o julgado rescindendo; Recurso especial do Distribuidor prejudicado. Embargante: Mauro José Schuck. Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze, 10 de março de 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quarta Turma. Recurso Especial n. 1.279.188 - SP (2011/0150330-3). DIREITO CIVIL E EMPRESARIAL. CONTRATO DE FORNECIMENTO DE MATÉRIA-PRIMA. REDUÇÃO DO VOLUME. PROBLEMAS DE PRODUÇÃO. ILICITUDE. INEXISTÊNCIA. RISCO DO EMPREENDIMENTO. INADIMPLEMENTO PRETÉRITO DA CONTRATANTE. REDUÇÃO DO VOLUME DOS PRODUTOS, DOS PRAZOS DE PAGAMENTO E DO CRÉDITO. CABIMENTO. PROVIDÊNCIA CONSENTÂNEA COM A PRINCIPIOLOGIA DA EXCEÇÃO DE INSEGURIDADE. DANO HIPOTÉTICO. CONDENAÇÃO. DESCABIMENTO. [...] Recorrente: Basf SA. Recorrido: Bluequímica Industrial Ltda. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília, 16 abr.



BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (19. Câmara Cível). Apelação Cível Nº 70050511666. RESPONSABILIDADE CIVIL. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇO. ROMPIMENTO. DANOS MATERIAL E DANO MORAL. EXCEÇÃO DE INSEGURIDADE. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. A pessoa jurídica pode receber o benefício da assistência judiciária gratuita. No caso, os elementos autorizam a concessão. O não cumprimento das obrigações assumidas faculta o rompimento do contrato. Na hipótese, além das obrigações não cumpridas, houve alteração da situação de uma das partes (exceção de insegurança, CC, art. 477). Honorários advocatícios reduzidos (CPC, art. 20, § 4º). Apelação provida em parte. Recorrente: Indústria e



Comércio de Calçados Malu Ltda. Recorrida: Indústria de Calçados Morgana Ltda. Relator: Marcelo Cezar Muller, 13 de dezembro de 2012. Disponível em https://www.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fone-tica=1&tipo=1&id_comarca=700&intervalo_movimentacao=0&N1_var2=1&id_comarca1=700&num_processo_mask=70050511666&num_processo=70050511666&numCNJ=N&id_comarca2=700&uf_oab=RS&num_oab=&foro=0&N1_var2_1=1&intervalo_movimentacao_1=15&ordem_consulta=1&N1_var=&id_comarca3=to-das&nome_parte=&N1_var2_2=1&intervalo_movimentacao_2=0. Acesso em: 09 set. 2019.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (19. Câmara Cível). Apelação Cível Nº 70079934220. APELAÇÃO CÍVEL. PROMESSA DE COMPRA E VENDA. INOVAÇÃO RECURSAL. NULIDADE DA SENTENÇA INOCORRENTE. NULIDADE DO CONTRATO. INEXISTÊNCIA DE PROVA DA INCAPACIDADE CIVIL ABSOLUTA. RESOLUÇÃO DO CONTRATO. INOCORRÊNCIA DE INADIMPLEMENTO PELOS PROMITENTES VENDEDORES. EXCEÇÃO DE INSEGURIDADE NÃO CONFIGURADA. [...] 5. Ausência de prova da diminuição patrimonial dos promitentes vendedores capaz de comprometer o cumprimento do contrato. RECURSO DE APELAÇÃO CONHECIDO EM PARTE E DESPROVIDO. Recorrente: Alfredo Fernando Kettenhuber. Recorrido: Vicente Gilberto de Oliveira. Relatora: Mylene Maria Michel, 21 de fevereiro de 2019. Disponível em:



https://www.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%EA&versao=&versao_fone-tica=1&tipo=1&id_comarca=700&intervalo_movimentacao=0&N1_var2=1&id_comarca1=700&num_processo_mask=70079934220&num_processo=70079934220&numCNJ=N&id_comarca2=700&uf_oab=RS&num_oab=&foro=0&N1_var2_1=1&intervalo_movimentacao_1=15&ordem_consulta=1&N1_var=&id_comarca3=todas&nome_parte=&N1_var2_2=1&intervalo_movimentacao_2=0. Acesso em: 12 set. 2019.

CALAMANDREI, Piero. *Direito processual civil*. Campinas, Bookseller, 2003.

Câmara de Comércio Internacional [International Chamber of Commerce]. *Regras Uniformes para Apólices Contratuais*. Artigo 2º - Definições. Disponível em: UNCITRAL: 2000, pp. 594-599.

CARDOSO, Luiz Philipe Tavares de Azevedo. *O inadimplemento antecipado do contrato no direito civil brasileiro*. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito do Largo São Francisco, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2014.

CARVALHO DE MENDONÇA, Manuel Inácio. *Curso de direito comercial: direito de empresa*. v. 3. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

CAVALCANTE, Fábio Murta Rocha. A falência e a recuperação judicial como causas de extinção de contrato empresarial em cláusula resolutiva. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 983, set. 2017.

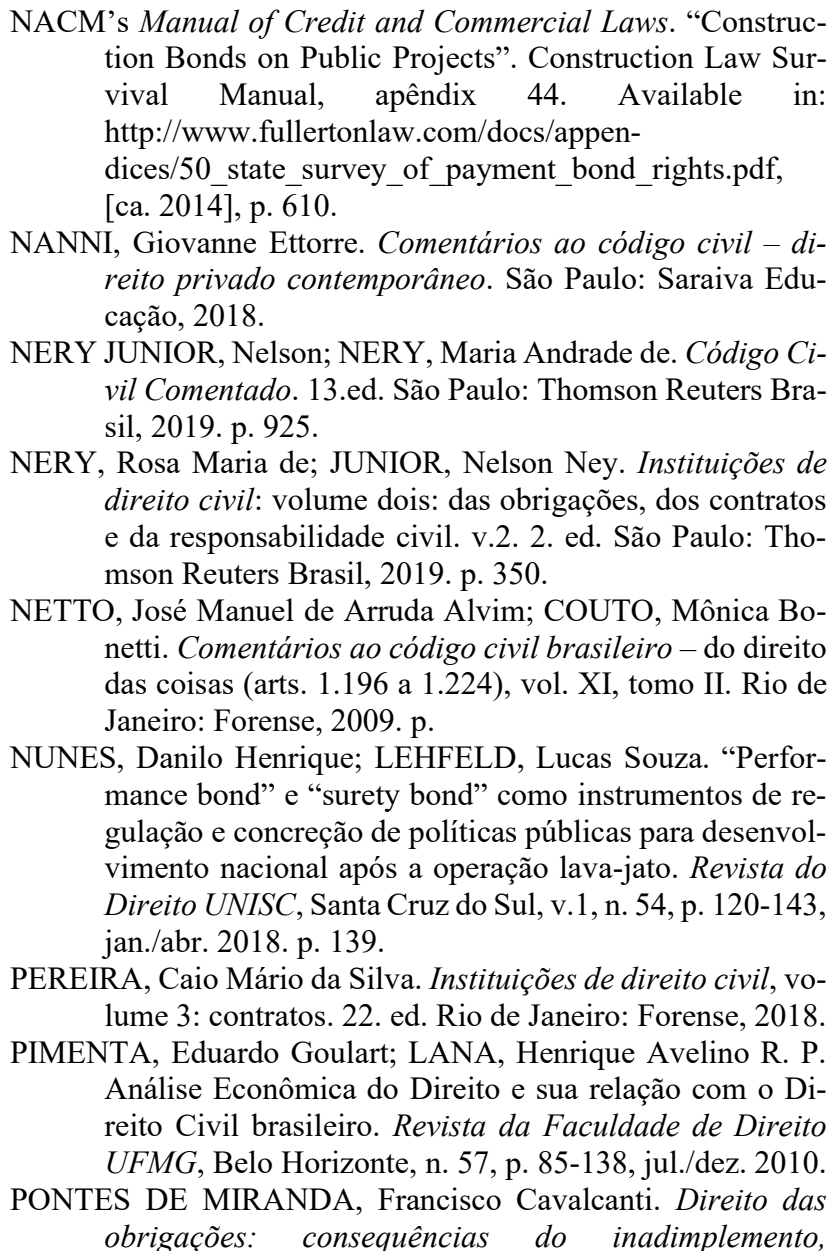
CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil: as relações processuais; a relação processual ordinária de cognição*. v.1. 3. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1969.



- COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Direito & economia*. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010.
- CUNHA, Raphael Augusto. *O inadimplemento na nova teoria contratual: o inadimplemento antecipado do contrato*. 2015. 295 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015.
- ENCINAS, Emilio Eiranova. *Código civil alemán comentado*. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, 1998.
- FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: contratos*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2015.
- FERRAZ, Olímpio. *Exceção de contrato não cumprido*. Belo Horizonte: Editora Itatiaia Limitada, 1957.
- FIKENTSCHER, Wolfgang; HEINEMANN, Andreas. *Schuldrecht*. 10ª ed., Berlim: De Gruyter, 2006.
- FORGIONI, Paula A. A interpretação dos negócios empresariais no novo código civil brasileiro. *Revista de Direito Mercantil da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo.
- FRIEDE, Reis. Interpretação da norma jurídica. *Revista Tributária e de Finanças Públicas*, São Paulo, v. 15. abr. jun. 1996.
- GAGLIANO, Pablo Stolze. *Novo curso de direito civil*, volume 4: contratos. 1. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.
- GAGLIARDI, Rafael Villar. *Exceção de contrato não cumprido*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- GOMES, Orlando. *Contratos*. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- HENRIQUES, Antônio; MEDEIROS, João Bosco. *Metodologia científica da pesquisa jurídica*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2017.
- HEERWART. Über die Exceptio non adimpleti contractus und non rite ad adimpleti contractus. *Archiv für civilistische*



- Inserido ao protocolo **17.711.187-2** por: **3º Sgt. Qpmg 1-0 Helio Jorge Parana Vieira** em: 04/06/2021 14:16. As assinaturas do Protocolo nº 750-833-2021 são: **1º Sarg. A Kateryn Priddy da Silva C** do e-mail **priddykateryn@pb.gov.br** e **2º Sarg. A Paulo Roberto de Almeida** realizado em: 04/06/2021 14:16. <https://www.e-protocons.org.br/07/2021/04/validarAssinatura> com o código: **6a30095610e9c0ef5cc877c0123ed21c**.



- exceções de contrato não adimplido*. Atualizado por Ruy Rosado de Aguiar Júnior; Nelson Nery Jr. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.
- RÖSLER, Hannes. Ernst Rabel e sua influência sobre um direito mundial dos contratos, in *Revista Meritum*, Belo Horizonte, vol. 3, 2008.
- RODOVALHO, Thiago. *Abuso de direito e direitos subjetivos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.
- SALAMA, Bruno Meyerhof. O que é “direito e economia”? Uma introdução à epistemologia da disciplina para o estudante, o profissional e o pesquisador em direito. *Revista da Faculdade de Direito da FGV*, São Paulo, n.3, nov. 2007.
- SCHAPP, Jan. *Introdução ao direito civil*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2006.
- SCHREIBER, Anderson. A tríplece transformação do adimplemento. Adimplemento substancial, inadimplemento antecipado e outras figuras. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 32, out./dez. 2007.
- SCHUBERT, Lynn M. “Why obligees buy Bonds”. The Law of Suretyship, Edward G. Gallagher, editor. *Tort and insurance practice*. Estados Unidos da América: American Bar Association (ABA), 2000.
- SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Exceções substanciais: exceção de contrato não cumprido (exceptio non adimplenti contractus)*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1959.
- SILVA, Luis Renato Ferreira da. *Reciprocidade e contrato: a teoria da causa e sua aplicação nos contratos e nas relações “paracontratuais”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.
- STÜRNER, Rolf. *Jauernig Bürgerliches Gesetzbuch Kommentar*. 15ª ed. Munique: C.H. Beck, 2014.
- TARTUCE, Flávio. *Direito civil, v.3: teoria geral dos contratos e contratos em espécie*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense,



2018.

- TEPEDINO, Gustavo [et. Al]. *Código civil interpretado conforme a Constituição da República*. v. 2. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.
- TERRA, Aline. *Inadimplemento anterior ao termo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. pp. 184 e 190.
- VOLLBRECHT, Thomas J. LEWIS, Jacqueline. “Creation of the relationship”. The Law of the Performance Bonds, 2nd. Edition. Lawrence R. Moelmann, Matthew M. Horowitz; Kevin L. Lybeck Editor. Chicago, Illinois, Estados Unidos da América: American Bar Association (ABA), 2009.
- WARNEYER, Otto. *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1932.
- WILLCOX, Victor. A cláusula resolutiva expressa ipso facto e a crise da empresa: parâmetros para exame da legitimidade da resolução do contrato em caso de insolvência do contratante. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, Belo Horizonte, v. 13, jul./set., 2017.
- XAVIER, Vitor Boaventura. *O seguro garantia de execução do contrato – performance bond: uma análise de aspectos regulatórios e concorrenciais da sua exigência pela administração pública no Brasil*. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de Brasília. Brasília, 2017.
- ZANETTI, Cristiano de Sousa. Exceção do contrato não cumprido. In: MORRIS, Amanda Zoe; BARROSO, Lucas Abreu. (org.). *Direito dos Contratos*. São Paulo: Revista dos Tribunais.

ARBITRABILIDADE OBJETIVA: BREVE ANÁLISE JURÍDICO-COMPARADA

Federico Nunes de Matos¹

Resumo: O presente ensaio tem por escopo analisar, a partir de metodologia jurídico-comparada, os principais critérios normativos empregados para a delimitação de quais espécies de conflitos, do ponto de vista material, podem ser submetidas à jurisdição arbitral e como esses critérios foram operacionalizados, ao longo do tempo, por algumas ordens jurídicas estrangeiras. O estudo almeja explorar as vantagens e as adversidades proporcionadas por cada um dos critérios normativos analisados para a delimitação da arbitrabilidade objetiva. Por fim, o artigo pretende apontar o critério da natureza patrimonial da pretensão como o mais adequado para a difusão da arbitragem enquanto meio alternativo de resolução de conflitos no direito brasileiro.

Palavras-Chave: meios alternativos de resolução de conflitos; arbitragem; arbitrabilidade objetiva.

1. INTRODUÇÃO



Este estudo propõe analisar, a partir de metodologia jurídico-comparada, os principais critérios empregados para identificar quais matérias podem ser submetidas à arbitragem e como tais critérios foram operacionalizados por algumas ordens jurídicas estrangeiras. Sem pretensão de esgotar o tema, o ensaio almeja apenas contribuir, por intermédio de breve análise jurídico-

¹ Mestre e Doutor em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG. Professor Adjunto do Departamento de Direito da Universidade Federal de Ouro Preto – UFOP.



comparada, para a melhor compreensão do tema da arbitrabilidade objetiva, que tanto inquieta a doutrina especializada, especialmente diante da tendência contemporânea de expansão arbitragem como meio de resolução de conflitos.

2. ARBITRABILIDADE OBJETIVA

A palavra *arbitrabilidade*, inicialmente considerada neologismo², foi incorporada ao vocabulário jurídico, sendo usualmente empregada para designar "a aptidão de um litígio para ser submetido a arbitragem".³ Conforme observa Raúl Ventura, o vocábulo *arbitrabilidade* é utilizado "para exprimir uma qualidade do litígio, que é simultaneamente um requisito de validade da convenção de arbitragem, da constituição do tribunal arbitral e da validade da sentença proferida por este: a licitude da sua solução por via arbitral".⁴

A doutrina especializada distingue a arbitrabilidade em "subjettiva" (*ratione personae*) e "objetiva" (*ratione materiae*). A primeira é empregada para designar a susceptibilidade de resolução de litígio pela via arbitral, tendo em vista a qualidade das partes envolvidas no conflito; a última, para indicar a aptidão de resolução do litígio por meio de árbitros, levando-se em consideração a natureza da demanda.

A arbitrabilidade objetiva diz respeito à susceptibilidade de determinada questão controvertida ser solucionada por meio de juízo arbitral. Em outras palavras, inquire-se, por meio da análise da arbitrabilidade objetiva, se a natureza do objeto do litígio é compatível com a resolução pela via arbitral.

Existem no direito comparado diversos critérios para determinar os litígios podem que ser submetidos a arbitragem. Segundo António Sampaio Caramelo, alguns ordenamentos

² VENTURA, 1986, p. 317.

³ CAMELO, 2006, p. 1234.

⁴ VENTURA, 1986, p. 317. Em sentido próximo, cf. BARROCAS, 2013b, p. 215-216.



jurídicos partem da premissa da livre arbitrabilidade dos litígios, prevendo, no entanto, hipóteses excepcionais em que os litígios somente poderão ser resolvidos por tribunais estatais.⁵ Todavia, o citado autor destaca que na maioria dos ordenamentos jurídicos, especialmente os europeus continentais e os latino-americanos, elege-se determinado critério de caráter geral (conceitual) para identificar quais matérias podem ser submetidas à resolução arbitral.⁶ Existem também países que realizam em sua legislação de arbitragem a conjugação de critérios⁷, como o Brasil e Portugal.

Antônio Sampaio Caramelo afirma que existem no direito comparado três critérios fundamentais: a) o da ligação do litígio com a ordem pública; b) o da disponibilidade do direito em causa; e c) o da natureza patrimonial da pretensão.⁸ Em algumas ordens jurídicas, tais critérios são adotados com algumas variações ou de forma conjugada, como é o caso do direito brasileiro, que conjuga o critério da disponibilidade do direito em causa com o critério da natureza patrimonial da pretensão (art. 1º, *caput*, da Lei n.º 9.307/1996).

3. CRITÉRIO DA ORDEM PÚBLICA

O primeiro critério, que relaciona a arbitrabilidade objetiva com a ligação do litígio com a ordem pública, prevaleceu durante quase um século e meio nas ordens jurídicas francesa e belga. Ele encontra seu fundamento normativo no art. 2.060 do

⁵ CAMELO, 2006, p. 1235. Explica Antônio Sampaio Caramelo (2006, p. 1235): "É o que acontece na Lei da Arbitragem e Conciliação da Índia, de 1996. É também o que ocorre no Direito Inglês e no Direito Federal dos E.U.A., embora nestes dois ordenamentos a enunciação das matérias relativamente às quais se veda a submissão à arbitragem não conste de leis escritas, sendo definidas pela *case law* construída pelas decisões dos tribunais e esclarecida pelos comentários da doutrina". Em sentido próximo, cf. LIMA, B. S., 2009, p. 49.

⁶ Idem, p. 1235.

⁷ Idem, p. 1235.

⁸ Idem, p. 1235.



Código Civil francês:

Não se pode comprometer sobre as questões de estado e a capacidade das pessoas, sobre aquelas relativas ao divórcio e à separação judicial ou controvérsias concernentes ao interesse das coletividades públicas e dos estabelecimentos públicos e mais genericamente quanto a todas as matérias que interessam à ordem pública.⁹

Com base na parte final do citado artigo, sustentou, inicialmente, a doutrina francesa "que nenhuma contestação respeitante à interpretação e à aplicação de normas de ordem pública poderia ser apreciada e decidida por árbitros".¹⁰ Tal concepção teórica restringia excessivamente o campo de aplicação da arbitragem no direito francês, já que bastava a alegação da incidência de norma de ordem pública por uma das partes para que o litígio fosse excluído da jurisdição arbitral.¹¹ Tal orientação, em última análise, ameaçava a própria existência do instituto da arbitragem no direito francês. Esse quadro levou a jurisprudência francesa a evoluir em relação à arbitrabilidade objetiva.

Segundo António Sampaio Caramelo, a evolução jurisprudencial ocorreu em duas etapas:

Numa primeira fase (A), a jurisprudência passou a considerar que a ordem pública não suprime sempre a possibilidade de se recorrer à arbitragem, a menos que essa ordem pública tenha sido violada pelo contrato ou operação em causa; nesta última hipótese, a arbitragem seria excluída automaticamente ("*d'office*").

Numa segunda fase (B), a jurisprudência francesa, acompanhada pelas doutrinas majoritárias francesa e belga, irá mais longe, passando a admitir que a violação de uma norma de ordem pública não torne necessariamente o litígio inarbitrável.¹²

⁹ Tradução livre de: "*On ne peut compromettre sur les questions d'état et de capacité des personnes, sur celles relatives au divorce et à la séparation de corps ou sur les contestations intéressant les collectivités publiques et les établissements publics et plus généralement dans toutes les matières qui intéressent l'ordre public.*"

¹⁰ CAMELO, 2006, p. 1236.

¹¹ Idem, p. 1236.

¹² Idem, p. 1237.



A evolução doutrinária e jurisprudencial em torno do critério da ordem pública, estatuído pelo art. 2.060 do Código Civil francês, iniciou-se em meados do século XX. A doutrina identificava matérias que, pelo seu próprio objeto, afetavam o cerne da noção de ordem pública, como o estado das pessoas e da falência.¹³ Em relação a tais matérias, a doutrina entendia que o simples fato de o litígio ser passível de recurso à arbitragem, independentemente do modo como o árbitro decidisse a questão, violaria o interesse público.¹⁴ De outro lado, havia litígios que estavam relacionados ao exercício da liberdade contratual, em que as normas imperativas apenas impunham certos limites à autonomia privada. Nesta segunda hipótese, entendia a doutrina que a ordem pública somente seria infringida se tais normas imperativas fossem eventualmente violadas.¹⁵ Com isso, o árbitro seria autorizado a apreciar o litígio, desde que não violasse, por meio da sentença arbitral, as normas de conteúdo imperativo. Além disso, o árbitro deveria declarar sua incompetência "se constatasse que a operação que constituía o objecto do litígio era contrária a uma disposição de ordem pública".¹⁶ O entendimento de que a aplicação de norma de ordem pública não implica necessariamente a inarbitrabilidade do litígio teve como marco jurisprudencial o arresto *Tissot*, de 29 de novembro de 1950, proferido pela Corte de Cassação.¹⁷ Tal decisão influenciou

¹³ Idem, p. 1237.

¹⁴ Idem, p. 1237.

¹⁵ Idem, p. 1237. No mesmo sentido, cf. VENTURA, 1986, p. 322.

¹⁶ Idem, p. 1237. Neste sentido a lição de P. Hébraud (*apud* CAMELO, 2006, p. 1238): "a convenção arbitral não é nula pelo simples facto de a operação litigiosa estar submetida a um quadro imperativo e colocar eventualmente questões que tocam a ordem pública, pois que a verificação da manifestação concreta da ordem pública requer um exame prévio do fundo de litígio: só depois de terem examinado o fundo da causa e consoante o sentido em que decidiriam esta, é que os árbitros serão obrigados a declarar-se incompetentes ou, não invés a estatuir normalmente".

¹⁷ Raúl Ventura (1986, p. 322) refere-se também ao acórdão da Corte de Apelação de Paris, de 12 de fevereiro de 1963. Vale conferir dos comentários de Moreau (*apud* VENTURA, 1986, p. 322) sobre a decisão da Corte de Apelação de Paris: "Só as convenções de arbitragem cujo objecto respeita a uma disposição de ordem pública,



decisivamente as jurisprudências francesa e belga.¹⁸

Apesar do avanço vivenciado no âmbito jurisprudencial a partir do arresto *Tissot*, parcela da doutrina permaneceu insatisfeita, entendendo como incongruente a posição adotada pela Corte de Cassação. Sustentavam tais autores que não fazia sentido o árbitro analisar a validade do contrato e, caso constataste alguma nulidade, ser impedido de decretar a correspondente sanção.¹⁹ Além disso, o entendimento firmado pelo arresto *Tissot* gerava a situação inusitada de a competência do árbitro apenas ser reconhecida depois que ele analisasse o "fundo da causa".²⁰

As críticas doutrinárias ao entendimento jurisprudencial firmado a partir do arresto *Tissot*, conduziram a segunda fase da evolução jurisprudencial francesa em relação à arbitrabilidade objetiva. Passou a prevalecer o entendimento de que o árbitro dispõe de competência tanto para constatar quanto para declarar a nulidade decorrente de aplicação de normas de ordem pública. Em outros termos, excetuadas as matérias em que a ordem pública impede a submissão do litígio ao juízo arbitral (como estado e capacidade das pessoas), o caráter imperativo das normas não pode ser considerado como justificativa para a inarbitrabilidade do litígio.²¹

Segundo António Sampaio Caramelo, tal orientação sustenta-se na possibilidade de controle pelos tribunais estatais das

que deve ser aplicada depois de ter sido interpretada, são susceptíveis de ser anuladas"; "convém, pois, atender-se ao objecto da convenção de arbitragem; se ele apenas implica a aplicação duma regra de ordem pública, a sua validade será admitida".

¹⁸ CAMELO, 2006, p. 1238.

¹⁹ Idem, p. 1238. Neste sentido a lição de Pierre Mayer (*apud* CAMELO, 2006, p. 1238-1239): "(...) é francamente curioso que, após ter feito o que era mais difícil – constatar a ilicitude –, o árbitro não possa ir até ao fim e pronunciar a nulidade; afinal de contas, isto seria ir no bom sentido: o de lutar contra a ilicitude, sem nenhum perigo".

²⁰ Idem, p. 1239. Neste sentido, as observações de Charles Jarrosson (*apud* CAMELO, 2006, p. 1239): "(...) a determinação da competência do árbitro é uma questão prévia, situada a montante da resolução do fundo de litígio, não podendo resultar desta."

²¹ CAMELO, 2006, p. 1239.





O segundo critério geral utilizado para determinar a arbitabilidade objetiva do litígio é o da disponibilidade do direito em causa, empregado por diversas ordens jurídicas, tais como França²⁶, Portugal (até o advento da Lei n.º 63/2011, de 14 de dezembro)²⁷, Itália²⁸, Espanha²⁹, Peru³⁰ e Brasil. Segundo tal critério, para ser passível de resolução pela via arbitral o litígio deve relacionar-se a direitos que as partes podem constituir e extinguir por ato de vontade³¹ e aos quais podem livremente renunciar.³²

²⁶ O direito francês conjuga o critério da disponibilidade do direito com o critério da ordem pública, atualmente em decadência. O critério da disponibilidade do direito encontra sua base normativa no art. 2.059 do Código Civil francês, que estabelece que "todas as pessoas podem comprometer-se em relação a direitos de que têm a livre disposição". (Tradução livre de: "*Toutes personnes peuvent compromettre sur les droits dont elles ont la libre disposition.*")

²⁷ Dispunha o art. 1.º, n.º 1 da Lei n.º 31/1986 (Lei de Arbitragem Voluntária): "Desde que por lei especial não esteja submetido exclusivamente a tribunal judicial ou a arbitragem necessária, qualquer litígio que não respeite a direitos indisponíveis pode ser cometido pelas partes, mediante convenção de arbitragem, à decisão de árbitros".

²⁸ Dispõe o art. 806, I do Código de Processo Civil italiano: "As partes podem decidir por submeter à arbitragem controvérsia entre elas que não tenham por objeto direito indisponível, salvo expressa proibição por lei". (Tradução livre de: "*Le parti possono far decidere da arbitri le controversie tra di loro insorte che non abbiano per oggetto diritti indisponibili, salvo espresso divieto di legge.*")

²⁹ Dispõe o art. 2.º, n. 1 da Lei de Arbitragem espanhola (Lei 60/2003, de 23 de dezembro): "São susceptíveis à arbitragem as controvérsias sobre matérias de livre disposição conforme o direito" (Tradução livre de: "*Son susceptibles de arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho.*").

³⁰ Dispõe o art. 2.º, n. 1 da Decreto Legislativo n.º 1.071/2008: "Podem submete-se à arbitragem as controvérsias sobre matérias de livre disposição conforme o direito, assim como aquelas que a lei ou os tratados ou acordos internacionais autorizem" (Tradução livre de: "*Pueden someterse a arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho, así como aquellas que la ley o los tratados o acuerdos internacionales autoricen.*").

³¹ Em sentido próximo as lições de João de Castro Mendes (*apud* CAMELO, 2006, p. 1243-1244): "Em regra, a vontade das partes é determinante no sentido da constituição e da extinção das relações jurídicas. A aquisição e perda dos direitos depende, em regra, da vontade dos adquirentes e perdentes, por si ou conjugadas com outras vontades. Há, porém, relações jurídicas cuja constituição ou extinção (direitos e deveres cuja aquisição ou perda, absoluta ou relativa) está subtraída à vontade das partes. Estas são as relações indisponíveis".

³² OLIVEIRA, 2015, p. 34.



Na primeira modalidade, a indisponibilidade encontra-se associada a determinadas categorias de bens cuja titularidade não pode ser modificada pela ordem jurídica.³⁶ Os bens jurídicos, em regra, são disponíveis; ou seja, podem ter sua titularidade modificada pela vontade de seus titulares. Excepcionalmente, incide sobre determinados bens vedação quanto a sua

³⁶ Idem, p. 289.



disposição, tornando tais bens "insusceptíveis de terem alterada sua titularidade, por vontade das partes ou, até mesmo, por determinação judicial".³⁷ No entanto, adverte Carlos Alberto de Salles, não se podem confundir os bens que são indisponíveis por natureza com aqueles cuja disponibilidade é condicionada a certos requisitos de forma ou substância.³⁸ Os bens efetivamente indisponíveis são aqueles que, em razão de sua própria natureza ou por especial proteção jurídica, não podem ter sua titularidade alterada. Segundo Carlos Alberto de Salles, enquadram-se nesta hipótese os bens tipicamente coletivos, "caracterizados por sua indivisibilidade e sua atribuição a uma coletividade de sujeito"³⁹, como é o caso, por exemplo, do meio ambiente e do patrimônio cultural. Também seriam alcançados pela indisponibilidade os direitos da personalidade, que, "embora titularizados na pessoa de um sujeito específico, não se submetem à vontade de seu titular, para fins de alienação, transferência ou mesmo renúncia".⁴⁰⁻⁴¹

Na segunda modalidade, a indisponibilidade é associada à natureza cogente ou imperativa da norma.⁴² Nesse caso, a indisponibilidade visa proteger "a própria efetividade da norma, não um bem materialmente considerado".⁴³ Segundo Carlos Alberto de Salles, neste segundo significado trata-se de

³⁷ Idem, p. 289-290.

³⁸ Explica Carlos Alberto Sales (2011, p. 290): "É o que ocorre em relação aos bens imóveis de incapazes, quanto à necessidade de autorização judicial para sua alienação. Também em relação aos bens públicos, como será demonstrado a seguir, sua alienação se sujeita a procedimentos necessários para esse fim. Nestes casos não há propriamente uma indisponibilidade, mas apenas uma disponibilidade condicionada, indicando a necessidade de observância de determinadas condições para se realizar a transferência da titularidade do bem".

³⁹ SALLES, 2011, p. 290.

⁴⁰ Idem, 2011, p. 290.

⁴¹ Dispõe o art. 11 do Código Civil de 2002: "Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária".

⁴² SALLES, 2011, p. 290-291.

⁴³ Idem, 2011, p. 291.

"indisponibilidade normativa, posto ser atinente à aplicação das próprias normas jurídicas".⁴⁴ Tal acepção de indisponibilidade aproxima-se, em grande medida, da noção de ordem pública empregada pelo direito francês e pelo direito belga como critério para a arbitrabilidade objetiva do conflito, apresentando as mesmas dificuldades e desvantagens que levaram a doutrina e a jurisprudência dos dois países a abandoná-lo. O inconveniente de associar a indisponibilidade do direito com a natureza imperativa da norma está em afastar do campo da arbitragem todos os litígios que envolvam a interpretação e a aplicação de normas cogentes. Ou seja, a presente noção de indisponibilidade do direito levaria à exclusão da arbitragem de todas as searas do direito em que prevalece a incidência de normas jurídicas de caráter imperativo.

Partido desse segundo sentido de disponibilidade do direito, Antônio Sampaio Caramelo destaca que tal critério expressa certa desconfiança do Estado em relação à aptidão dos árbitros para aplicarem normas consideradas como de maior relevância no âmbito do ordenamento jurídico:

Independentemente das insuficiências apontadas ao critério de disponibilidade do direito como definidor da arbitrabilidade dos litígios, parece-me que o recurso a tal critério para este efeito, à semelhança da utilização que, durante muito tempo, a jurisprudência francesa fez do critério da ligação do litígio com a ordem pública, assenta numa desconfiança (ainda que inconfessa) do Estado-legislador (quando é a lei que estabelece o critério da arbitrabilidade) ou dos tribunais estaduais (quando esse critério é definido por via jurisprudencial) relativamente à capacidade e/ou à vontade dos árbitros de respeitarem e fazerem respeitar normas ou princípios considerados como particularmente importantes e, por isso, como obrigatoriamente aplicáveis em qualquer circunstâncias.⁴⁵

O segundo sentido de indisponibilidade do direito não parece adequado à noção atualmente dominante de que o árbitro

⁴⁴ Idem, 2011, p. 291.

⁴⁵ CAMELO, 2006, p. 1253-1254.



exerce atividade jurisdicional. Considerando que incumbe a ele resolver conflito entre as partes, mediante a aplicação de normas jurídicas, não deveria constituir obstáculo à submissão do litígio à arbitragem o fato de algumas das normas jurídicas aplicáveis apresentarem natureza imperativa. A natureza cogente de algumas normas jurídicas deve ser vista como limite à decisão dos árbitros, e não como critério de determinação da arbitrabilidade do conflito. Neste sentido, vale transcrever as lições de António Sampaio Caramelo:

Os árbitros exercem a jurisdição e, tal como os juizes, têm o dever de aplicar normas imperativas, assim como o de fazer valer direitos indisponíveis. Se não o fizerem e, consequentemente, se a sua decisão ferir princípios ou valores que a ordem jurídica não possa consentir que sejam postos em causa, tal decisão poderá ser anulada pelos tribunais estaduais, com esse fundamento.

Dito de outro modo, a "indisponibilidade do direito" (tal como a "atinação à ordem pública", que encontramos nas fases anteriores da evolução da jurisprudência francesa atrás descrita) não deveria ser considerada como fundamento de exclusão da possibilidade de submissão de controvérsia à arbitragem, mas antes como limite ao poder decisório dos árbitros.⁴⁶

Algumas ordens jurídicas adotam a transigibilidade como critério geral para a arbitrabilidade objetiva dos litígios. Dentre os países que adotam tal critério, citam-se Argentina⁴⁷,

⁴⁶ Idem, p. 1254.

⁴⁷ Dispõe o art. 737 do Código Processo Civil e Comercial da Nação (Lei 17.455): "Não poderão ser submetidas à arbitragem, sob pena de nulidade, as questões que não possam ser objeto de transação". (Tradução livre de: "*No podrán comprometerse en árbitros, bajo pena de nulidad, las cuestiones que no puedan ser objeto de transacción*"). Portanto, prevalece no direito argentino o entendimento de que não se podem submeter à decisão arbitral as questões que não podem ser objeto de transação (TEPFER, 2008, p. 202). Cf. também SALLA, 2014, p. 86-87.

Paraguai⁴⁸, Uruguai⁴⁹, Venezuela⁵⁰ e o Brasil (antes do advento da Lei n.º 9.307/1995).⁵¹ Segundo tal critério, seriam suscetíveis de serem submetidos à jurisdição arbitral os litígios cujos objetos fossem passíveis de celebração de transação. No entanto, António Sampaio Caramelo observa que existe nas ordens jurídicas que adotam como critério legal a disponibilidade do direito certa tendência doutrinária de "recorrerem à indagação sobre a possibilidade ou impossibilidade de se celebrar transação sobre o direito em causa, como meio indireto (ou sub-critério) de determinação da sua disponibilidade".⁵² Tal orientação doutrinária decorre da constatação de que na maioria das ordens jurídicas os direitos indisponíveis não são passíveis de transação.⁵³ Em outras palavras, apesar de o critério da transigibilidade ser conceitualmente distinto do critério da disponibilidade do direito, do ponto de vista prático, em muitas ordens jurídicas, ambos

⁴⁸ Dispõe o art. 2º da Lei de Arbitragem e Mediação (Lei n.º 1.879/2002): "Toda questão transigível e de conteúdo patrimonial poderá ser submetida à arbitragem sempre que sobre ela não haja recaído sentença definitiva, firme e executória. Não poderão ser objeto de arbitragem aquelas nas quais se requeira a intervenção do Ministério Público" (Tradução livre de: "*Toda cuestión transigible y de contenido patrimonial podrá ser sometida a arbitraje siempre que sobre la cuestión no hubiese recaído sentencia definitiva firme y ejecutoriada. No podrán ser objeto de arbitraje aquellas en las cuales se requiera la intervención del Ministerio Público*"). Para aprofundamento na questão da arbitralidade objetiva no direito paraguaio, cf. SALLA, 2014, p. 112-114.

⁴⁹ Dispõe o art. 476 do Código Geral de Processo (Lei n.º 15.982/1988): "Não poderão submeter-se à processo arbitral as questões a respeito das quais está proibida a transação" (Tradução livre de "*No pueden someterse a proceso arbitral las cuestiones respecto a las cuales está prohibida la transacción*"). Para aprofundamento na questão da arbitralidade objetiva no direito uruguaio, cf. SALLA, 2014, p. 141-142.

⁵⁰ Dispõe o art. 3º da Lei de Arbitragem Comercial: "Poderão submeter-se à arbitragem as controvérsias suscetíveis de transação que surjam entre pessoas capazes para transigir". (Tradução livre de: "*Podrán someterse a arbitraje las controversias susceptibles de transacción que surjan entre personas capaces de transigir*").

⁵¹ Dispunha o art. 1.072 do Código de Processo Civil de 1973: "As pessoas capazes de contratar poderão louvar-se, mediante compromisso escrito, em árbitros que lhes resolvam as pendências judiciais ou extrajudiciais de qualquer valor, concernentes a direitos patrimoniais, sobre os quais a lei admita transação".

⁵² CAMELO, 2006, p. 1254.

⁵³ LIMA, 2009, p. 50.



chegam a resultados semelhantes. Vale transcrever a lição de Raúl Ventura sobre a adoção do critério da disponibilidade do direito pela Lei de Arbitragem Voluntária portuguesa de 1986:

A Lei n.º 31/86 utiliza o critério da disponibilidade do direito e a escolha parece acertada, não porque o critério da transigibilidade conduza a resultados diversos, mas sim porque chega ao mesmo resultado só indirectamente. Pelo menos em países, como o nosso (C.C., art. 1249.º, C.P.C., art. 299.º), em que as partes não podem transigir sobre direito de que lhes não é permitido dispor, é inútil intercalar a transigibilidade para alcançar a disponibilidade.⁵⁴

Bernardo Silva de Lima, no entanto, destaca a impossibilidade teórica de assimilação das noções de disponibilidade e de transigibilidade. Vale transcrever o raciocínio desenvolvido pelo mencionado autor:

Na grande maioria dos ordenamentos jurídicos, as matérias indisponíveis não são passíveis de transação, o que pode desencadear, em alguns, a crença de que, ao se falar em disponibilidade e transigibilidade, se está tratando da mesma questão. Isto não é exato. A transigibilidade é a possibilidade de submeter determinado litígio à transação, a qual, por sua vez, constitui o negócio jurídico destinado à realização da autocomposição de uma controvérsia. A disponibilidade é uma qualidade de uma situação jurídica, que admite, por vontade do seu titular, a sua modificação ou extinção, em maior, ou menor grau. Assim, as partes podem por fim a uma controvérsia, sem que seja necessário modificar ou extinguir as situações jurídicas postas em causa. Portanto, a transação é o veículo através do qual uma situação jurídica (disponível ou indisponível) poderá (ou não, no segundo caso) ser extinta ou modificada; o certo é que ela promoverá o efeito de por fim à controvérsia. A vedação da transigibilidade dos direitos indisponíveis é mera opção de política legislativa (VERDE, 2006, p. 63). Não é incompatível a transação com direitos indisponíveis. Desde que, através dela, não disponham deles as partes, será possível utilizá-la para por fim à controvérsia.⁵⁵

⁵⁴ VENTURA, 1986, p. 321.

⁵⁵ LIMA, 2009, p. 50-51. Em sentido próximo as conclusões de Onofre Alves Batista Júnior (2007, p. 521): "(...) embora a doutrina civilista, usualmente, marque que só se



A arbitragem, ao se desenvolver na ordem jurídica brasileira, foi frequentemente associada à transação, tanto para a determinação da capacidade jurídica das partes para celebrar o compromisso arbitral (arbitrabilidade subjetiva) quanto para a definição das matérias que seriam passíveis de serem submetidas ao juízo arbitral (arbitrabilidade objetiva). António Sampaio Caramelo observa que essa assimilação entre os critérios da disponibilidade do direito e da transigibilidade, no fundo, decorre do entendimento ultrapassado que concebia a arbitragem como instituto de natureza eminentemente contratual.⁵⁸ Ao se reconhecer que a arbitragem constitui espécie de jurisdição, é descabida qualquer tentativa de equiparação entre o instituto da convenção de arbitragem e o da transação.

Parcela da doutrina, partindo do pressuposto de que os árbitros desempenham atividade jurisdicional semelhante à exercida pelos juízes estatais, tem questionado a adequação do critério da disponibilidade do direito para a definição da arbitrabilidade objetiva do litígio, tendo em vista que a escolha pela arbitragem não evidencia nenhuma disposição sobre a pretensão pelas partes, representando apenas decisão sobre a maneira como elas buscarão sua satisfação.⁵⁹

Vale transcrever as lições de Raúl Ventura, um dos pioneiros no direito português a questionar a correlação entre a disponibilidade do direito e a possibilidade de o litígio ser solucionado por meio de arbitragem:

Pessoalmente, nutro dúvidas sobre este requisito da arbitrabilidade, porque não descubro ligação necessária entre a influência da vontade das partes sobre as vicissitudes de uma relação jurídica e a influência da vontade das partes para a determinação dos juízes dos seus litígios, mas conformo-me com o sentir comum, tão largamente manifestado. Seja-me, contudo,

⁵⁸ CAMELO, 2006, p. 1255.

⁵⁹ Neste sentido, cf. CAMELLO, 2006, p. 1243-1265; CORREIA, 2014/2015, p. 172-173; LEIBLE, LEHMANN, 2007, p. 158; MENDONÇA, 2014, p. 83-86; RICCI, 2004, 132-133; SCHENK, 2009, p. 59-62; SILVA, 2009, p. 20; VENTURA, 1986, p. 321.



José Manuel Sérulo Correia, com base nas lições de Raúl Ventura, igualmente, demonstra a inadequação entre o critério da disponibilidade do direito para a definição da arbitrabilidade objetiva:

Na mesma linha, Antônio Sampaio Caramelo profere uma das críticas mais contundentes aos critérios da disponibilidade do direito e da transigibilidade como parâmetros para a arbitralidade objetiva do litígio:

Compreende-se que um requisito da admissibilidade de transacção seja a possibilidade de as partes poderem dispor dos direitos em causa, renunciando a eles. Mas na arbitragem não se trata disso (transigir, por si ou através de mandatários), mas sim de determinar quem serão os juízes que irão dirimir um litígio, respeitando e fazendo valer, se for caso disso, o direito ou direitos indisponíveis que porventura estejam em causa. Sendo assim, por que razão se há-de exigir a disponibilidade ou a transigibilidade dos direitos que são objecto do litígio, para que os mesmos possam ser submetidos a árbitros? Nenhuma razão válida existe, a meu ver, para tanto.⁶²

⁶² CAMELO, 2006, p. 1255.



Em sentido próximo, Paula Costa e Silva, partindo da premissa de que a convenção de arbitragem constitui negócio jurídico processual, questiona a disponibilidade das situações jurídicas como limite legal à arbitragem:

Se a convenção de arbitragem é um negócio processual, se o objecto da regulação é um pressuposto processual, há-de ter de repensar-se um dos limites legais à arbitragem: o da disponibilidade das situações jurídicas. Há muito afirmámos que este limite revela, ainda, alguma desconfiança por este meio de resolução de controvérsias e que, perante árbitros independentes e imparciais, não tem qualquer justificação. Faz-se decorrer a faculdade de escolha do órgão que tem jurisdição da disponibilidade da situação jurídica litigiosa. Ora, a arbitrabilidade de um conflito, ou seja, a submissão de um litígio a decisão heterónoma, por órgãos diversos dos tribunais judiciais ou administrativos, não é uma inferência fatal da disponibilidade da situação jurídica controvertida. O único limite, quanto a esta situação, é o da sua indisponibilidade substantiva. Desde que este seja respeitado, pelo tribunal arbitral tal como pelo tribunal judicial, impedindo-se a celebração de negócios processuais com eficácia substantiva compositiva, nenhuma razão poderá militar contra a decisão por árbitros.⁶³

Posição interessante é defendida por Edoardo Flavio Ricci, que sustenta que a natureza indisponível do direito objeto do litígio não importa na vedação à arbitragem, mas apenas na proibição ao julgamento por equidade. Vale transcrever o raciocínio do mencionado autor:

(...) a admissibilidade de arbitragem nas matérias disponíveis é o resultado mínimo a ser obtido no direito moderno. Isso não significa que o âmbito da arbitragem não possa ser mais amplo. O carácter indisponível da lide não implica em si mesmo a proibição de juiz privado, mas, sim, a proibição de decisão por equidade, pois essa decisão pode prescindir da aplicação da lei. No que diz respeito à disciplina de direito material a ser aplicada, a simples escolha de certo juiz em lugar de outro é totalmente neutra.⁶⁴

Constata-se que, apesar de diversas ordens jurídicas

⁶³ SILVA, 2009, p. 20.

⁶⁴ RICCI, 2004, p. 132-133.

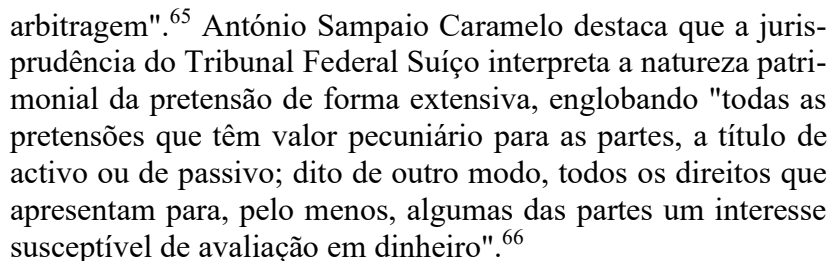


terem equiparado a decisão dos árbitros à sentença proferida pelos juízes estatais, reconhecendo, portanto a natureza jurisdiccional da arbitragem, continua-se a adotar critérios para a definição da arbitrabilidade objetiva originários de período em que se reconhecia ao instituto natureza meramente contratual – como é o caso dos critérios da disponibilidade do direito e da transigibilidade. A partir do momento em que a ordem jurídica aproxima a figura do árbitro à do juiz estatal, sujeitando-o aos mesmos ônus e sujeições deste, não há razão para negar ao árbitro a possibilidade de conhecer e fazer valer direitos de natureza indisponível. O critério da disponibilidade do direito, especialmente em decorrência de interpretações doutrinárias e jurisprudenciais mais restritivas, é, muitas vezes, empregado para impedir ou conter a expansão da arbitragem para determinadas áreas do direito, como o direito administrativo, o direito tributário, o direito do trabalho, o direito do consumidor e o direito societário.

A ausência de sentido uniforme para a expressão *direito disponível* e a ausência de correlação entre a escolha da arbitragem e a disponibilidade do direito objeto da pretensão têm levado algumas ordens jurídicas a afastarem a disponibilidade do direito como critério principal para a definição da arbitrabilidade do conflito. Tal opção legislativa foi feita pela Suíça, no âmbito do direito internacional privado, pela Alemanha, Áustria e, recentemente, por Portugal.

5. CRITÉRIO DA PATRIMONIALIDADE

O terceiro critério geral utilizado para determinar a arbitralidade objetiva do litígio é o da natureza patrimonial da pretensão, segundo o qual pode ser submetido à arbitragem todo litígio cujo objeto seja susceptível de avaliação pecuniária. O critério da patrimonialidade da pretensão foi adotado pelo art. 177, n. 1, da Lei Suíça de Direito Internacional Privado de 1987, que estabelece que "toda causa patrimonial pode ser objeto de



O critério da natureza patrimonial da pretensão também foi adotado pelo direito alemão na década de 1990, encontrando-se atualmente positivado no §1030 do Código de Processo Civil alemão (*Zivilprozessordnung* – ZPO).⁶⁷⁻⁶⁸ Anteriormente, o Código de Processo Civil alemão, na antiga redação do §1025, previa que as partes podiam celebrar convênio arbitral sempre que "fosse possível uma composição extrajudicial sobre o direito controvertido".⁶⁹ A doutrina majoritária interpretava tal dispositivo normativo no sentido de que para ser submetido à arbitragem o conflito deveria versar sobre direito disponível.⁷⁰ Em 1998, o direito alemão, inspirado na Lei Suíça de Direito Internacional Privado (art. 177, n.º 1), adotou como regra geral para a arbitrabilidade objetiva o critério da natureza patrimonial da pretensão. O legislador germânico ao optar por tal critério

⁶⁵ CAMELO, 2006, p. 1241. Antônio Sampaio Caramelo (2006, p. 1242) ressalta que a mudança do critério de arbitrabilidade objetiva realizado pelo legislador suíço teve o claro propósito de favorecer a realização de arbitragens internacionais em seu território.

⁶⁶ Idem, p. 1241.

⁶⁷ Idem, p. 1241.

⁶⁸ Assim como ocorreu na Suíça, o legislador alemão, ao optar pelo critério da natureza patrimonial da pretensão, buscou favorecer a realização de procedimentos arbitragens internacionais em seu território. Segundo Stefan Leible e Matthias Lehman (2007, p. 150), a Alemanha reformou sua legislação de arbitragem motivada pelo receio de ficar para trás na promissora "indústria da arbitragem", já que eram crescentes os números de processos arbitrais internacionais sediados na França, no Reino Unido e na Suíça. Em outras palavras, o governo alemão, ao tornar a legislação sobre arbitragem mais efetiva e transparente, almejava aumentar o número de processos arbitrais internacionais sediados em seu território (LEIBLE, LEHMANN, 2007, p. 150).

⁶⁹ LEIBLE, LEHMANN, 2007, p. 152.

⁷⁰ Idem, p. 152.

buscou evitar as discussões em torno da disponibilidade do direito. Para Stefan Leible e Matthias Lehman, ao eleger o critério da natureza patrimonial da pretensão, deixou de ter qualquer importância a existência de normas imperativas incidentes sobre o conflito em questão.⁷¹

Ao alterar o critério definidor da arbitrabilidade objetiva do litígio, o legislador alemão partiu da premissa de que a arbitragem, em princípio, constitui possibilidade de tutela jurídica tão válida quanto a própria jurisdição estatal.⁷² Segundo Stefan Leible e Matthias Lehman, o novo critério geral para a arbitrabilidade objetiva dos litígios parte da constatação de que a escolha da via arbitral não significa nenhuma disposição sobre a pretensão, representando apenas decisão sobre o meio como se buscará a sua satisfação.⁷³

O §1030, n.º 1, do Código de Processo Civil alemão⁷⁴ estabelece como regra geral que as partes podem submeter à arbitragem qualquer pretensão de natureza patrimonial. O referido dispositivo legal também possibilita a arbitrabilidade de pretensões de natureza não patrimonial, desde que as partes possam transigir sobre o objeto do litígio.⁷⁵ Já o §1030, n.º 2, do Código de Processo Civil considera inválidas as convenções de arbitragem que tenham por objeto litígios relativos a arrendamentos habitacionais.⁷⁶ O direito alemão, ao combinar o critério da

⁷¹ Idem, p. 152.

⁷² Idem, p. 152.

⁷³ Idem, p. 158.

⁷⁴ Dispõe o §1030, n.º 1 do Código de Processo Civil alemão: "Qualquer pretensão de natureza patrimonial (*vermögensrechtliche Anspruch*) pode ser sujeita a convenção de arbitragem. Uma convenção de arbitragem relativa a pretensões de natureza não patrimonial produz efeitos legais na medida em que as partes possam transigir sobre o objeto do litígio" (*In*: OLIVEIRA, A. P., 2015, p. 35, n. 93). Cf. também RICCI, 2004, p. 134. Para tradução para o espanhol, cf. PÉREZ RAGONE, ORTIZ PRADILLO, 2006, p. 451.

⁷⁵ Ana Perestrelo de Oliveira (2015, p. 35, n. 93) destaca que no direito alemão a disponibilidade do direito constitui critério para a suscetibilidade de transação.

⁷⁶ Na Alemanha, a proteção do inquilino é considerada como questão de grande importância (LEIBLE, LEHMANN, 2007, p. 152). Visando efetivar tal proteção, o



patrimonialidade da pretensão com o da transigibilidade, expandiu consideravelmente o campo de aplicação da arbitragem enquanto meio de resolução de conflitos.

Influenciado pelo direito suíço e pelo direito alemão, sobretudo deste último, Portugal editou sua nova Lei de Arbitragem Voluntária (Lei n.º 63/2011, de 14 de dezembro), na qual afastou o tradicional critério da disponibilidade do direito para aderir ao critério da natureza patrimonial do interesse controvertido.⁷⁷ O art. 1.º, n.º 01, da nova Lei de Arbitragem Voluntária portuguesa estabelece que "qualquer litígio respeitante a interesses de natureza patrimonial pode ser cometido pelas partes, mediante convenção de arbitragem, à decisão de árbitros". Assim como sucedeu no direito alemão, o art. 1º, n.º 2, da nova Lei de Arbitragem Voluntária previu a incidência subsidiária do critério da transigibilidade. Com isso, no direito português vigente podem ser submetidos à arbitragem tanto os direitos patrimoniais quanto os não patrimoniais, sendo que estes devem ser necessariamente passíveis de transação.

Importante destacar que o direito português, ao adotar do critério da transigibilidade de forma subsidiária ao critério da patrimonialidade da pretensão, acabou por não abandonar por completo o antigo critério da disponibilidade do direito, uma vez que o art. 1.249 do Código Civil português estabelece que "as partes não podem transigir sobre direitos de que lhes não é permitido dispor". Nas palavras de José Manuel Sérvulo Correia, "o critério da disponibilidade saiu pela porta para operar um regresso parcial pela janela".⁷⁸

António Sampaio Caramelo destaca que, mesmo em

Código Civil alemão (*Bürgerliches Gesetzbuch* – BGB) prevê diversas normas de caráter imperativo (LEIBLE, LEHMANN, 2007, p. 152). Ao proibir que os árbitros possam conhecer das normas imperativas que disciplinam os arrendamentos habitacionais, o legislador alemão revelou que ainda existe certa desconfiança em relação à aplicação do direito pelos tribunais privados, receio que já deveria ter sido superado com o advento da nova legislação (LEIBLE, LEHMANN, 2007, p. 153).

⁷⁷ BARROCAS, 2013a, p. 26; MENDES, 2012, p. 18; MENDES, *et al*, 2012, p. 15.

⁷⁸ CORREIA, 2014/2015, p. 173.



ordenamentos jurídicos em que as leis preveem textualmente o critério da disponibilidade do direito, tem sido comum que a definição dos litígios passíveis de serem submetidos à arbitragem seja feita, em boa medida, mediante recurso ao critério da patrimonialidade da pretensão.⁷⁹ O autor cita como exemplo dessa alternativa interpretativa a posição adotada em alguns textos acadêmicos de autores espanhóis.⁸⁰

Dentre os três principais critérios gerais (conceituais), o critério da patrimonialidade da pretensão é o de aplicação mais simples e segura, sendo, portanto, o mais adequado para determinar quais os litígios podem ser submetidos à arbitragem. A ordem jurídica, ao optar pelo referido critério, confere maior segurança e credibilidade ao instituto da arbitragem, proporcionando às partes maior grau de certeza de que suas convenções de arbitragem não são passíveis de eventual invalidação judicial. O critério da patrimonialidade da pretensão, ao permitir que o árbitro possa conhecer e fazer valer direitos indisponíveis, desde que eles tenham caráter patrimonial, acaba por eliminar o equívoco de se associar a arbitragem aos métodos autocompositivos, reconhecendo que o árbitro exerce função equiparada à do juiz estatal.

6. ARBITRABILIDADE OBJETIVA NO DIREITO BRASILEIRO

O direito brasileiro, apesar dos diversos avanços proporcionados pela Lei n.º 9.307/1996, permanece resistente à possibilidade de utilização da arbitragem para a resolução de conflitos em diversas matérias, tais como, direito administrativo, direito do trabalho, direito do consumidor e direito societário. Tal resistência, originária especialmente da doutrina e da jurisprudência, decorre, em certa medida, da escolha legislativa pelo critério da

⁷⁹ CAMELO, 2006, p. 1243.

⁸⁰ Idem, p. 1243.



disponibilidade do direito para a definição das matérias suscetíveis de resolução pela via arbitral. Concorre para a relutância à expansão da arbitragem o sentido restritivo que alguns setores da doutrina e da jurisprudência conferem à noção de direito disponível, o que acaba por aproximar o critério da disponibilidade do direito ao ultrapassado critério da ordem pública. Em outros termos, parcela da doutrina e da jurisprudência pátria associam a disponibilidade do direito à natureza imperativa da norma jurídica.

Parte da doutrina e parte da jurisprudência, ao relacionarem a disponibilidade do direito ao caráter imperativo de determinadas normas jurídicas, demonstram que persiste no direito brasileiro certa desconfiança em relação à aptidão dos árbitros para aplicarem normas consideradas como de maior relevância no âmbito do ordenamento jurídico. Em suma, parte da doutrina e parte da jurisprudência continuam a negar que o árbitro possa exercer a jurisdição com a mesma imparcialidade, independência e competência que o juiz estatal.

O critério da patrimonialidade da pretensão não é estranho ao direito brasileiro, tendo sido adotado tanto pelo revogado art. 1.072 do Código de Processo Civil de 1973 quanto pelo vigente art. 1º, *caput*, da Lei n.º 9.307/1996. No entanto, ao contrário do direito suíço, do direito alemão e do direito português, em que o referido critério foi utilizado para expandir o âmbito objetivo de aplicação da arbitragem, no direito brasileiro, a patrimonialidade foi combinada com o critério da disponibilidade do direito para gerar sistema de dupla restrição à possibilidade de submissão do conflito à resolução pela via arbitral. Ou seja, para ser suscetível de solução por arbitragem o litígio deve versar concomitantemente sobre direito de caráter patrimonial e disponível.

No entanto, parcela da doutrina sustenta que a definição de arbitrabilidade objetiva prevista pelo art. 1º, *caput*, da Lei n.º 9.307/1996, no que se refere especificamente ao compromisso

arbitral, teria sido derogada pelo art. 852 do Código Civil de 2002.⁸¹ O citado artigo do Código Civil estabelece: "É vedado o compromisso para solução de questões de estado, de direito pessoal de família e de outras que não tenham caráter estritamente patrimonial". A partir da leitura do citado dispositivo legal, alguns autores passaram a sustentar que, em relação ao compromisso arbitral, o Código Civil de 2002 teria derogado a regra geral estabelecida pela Lei n.º 9.307/1996, permitindo que litígios relativos a direitos patrimoniais indisponíveis pudessem ser submetidos a arbitragem.⁸² No entanto, tal interpretação não atinge as cláusulas compromissórias, que, por força do art. 853 do Código Civil⁸³⁻⁸⁴, permaneceriam submetidas ao critério geral estabelecido pelo art. 1º, *caput*, da Lei n.º 9.307/1996.⁸⁵ Vale conferir as lições de Bernardo Silva e Lima:

O intérprete brasileiro possui todos os instrumentos à mão para considerar superada a regra que limita o âmbito objetivo de aplicação do compromisso arbitral. O nosso entendimento é que o conteúdo da norma, de fato, autoriza a arbitrabilidade de situações jurídicas indisponíveis que possuam conteúdo patrimonial. Com efeito, é bem provável que, o legislador brasileiro, atento às modificações no cenário internacional, cuja evolução vem sendo construída, como se viu, ao longo das últimas duas décadas, tenha desejado incorporar ao sistema de arbitrabilidade nacional as inovações observadas no Direito

⁸¹ LIMA, 2009, p. 71-72; RICCI, 2007, p. 410-411; SCAVONE JUNIOR, 2008, p. 27-28; SCHENK, 2009, p. 68-70.

⁸² Neste sentido posiciona-se Edoardo Flavio Ricci (2007, p. 410): "(...) excluída a arbitragem nas específicas matérias mencionadas pelo art. 852, o caráter disponível do objeto da lide não é mais exigido expressamente como pressuposto".

⁸³ Dispõe o art. 853 do Código Civil de 2002: "Admite-se nos contratos a cláusula compromissória, para resolver divergências mediante juízo arbitral, na forma estabelecida em lei especial".

⁸⁴ Neste sentido a posição de Bernardo Silva e Lima (2009, p. 71): "No que respeita exclusivamente à cláusula compromissória, parece que os critérios de arbitrabilidade estariam conservados, já que o dispositivo expressamente remete ao sistema geral. O problema hermenêutico, entretanto, aparece quanto ao compromisso arbitral, firmado, normalmente, *a posteriori*, quando o vínculo obrigacional já se aperfeiçoou". No mesmo sentido, cf. SCHENK, 2009, p. 69.

⁸⁵ LIMA, B. S., 2009, p. 71.



alemão, suíço, austríaco, norte-americano, britânico... Longe, entretanto, de buscar a *mens legislatoris*, deve o intérprete buscar o significado das regras e dos princípios conforme melhor contribuam para cumprir o objetivo do Direito, que é, afinal, pacificar as relações sociais. Parece-nos que, no quesito específico da arbitabilidade, essa finalidade será atingida com maior eficiência se for possível tutelar toda e qualquer qualidade de direitos através de vias alternativas de solução de controvérsias.⁸⁶

Caso tal posição interpretativa venha prevalecer, o direito brasileiro experimentaria relativa evolução na seara da arbitabilidade objetiva, permitindo a expansão da arbitragem para o campo dos direitos indisponíveis, desde que eles tenham natureza patrimonial. Em outras palavras, no que tange ao compromisso arbitral o critério da patrimonialidade da pretensão ganharia papel de protagonista na definição da arbitabilidade objetiva do litígio, a exemplo dos direitos suíço, do direito alemão e do direito português. No entanto, o avanço seria relativo, pois não alcançaria as cláusulas compromissórias, que constituem, na prática, o principal instrumento para a constituição do juízo arbitral.⁸⁷ Além disso, tal posição interpretativa apresenta o inconveniente de romper com a equiparação entre compromisso arbitral e cláusula compromissória, proporcionada pela Lei n.º 9.307/1996, criando regimes jurídicos diferenciados para as duas espécies de convenção de arbitragem.

Recentemente, o legislador brasileiro, por meio da Lei n.º 13.129/2015, empenhou esforços para ampliar o âmbito objetivo de utilização da arbitragem, visando expandir tal método de resolução conflitos para os domínios do direito administrativo, do direito do trabalho, do direito do consumidor e do direito societário.⁸⁸ No entanto, a tentativa de expansão da arbitragem no âmbito do direito do trabalho e do direito do consumidor acabou sendo frustrada em razão dos vetos presidenciais aos §§2º,

⁸⁶ Idem, p. 72.

⁸⁷ BARROCAS, 2013b, p. 168; SAMTLEBEN, 1982, p. 196.

⁸⁸ Cf. PACHIKOSKI, 2015b, p. 17; MUNIZ, 2015, p. 22-25.



3º e 4º do art. 4º da Lei n.º 9.307/1996, alterados pelo art. 1º da Lei n.º 13.129/2015. No entanto, a recente alteração legislativa não modificou a definição de arbitrabilidade objetiva prevista pelo art. 1º, *caput*, da Lei n.º 9.307/1996.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Apesar de alguns avanços no regime jurídico arbitral, proporcionados pela Lei n.º 13.129/2015, o direito brasileiro ainda enfrenta obstáculos à difusão da arbitragem. Tal dificuldade decorre, em grande medida, da adoção do critério da disponibilidade do direito e das incertezas que ele proporciona. A comissão de juristas responsável pela elaboração do anteprojeto que resultou na Lei n.º 13.129/2015 perdeu a oportunidade de promover efetiva expansão dos domínios da arbitragem ao não propor alteração do critério da arbitrabilidade objetiva em moldes semelhantes aos adotados pelo direito suíço, pelo direito alemão e pelo direito português. A proibição de recurso à arbitragem em matéria de direitos indisponíveis não apresenta *status* constitucional.⁸⁹ Com isso, a interdição do recurso à arbitragem em litígios relativos a direitos indisponíveis constitui regra legal, que pode ser modificada pelo legislador ordinário. Dessa forma, a eleição da patrimonialidade da pretensão como critério geral para a definição da arbitrabilidade objetiva não violaria o texto constitucional e possibilitaria considerável expansão da arbitragem no Brasil, além de oferecer resposta mais precisa às partes, aos árbitros e aos juízes estatais (responsáveis, em última instância, pelo controle da atividade arbitral) acerca da suscetibilidade de determinadas questões serem submetidas à jurisdição arbitral.



⁸⁹ Neste sentido, cf. RICCI, 2004, p. 23-24, 56-59 e 133.



REFERÊNCIAS

BARROCAS, Manuel Pereira. *Lei de arbitragem comentada*. Coimbra: Almedina, 2013a.

_____. *Manual de arbitragem*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2013b.

BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. *Transações administrativas: um contributo ao estudo do contrato administrativo como mecanismo de prevenção e terminação de litígios e como alternativa à atuação administrativa autoritária, no contexto de uma administração pública mais democrática*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Agravo Regimental na Sentença Estrangeira n.º 5.206-7, Reino da Espanha. Agravante: M.B.V. Commercial and Export Management Establishment. Agravado: Resil Industria e Comércio Ltda. Relator Ministro Sepúlveda Pertence. Brasília: 12 de dezembro de 2001, p. 995. Disponível: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=345889>>. Acesso em: 12 de agosto de 2015.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Arbitragem: lei n.º 9.307/96*. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

CARAMELO, António Sampaio. A disponibilidade do direito como critério de arbitrabilidade do litígio: reflexões de jure condendo. *Revista da Ordem dos Advogados*. Lisboa, a. 66, v. III, p. 1233-1265, dezembro 2006.

CORREIA, José Manuel Sérvulo. A arbitragem dos litígios entre particulares e administração pública sobre situações regidas pelo direito administrativo. *Revista de Contratos Públicos*. Belo Horizonte, a. 04, n. 06, p. 165-198, set. 2014/fev. 2015.

LEIBLE, Stefan; LEHMANN, Matthias. El arbitraje en Alemania. In: BARONA VILAR, Silvia (Coord.). *Arbitraje*

- y justicia en el siglo XXI*. Madri: Civitas, 2007. p. 149-176.
- LIMA, Bernardo Silva de. *A arbitrabilidade do dano ambiental e o seu ressarcimento*. Dissertação (mestrado em direito público). Salvador: Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, 2009. Disponível em: <<http://www.repositorio.ufba.br:8080/ri/bitstream/ri/10789/1/Bernardo.pdf>>. Acesso em: 07 de fevereiro de 2016.
- MENDES, Armindo Ribeiro. A nova lei de arbitragem voluntária – evolução ou continuidade? *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*. Lisboa, ano 05, n. 05, p. 07-35, 2012.
- MENDES, Arlindo Ribeiro, et al. *Lei da arbitragem voluntária anotada*. Coimbra: Almedina, 2012.
- MENDONÇA, Priscila Faricelli de. *Arbitragem e transação tributárias*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2014.
- MERÇON-VARGAS, Sarah. *Meios alternativos na resolução de conflitos transindividuais*. Dissertação (mestrado em direito processual). São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2012. Disponível em <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-06032013-091823/publico/Dissertacao_VF_Sarah_Mercon_Vargas.pdf>. Acesso em: 19 de janeiro de 2016.
- MUNIZ, Joaquim de Paiva. Capítulo I - Disposições Gerais. In: MAIA NETO, Franciso; MUNIZ, Joaquim de Paiva (Coord.). *Reforma da lei de arbitragem: comentários ao texto completo*. Belo Horizonte: Francisco Maia & Associados, 2015. p. 21-30
- OLIVEIRA, Ana Perestrelo de. *Arbitragem de litígios com entes públicos*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2015.
- PACHIKOSKI, Silvia Rodrigues. As alterações na lei de arbitragem. In: MAIA NETO, Franciso; MUNIZ, Joaquim de Paiva (Coord.). *Reforma da lei de arbitragem*:



- comentários ao texto completo. Belo Horizonte: Francisco Maia & Associados, 2015b. p. 09-20.
- PÉREZ RAGONE, Álvaro J.; ORTIZ PRADILLO, Juan Carlos. *Código procesal civil alemán (ZPO)*: traducción con un estudio introductorio al proceso civil alemán contemporáneo; incluye artículos de Hanns Prütting y Sandra De Falco. Montevideu: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2006.
- RICCI, Edoardo Flavio. Desnecessária conexão entre disponibilidade do objeto da lide e admissibilidade da arbitragem: reflexões evolutivas. In: LEMES, Selma Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto; MARTINS, Pedro Batista (Org.) *Arbitragem: estudos em homenagem ao Prof. Guido Fernando da Silva Soares, in memoriam*. São Paulo: Atlas, 2007.
- _____. *Lei de arbitragem brasileira: oito anos de reflexão: questões polêmicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- SALLA, Ricardo Medina. *Arbitragem e administração pública: Brasil, Argentina, Paraguai e Uruguai*. São Paulo: Quartier Latin, 2014.
- SALLES, Carlos Alberto de. *Arbitragem em contratos administrativos*. Rio de Janeiro: Forense/Método, 2011.
- SAMTLEBEN, Jürgen. Arbitragem no Brasil. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*. São Paulo, v. 77, p. 185-210, 1982.
- SCAVONE JÚNIOR, Luiz Antonio. *Manual de arbitragem*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- SCHENK, Leonardo Faria. Notas sobre a (in)disponibilidade do objeto litigioso e a arbitrabilidade. *Revista da EMERJ*. Rio de Janeiro, v. 12, n. 48, p. 59-73, out./dez. 2009
- SILVA, Paula Costa e. A intervenção de terceiros no direito português. In: SILVA, Paula Costa e; GRADI, Marco. *A intervenção de terceiros no procedimento arbitral voluntário dos direitos português e italiano*. Roma: Terzo Millennio, 2009. p. 11-38.



TEPFER, Mónica Viviana. Una puesta al día en la legislación sobre arbitraje en la Argentina. *Lecciones y Ensayos*. Buenos Aires, n. 84, p. 197-212, 2008.

VENTURA, Raúl. Convenção de arbitragem. *Revista da Ordem dos Advogados*. Lisboa, a. 46, v. II, p. 289-413, setembro 1986.



INTEGRATION BETWEEN WEST AND EAST

Abstract: The research will conduct a critical reflection on the world crisis between religion and law in the 21st century. Through the bibliographic research procedure, religious freedom will be analyzed, as well as its international protection. It will then go deeper into the central problem of research, namely that the law proves incapable of resolving the clash between western and eastern precepts in religious matters. Finally, using the deductive method, we will examine the ban on wearing the Islamic veil in the West.

Keywords: Religious freedom; Religion; Law; International right.

Sumário: Introdução; 2. Liberdade religiosa e sua proteção internacional; 3. A crise mundial entre direito e religião; 4. O uso do véu islâmico no Ocidente; 4. Considerações finais.

1. INTRODUÇÃO



A presente pesquisa, por meio do procedimento de pesquisa bibliográfica, realizará uma reflexão crítica acerca da crise mundial no século XXI entre religião e direito. Em um primeiro momento, a pesquisa fará um breve apanhado histórico acerca da liberdade religiosa, utilizando como referência a Magna Carta de 1215, e, hodiernamente, a proteção internacional por meio da Declaração Universal de Direitos Humanos, de onde decorre a Declaração da ONU sobre a Eliminação de todas as Formas de Intolerância e Discriminação baseadas na Religião ou na Convicção.

A problemática central da pesquisa, pauta-se no sentido de que no século XXI com a globalização e o “ressurgimento”

da religião, diferentes culturas passaram a interagir, ao passo que o direito se mostra (in)eficaz para dirimir os conflitos resultantes de tal interação, principalmente entre culturas ocidentais e orientais, extremamente opostas. Nesse sentido, a Declaração Universal de Direitos Humanos, apesar de prever direitos a todas as pessoas sem distinção, não supre essa crise, pois, sua proteção aplica-se de forma eficaz do mundo ocidental, porém, questionável às culturas orientais.

Ao final, utilizando o método dedutivo, a fim de demonstrar a crise existente entre a religião e o direito, a pesquisa estudará o caso polêmico da restrição da liberdade religiosa dos adeptos ao islamismo pela proibição do uso do véu islâmico no Ocidente, que além de ferir um direito intrínseco ser humano, demonstra que em pleno século XXI ainda existem manifestações de intolerância religiosa, mesmo em países em que o ordenamento jurídico preza pelos direitos humanos e direitos fundamentais.

2. LIBERDADE RELIGIOSA E SUA PROTEÇÃO INTERNACIONAL

A liberdade religiosa encontra-se consagrada em diversos documentos que outorgam direitos aos homens. Um dos documentos mais importantes, a qual protege e consagra a liberdade⁴, é a Magna Carta de 1215, resultado da luta dos homens

⁴ Norberto Bobbio alude que “o desenvolvimento dos direitos do homem passou por três fases: num primeiro momento, afirmaram-se os direitos de liberdade, isto é, todos aqueles direitos que tendem a limitar o poder do Estado e a reservar para o indivíduo, ou para os grupos particulares, uma esfera de liberdade em relação ao Estado; num segundo momento, foram propugnados os direitos políticos, os quais – concebendo a liberdade não apenas negativamente, como não impedimento, mas como autonomia – tiveram como consequência a participação cada vez mais ampla, generalizada e frequente dos membros de uma comunidade no poder político (ou liberdade no Estado); finalmente, foram proclamados os direitos sociais, que expressam o amadurecimento de novas exigências – podemos mesmo dizer, de novos valores –, como os do bem-estar e da igualdade não apenas formal, e que poderíamos chamar de liberdade através ou por meio do Estado”. (BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Coutinho,



livres da época contra o Rei João “Sem-terra”. Em seu artigo 63, a Magna Carta expressa a aspiração dos barões do reino em relação à liberdade e, inclusive, à liberdade religiosa⁵:

Razão por que desejamos e firmemente ordenamos que a igreja inglesa seja livre e que os homens do nosso reino tenham e conservem todas as liberdades, direitos e concessões acima, sólidos e em paz, livre e serenamente, plena e completamente, para si e para os seus herdeiros. Isso foi jurado por nós e por nossos barões, que tudo o acima referido será mantido em boa-fé e sem malícia.

Como se vê, a Magna Carta é o resultado da aspiração de se alcançar efetivamente a liberdade, não só dos homens, mas também da Igreja da Inglaterra. Nesse sentido, Cardoso alude que a Magna Carta “é considerada a base das liberdades inglesas” (1986, p.135) e, apesar desse documento versar praticamente sobre o regime feudal, Fábio Konder menciona que a Magna Carta inovou ao “reconhecer que os direitos próprios dos dois estamentos livres — a nobreza e o clero — existiam independentemente do consentimento do monarca, e não podiam ser modificados por ele” (2017, p.92), representando um grande avanço na luta pela liberdade e pelos direitos do homem.

Posteriormente, outros documentos, inspirados pela Magna Carta e resultantes de lutas contra um poder absoluto, preocuparam-se em proteger a liberdade e suas ramificações, como a liberdade religiosa⁶, a exemplo, tem-se a Declaração de

Carlos Nelson. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 92-93).

⁵John Stuart Mil menciona que: “a luta entre liberdade e autoridade é a característica mais notável das partes da história que nos são mais familiares, especialmente as da Grécia, de Roma e da Inglaterra. Mas, nos velhos tempos essa disputa era entre os súditos, ou algumas classes de súditos e o governo. A liberdade era entendida como a proteção contra a tirania dos governantes políticos”. (MILL, John Stuart. *Sobre a liberdade*. Tradução de Maria Aparecida Sargiolato. São Paulo: Editorial, 2018. p. 9-10).

⁶ “A liberdade religiosa é um direito humano dotado de uma historicidade que perpassa guerras religiosas, atos de intolerância e desrespeito ao outro, não somente nos tempos passados, como também na sociedade contemporânea. Sua origem pode ser observada na ideia de tolerância religiosa, entrelaçada com a proibição de o Estado impor uma religião oficial do foro íntimo do indivíduo”. MORAIS, Marcio Eduardo



Independência das antigas treze colônias britânicas da América do Norte de 1776, que “nasce sob a invocação da liberdade, sobretudo da liberdade de opinião e religião, e da igualdade de todos perante a lei” (COMPARATO, 2017, p.120) e que marca o “respeito aos direitos humanos” (COMPARATO, 2017, p. 111).

Importante destacar que a importância da Declaração de Independência dos Estados Unidos fundamenta-se por ser

o primeiro documento político que reconhece, a par da legitimidade da soberania popular, a existência de direitos inerentes a todo ser humano, independentemente das diferenças de sexo, raça, religião, cultura ou posição social (COMPARATO, 2017, p. 119).

Por conseguinte, em 1776, Thomas Jefferson redigiu “uma lei sobre a liberdade de religião, e que o primeiro artigo da chamada “Declaração de Direitos” norte-americana, constituída pelas dez primeiras emendas à Constituição Federal, votadas pelo Congresso em 25 de setembro de 1789, diga respeito à liberdade de religião, de palavra e de imprensa” (COMPARATO, 2017, p. 115).

Cabe destacar que a proteção da liberdade religiosa por Thomas Jefferson se deu inclusive por influência do pensamento de John Locke, que é considerado um dos grandes defensores da liberdade humana e, que defendeu grandemente a liberdade religiosa em sua obra “Carta sobre a tolerância” onde expõe seu pensamento, assim como protegido na Declaração do Bom Povo de Virgínia⁷, que antecedeu a Declaração de Independência dos Estados Unidos, e que defende que a religião⁸ acontece no

Senra Nogueira Pedrosa. *Laicidade estatal, liberdade religiosa e reconhecimento: a polêmica sobre a proibição do uso de roupas religiosas durante o horário de trabalho*. CONPEDI BRASÍLIA – DF. Disponível em: <http://conpedi.daniloir.info/publicacoes/roj0xn13/05cgt1vs/iHCq3Lhgpf7xUc2C.pdf>. Acesso em 05 ago. 2019.

⁷ “XVI - A religião ou os deveres que temos para com o nosso Criador, e a maneira de cumpri-los, somente podem reger-se pela razão e pela convicção, não pela força ou pela violência; consequentemente, todos os homens têm igual direito ao livre exercício da religião, de acordo com o que dita sua consciência, e que é dever recíproco de todos praticar a paciência, o amor e a caridade cristã para com o próximo”.

⁸ “O sentido etimológico da palavra religião monta ao latim religere, “re-ligar” que



íntimo de cada um e que ninguém pode impor a sua religião sobre o outro, pois todos têm a liberdade de escolher a religião⁹ que mais o agrado (2010, p. 42-60).

Pouco tempo depois, a França, movida pelos ideias da liberdade e lutando contra “*Ancien Régime*”, iniciou a chamada Revolução Francesa da qual decorreu a Declaração Francesa de 1789¹⁰ defensora de valores fundamentais como a liberdade, como dispõe em seu artigo 10 que nenhum homem pode sofrer interferências em sua liberdade de opinião, inclusive de cunho religioso. Ressalta-se que essa Declaração “tinha mais o caráter de uma mera tolerância religiosa do que uma ampla e irrestrita liberdade” (MAZZUOLI, 2009, p.54).

Hodiernamente, o principal documento protetor dos direitos dos homens é a Declaração Universal de Direitos Humanos de 1945, a qual prevê direitos destinados a todas as pessoas, como a vida e a liberdade, inclusive, a liberdade religiosa, ao prever em seu artigo 18 que “toda a pessoa tem direito à

significa “juntar,” unir” o profano ao sagrado, o material ao espiritual. A religião se apresenta, pois, como um conjunto de crenças e comportamentos e é tratada pela sociologia como um fato social” (DINIZ, Geilza Fátima Cavalcanti. *Direitos humanos e liberdade religiosa: os domínios recalcitrantes do direito internacional: as tensões entre as diversidades religiosas e o processo de internacionalização dos direitos humanos*. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2014, p.110).

⁹ Nesse sentido, Kant alude que “a religião (considerada subjetivamente) é o conhecimento de todos os nossos deveres como mandamentos divinos” (KANT, Immanuel. *A religião nos limites da simples razão*. Trad. Ciro Mioronza. São Paulo: Lafonte, 2017. p.145).

¹⁰ Fontes alude que uma “etapa relevante da laicização viria com a Revolução Francesa, consagrada que foi a liberdade de religião na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789. Aí sim nos aproximamos da concepção individualista das liberdades de crença, de expressão, de pensamento etc. Mas a realidade social manifestava a presença ainda relevante do fenômeno religioso e da influência católica e por isso, inicialmente, a Revolução não cogitou separar totalmente as instâncias estatais da Igreja, mas submetê-la aos seus membros com a votação de uma “constituição civil” que o clero deveria jurar, como forma de fidelidade ao novo regime. De qualquer forma, houve grande avanço na laicização, com a adoção, por exemplo, do registro civil, do casamento e do divórcio como atos próprios do poder público, subtraídos à autoridade eclesiástica” (FONTES, Paulo Gustavo Guedes. *Laicidade e proibição do véu islâmico na França*. Revista Direito Mackenzie, vol. 10, n. 1, 2017. p. 184).



liberdade de pensamento, de consciência e de religião”, assegurando também que todos têm a “liberdade de mudar de religião ou de convicção, assim como a liberdade de manifestar a religião ou convicção, sozinho ou em comum, tanto em público como em privado, pelo ensino, pela prática, pelo culto e pelos ritos”.

Considerando a delicadeza e complexidade dos assuntos que envolvem religião, a comunidade internacional, baseando-se na Declaração Universal dos Direitos Humanos, promulgou a Declaração da ONU sobre a Eliminação de todas as Formas de Intolerância e Discriminação baseadas na Religião ou na Convicção de 1981, a fim de garantir a efetividade da liberdade religiosa e que influenciaram a proteção da liberdade religiosa no âmbito interno de alguns países.

Como visto, a liberdade religiosa é amplamente protegida, é “direito fundamental da pessoa humana” (MAZZUOLI, 2009, p.165), pois é valor intrínseco do homem, isto é, valor fundamental a sua personalidade¹¹ e que integra o núcleo da dignidade da pessoa humana¹², pois a liberdade religiosa possibilita a cada pessoa escolher, de acordo com suas próprias convicções e sentimentos, ter ou não ter uma religião, mas também outorga a cada indivíduo a liberdade de expressar, seja de forma individual ou por meio de grupos religiosos, aquilo que está em seu íntimo, que o move como ser humano que é, como ser dotado de dignidade.

¹¹ A religião é um “sistema cultural, que assim tem a capacidade de criar e moldar comportamentos humanos, criando tradições culturais na sociedade” (DINIZ, Geilza Fátima Cavalcanti. *Direitos humanos e liberdade religiosa: os domínios recalcitrantes do direito internacional: as tensões entre as diversidades religiosas e o processo de internacionalização dos direitos humanos*. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2014. p.39).

¹² Nesse sentido, Cleide Fermentão explica que “o princípio da dignidade humana protege a vida, a liberdade, todos os direitos personalíssimos, e protegerá direitos futuros, como alicerce do Direito. Está vigente, e pode ser reconhecido como uma teoria de justiça diante da sua importância para tutelar novos direitos, sendo, portanto, uma bandeira de justiça” (FERMENTÃO, Cleide Aparecida Gomes Rodrigues. *Dignidade da pessoa humana como uma nova teoria de justiça* Revista Jurídica Cesumar - Mesurado, v. 16, n. 3, p. 877-896, set./dez. 2016. p.892).



Dessa forma, ressalta-se que a liberdade religiosa se destina a todas as pessoas sem distinção, isto é, protege tanto cristãos, agnósticos e ateus. Sendo assim, é considerada “conquista sem a qual não pode haver paz social e a convivência harmoniosa entre as diversas concepções religiosas existentes na sociedade” (MAZZUOLI, 2009, p.165). Nesse sentido, Paulo Adragão ensina que a liberdade religiosa “implica a possibilidade de expressão social da diversidade, essência do pluralismo”, desse modo, deve haver o respeito às liberdades que decorrem da liberdade religiosa, como a liberdade de culto, de construção de templos e de comemoração de dias festivos religiosos (2002. p. 15 –18).

Sobre a religião, Voltaire em sua obra “Tratado sobre a Tolerância” alude a religião como um elemento que proporciona não só discórdia, mas também harmonia entre os homens:

os povos de que a história nos deu alguns fracos conhecimentos, todos eles consideravam suas diferentes religiões como laços que os uniam a todos; era uma associação do gênero humano. Havia uma espécie de hospitalidade entre os deuses como entre os homens. Se um estrangeiro chegasse a uma cidade, começava a adorar os deuses do país. Nunca deixava de venerar os deuses até mesmo de seus inimigos. Os troianos dirigiam preces aos deuses que combatiam pelos gregos (2006. p. 34).

Por fim, a liberdade religiosa é valor humano integrante do núcleo de sua dignidade. Hodiernamente, é protegida por documentos internacionais, como a Declaração Universal de Direitos Humanos, decorrente da luta da humanidade por liberdade e dignidade. A liberdade religiosa protege tanto aqueles que têm ou não tem uma religião, mas, isso não impede conflitos entre culturas religiosas.

3. A CRISE MUNDIAL ENTRE DIREITO E RELIGIÃO

Com a globalização, as diversas culturas existentes no mundo passaram a interagir frequentemente, inclusive, culturas

religiosas. Isso desencadeou o choque entre religiões opostas e trouxe à tona uma crise mundial entre religião e o direito. Nesse sentido, tem-se que o escopo da comunidade internacional, por meio da Declaração Universal de Direitos Humanos, pauta-se em disciplinar as relações sociais com o intuito de harmonização. Contudo, essa universalidade pretendida, adequa-se principalmente aos fundamentos dos países ocidentais, deixando uma lacuna quando se pensa no direito internacional relacionando-se com a cultura oriental.

A crise entre religião e o direito é resultado do “ressurgimento” da religião. Apesar da defesa de países, principalmente, países ocidentais, pela separação entre Estado e Religião, a globalização veio de encontro com esse anseio, ao passo que culturas religiosas, que antigamente ficavam restritas aos seu povo de origem, hodiernamente, transcendem os limites territoriais e interagem com culturas extremamente opostas, acarretando alguns conflitos internacionais fundamentados na religião, como o atentado às torres gêmeas ocorrido nos Estados Unidos em 2001.

Nesse sentido, Diniz menciona que “o sonho da modernidade, com emergência do estado secular, que propiciaria uma tolerância religiosa, parece ter desmoronado junto com as torres gêmeas” (2014, p.17). Isto é, evidenciou-se que os valores consagrados internacionalmente, como a igualdade, liberdade, o pluralismo e, inclusive a tolerância, não se efetivam da mesma maneira a todas as pessoas e culturas, ao passo que em algumas, esses valores se quer existem na prática (2014, p.17).

Em outras palavras, apesar da comunidade internacional acreditar que a separação entre Estado e Igreja teria como consequência a tolerância¹³ religiosa entre culturas diferentes, isso

¹³ “não se pode compreender a laicidade sem a tolerância. A tolerância pode demandar certa modéstia epistemológica quanto a costumes e padrões de comportamento diferentes dos nossos, mas exige sobretudo um olhar de compaixão para o semelhante, de respeito sincero por seus valores e o esforço para encontrar a medida prática em que nossos valores e condutas podem coexistir. A tolerância universaliza-se e contempla a todos, enquanto a intolerância gera intolerância” (FONTES, Paulo Gustavo Guedes.



mostrou-se como não factível, tendo em vista, que direitos humanos, apesar de destinados a todas as pessoas, não são aplicáveis da mesma maneira em todos os países do mundo¹⁴. Isso fica mais visível quando se pensa em países do Ocidente¹⁵ e países do Oriente.

É sabido, que Religião¹⁶ e Estado nem sempre estiverem separados e, em muitos momentos da história, essas duas instituições estavam extremamente ligadas, que praticamente eram uma só; já em outros momentos, Religião e Estado caminharam separados, embora próximos. Dessa forma, a relação entre Direito e Religião ocorre de forma pendular e, no século XXI, pode-se dizer que há uma reaproximação devido ao “ressurgimento” da religião, o que faz necessário a análise dessa relação, a fim de que a comunidade internacional tenha capacidade de lidar com as violações de direitos advindas de questões religiosas (DINIZ, 2014, p.15).

Sobre a complexidade da relação entre Direito e Religião, pode-se elencar diversas razões:

Laicidade e proibição do véu islâmico na França. Revista Direito Mackenzie, vol. 10, n. 1, 2017. p. 186).

¹⁴ Flávia Piovesan, “ao falar do que se entenderia por relativismo, sequer levam em consideração o fenômeno religioso como um aspecto a confrontar a universalidade dos direitos humanos”. (PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 215.)

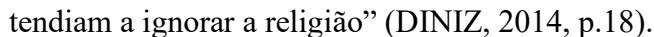
¹⁵ “Para o ocidente, a idéia dos direitos do homem enquanto homem só faz sentido se combinada com a idéia do homem enquanto representação do homem ocidentalizado. Não é à toa que o ocidente, na angustiante esperança de não ser devorado por suas próprias ironias, contorna uma radicalização dos direitos humanos, que o mortificaria, negando ao Outro a marca ocidentalizada do homem. Os fundamentalistas, por exemplo, seriam, nesse sentido, tudo menos homens, seguindo-se aqui a receita produzida pelo capitalismo histórico desde o Século XVI, quando concebeu o racismo e o sexismo. Assim, o Ocidente que emancipa o homem é o mesmo que o coloniza”. (PEREIRA, Ruitemberg Nunes. *Interações transjudiciais e transjudicialismo: sobre a linguagem irônica no direito internacional*. Revista de Direito Internacional, v. 9, n., p.169-199. 2012).

¹⁶ “A liberdade de religião só seria possível em um mundo livre da religião” (SANTOS, Boaventura de Sousa. *If God Were a Human Rights Activist: Human Rights and the Challenge of Political Theologies*. Law, Social Justice & Global Development: 1-41, 2009. p.4).

1) a crescente presença do fenômeno religioso no âmbito das questões sociojurídicas de maior proeminência, como ilustra a crescente judicialização das questões religiosas, com o aumento gradativo da jurisprudência nacional e internacional em temas relativos à religião; 2) a questão religiosa como elemento de destaque nos atuais movimentos reformistas ou revolucionários de base identitária nacional; 3) a crescente demanda dos ateus e dos agnósticos ante a hegemonia cultural e simbólica dos crentes; 4) a invocação do argumento religioso como base dos movimentos tradicionalistas e ultraconservadores; (...) Enfim, em quase todas as dimensões da vida social é possível encontrar elementos de confronto ou de introjeção de normas éticas e/ou jurídicas provenientes do pensamento religioso ou conectados a ele (PONZILACQUA, 2016, p. 1019).

Como visto, diversos são os pontos que causam conflito entre Religião e Direito¹⁷. Nessa perspectiva, como já mencionado, tem-se o marcante episódio do atentado às torres gêmeas, que, por muitos, foi um ato cometido com base em convicções religiosas; momento em que os seguidores de Osama Bin Laden expuseram a força de sua organização, gerando uma crise mundial (DINIZ, 2014, p.18). Essa crise levou os estudiosos a “depararam-se com o fato de que a disciplina do direito das relações internacionais não estava pronta para a inclusão da religião, como uma variante, nos paradigmas até então existentes, que

¹⁷ “O problema religioso é bastante multifacetado, extenso, variado e fragmentado e, por consequência, de grande significado sociológico e jurídico. É desafiante, por exemplo, encontrar expressões normativas equivalentes relativas às instituições religiosas no âmbito do direito comparado mesmo em estados que compartilham semelhante compleição histórico-cultural e participam de mesmo bloco econômico, como são exemplos notáveis os direitos nacionais dos países congregados em torno da União Europeia ou no Mercosul – o que implica a heteronomia ou nos desafios de elaboração jurisprudencial supranacional. Ou seja, há sempre pronunciadas diferenças de base endógena que precisam ser levadas em consideração. Até mesmo nas circunscrições territoriais dos estados é desafiante a construção de homologias em decorrência da multiplicidade fenomênica das organizações religiosas e de suas bases antropológicas”. (PONZILACQUA, Marcio Henrique Pereira. *Direito e Religião: conflitos entre liberdades, desafios sociojurídicos e judicialização*. Revista Novos Estudos Jurídicos - Eletrônica, Vol. 21 - n. 3 - set-dez 2016. p.1023. Disponível em <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/download/.../5441> Acesso em 10 ago. 2019).



recalcitrância ao direito internacional em seu sentido forte (universalização) é apontada por vários estudiosos como sendo fruto do fato de que os instrumentos internacionais, a começar pela Carta da Organização das Nações Unidas de 1945, foram feitos pensando somente nas tradições ocidentais, esquecendo-se completamente do Oriente, para o qual talvez as ideias de secularização não possam ser aplicadas” (2014, p.41).

A globalização trouxe a mistura das culturas, inclusive, de culturas religiosas extremamente opostas, ocorrendo não só o choque entre tais culturas, mas também entre religião e o direito, o que tem consequências, “seja em ataques como o de 11 de setembro de 2001, nos Estados Unidos, seja pela constante presença de outras crenças mudando os hábitos ou incomodando os locais, como o caso do uso de véu (*niqab*) pelas mulheres islâmicas, na França” (DINIZ, 2014, p.100).

Além desses episódios, a crise entre Religião e Direito foi objeto de uma pesquisa realizada pela ONG Hiddush, onde os cidadãos israelenses citaram as questões religiosas, como a falta de transporte durante os sábados judaicos e a perseguição realizada pela ultraortodoxia, “como o mais grave problema da nação” (DINIZ, 2014, p.19-20). Isto é, a questão religiosa é, para esses cidadãos israelenses, tão, ou mais importante, que outros direitos.

Desse modo, é necessário que o Direito caminhe no sentido de que a religião seja tolerada¹⁸ em todo mundo. Contudo,

¹⁸ Para Locke “a tolerância para os defensores de opiniões opostas em questão de religião está tão de acordo com o Evangelho de Jesus Cristo e com a razão pura da humanidade, que parece monstruoso que os homens sejam tão cegos a ponto de não perceberem a necessidade e a vantagem disso diante de uma luz tão clara” (LOCKE, John. *Carta sobre a tolerância*. Trad. e org. de Ari Ricardo Tank Brito. São Paulo:



enfrenta-se algumas questões, como o fato de que não há um conceito comum do que seria religião no Direito, logo, não é possível que a comunidade internacional se pronuncie em relação a quais atos são emanados da religião e que devem ser tolerados, e com isso nasce o questionamento “como assegurar o direito de liberdade religiosa, sem uma definição prévia de religião?” (PONZILACQUA, 2016, p. 1024).

No mesmo sentido, entende-se que o Estado não possui elementos mínimos para conceituar a religião, pois, para isso, muitos religiosos invocam a figura de Deus como fundamento de sua fé (GERTS, 2014, p.19). Nessa mesma perspectiva, Souza alude que “há quem afirme que a religião não se define, por ser ela uma relação com Deus, e por não haver como se definir Deus” (2009, p.34)

Com visto, o ressurgimento da religião acaba por causar um choque com o direito, principalmente, no âmbito internacional, o qual tem o intuito de proteger a dignidade de todos as pessoas. Ressalta-se que a esfera do direito internacional é a que constantemente tem que lidar com as questões de religião e essa influência

É sentida tanto pela presença da religião, como sistema cultural, nas tradições locais dos países que refletem diretamente sobre determinados conceitos jurídicos, como o de integridade física, de liberdade individual e de dignidade da pessoa humana, como em relação à liberdade religiosa como direito fundamental” (DINIZ, 2014, p.21).

Nesse sentido, para que o Direito consiga evitar os choques causados por motivos religiosos, é necessário que haja a efetiva proteção dos direitos humanos no sentido de não promover somente “políticas universalistas, mas específicas, endereçadas a grupos socialmente vulneráveis, enquanto vítimas preferenciais da exclusão. Isto é, a implementação dos direitos humanos requer a universalidade e a indivisibilidade desses direitos, acrescidas do valor da diversidade” (PIOVESAN, 2016, p. 26),

Hedra, 2010. p.35).



a fim de eliminar qualquer ato de intolerância religiosa.

Dessa forma, a tolerância¹⁹ surge como um valor fundamental que dá suporte à convivência entre Religião e Direito. Nesse sentido, Voltaire alude que a “tolerância nunca provocou uma guerra civil; a intolerância cobriu a terra de carnificinas” (2006, p. 28). De certo que essa convivência pacífica entre Religião e Direito precisa de tempo e amadurecimento; “os mecanismos atuais de garantia à liberdade religiosa, portanto, não parecem ser suficientes para enfrentar o momento de aproximação entre estado e religião que nossa época vive” (DINIZ, 2014, p.371).

E esse avanço só ocorrerá com uma melhora “na sistemática jurídica internacional, do sistema jurisprudencial e dos arranjos políticos em vista de busca de modos qualitativos de convivência e tolerância religiosa, seguido da assunção desses valores pelos estados nacionais até atingir a concreção dos direitos e das garantias no cotidiano das pessoas” (PONZILACQUA, 2016, p. 1039). Dessa forma, direito e religião conseguirão conviver em harmonia e, principalmente, diferentes culturas religiosas serão respeitadas e terão sua liberdade religiosa garantida.

4. O USO DO VÉU ISLÂMICO NO OCIDENTE

Como visto, a religião é algo que acontece no íntimo de cada pessoa, ao passo que o sentimento religioso compartilhado por um grupo se torna uma cultura, e por meio de sua liberdade religiosa exercem e expressam a sua fé, seja por palavras, reunindo-se, e até mesmo por meio de símbolos e da vestimenta.

¹⁹ “O direito estaria pronto para atuar como mediador da tolerância religiosa em tais casos? A liberdade religiosa fora de seu país de origem consegue ser respeitada sem uma forte atuação da internacionalização dos direitos?” (DINIZ, Geilza Fátima Cavalcanti. *Direitos humanos e liberdade religiosa: os domínios recalcitrantes do direito internacional: as tensões entre as diversidades religiosas e o processo de internacionalização dos direitos humanos*. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2014. p.364).

Nessa perspectiva, adeptos à religião islâmica, consideram como símbolo e expressão da sua fé o véu islâmico utilizado pelas mulheres.

Ocorro que, com a globalização, esse tipo de prática transcende os países que são adeptos a essa cultura religiosa oriental e perpassam aos territórios ocidentais, “um movimento que vem sendo chamado de neo-islamismo vem ganhando força e adeptos por todo o mundo. O islã tem difundido seus valores, suas tradições e modo de vida com maior visibilidade que outras religiões, especialmente em face das vestimentas peculiares” (DINIZ, 2014, p.364), a exemplo, tem-se o uso do véu islâmico por mulheres na Europa, causando um choque cultura, pois como se verá, essa expressão religiosa é frequentemente alvo de críticas.

A crise mundial entre religião e direito pode ser exemplificada pelos episódios em que o direito francês proibiu o exercício da liberdade religiosa proibindo a utilização do véu islâmico em instituições públicas do país pública (DINIZ, 2014, p.364). Dois casos importantes chamaram a atenção da comunidade internacional para a questão da religião e do direito na Europa, o caso *Dahlab versus Suíça*²⁰ e o caso *Shin versus Turquia*²¹, que tiveram como desfecho a proibição dessas vestimentas envoltas de cunho religioso “demonstrando a inabilidade das Cortes em tratar de assuntos religiosos quando inseridos na vida pública” (DINIZ, 2014, p.364).

Por conseguinte, a França, em 2004 promulgou a lei n. 228, que proibiu o uso de símbolos religiosos no ambiente escolar, como escola e colégios, com exceção do ambiente universitário. A justificativa da lei pautou-se na laicidade, e como consequência da proibição dos símbolos religiosos, houve a censura da utilização do véu islâmico pelas docentes e funcionárias das

²⁰ Caso em que uma professora foi proibida de dar aulas utilizando o véu islâmico.

²¹ Caso em que uma estudante foi proibida de utilizar o véu islâmico durante as aulas da universidade.



escolas e, inclusive, pelas alunas. Ressalta-se que a lei proibiu qualquer tipo de véu islâmico, não fazendo distinção entre os tipos de véus, isto é, foram proibidos tanto os véus que cobrem praticamente o rosto todo ou qualquer outro tipo de véu com caráter religioso (FONTES, 2017, 182). Nota-se que essa lei restringe o exercício da liberdade religiosa das mulheres adeptas ao islã, mesmo em um país onde prima-se pela “liberdade, igualdade e solidariedade”.

Já em 2011, a França promulgou uma segunda lei²², denominada “burqa ban”, que não só manteve a proibição da lei anterior, mas, proibiu o uso do véu islâmico em todo espaço público do país. Além de que estabeleceu penalidades para aquelas mulheres que descumprissem a lei²³, isto é, que utilizassem o véu islâmico integral, que cobre o corpo todo, (“burqa”) em público e também para quem obrigasse²⁴ uma mulher a vestir o “burqa” (DINIZ, 2014, p.368). Como se vê, a lei de 2011 é mais rígida e restringe tanto a liberdade religiosa das mulheres, mas também dos maridos, pais, ou outra pessoa adepta ao islã e orienta o uso do véu integral (DINIZ, 2014, p.369).

Importante destacar que a Corte Europeia dos Direitos do Homem considerou que ambas as leis não feriam a Convenção Europeia dos Direitos do Homem, pois fundamentavam-se na segurança pública nacional devido aos ataques terroristas que o país sofreu²⁵ e no entendimento de que a mulher ao utilizar o véu

²² “Apesar de aparentemente neutra, a história política e legislativa, assim como o contexto das leis francesas, sugere que elas foram concebidas precisamente para atingir o Islã, em uma época em que o conceito de terrorismo, após o 11 de setembro, conduziu uma flexibilização dos direitos humanos” (DINIZ, Geilza Fátima Cavalcanti. *Direitos humanos e liberdade religiosa: os domínios recalcitrantes do direito internacional: as tensões entre as diversidades religiosas e o processo de internacionalização dos direitos humanos*. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2014. p.369).

²³ A penalidade para as mulheres consistia em multa de 150 euros que poderia ser cumulada com um curso de educação cívica.

²⁴ A penalidade consistia em um ano de prisão cumulado com uma multa de US\$ 30 mil euros.

²⁵ “A reação do Estado francês a esses ataques, por sua vez, tem pautado polêmicas

islâmico colocava-se em uma posição de inferioridade²⁶, o que contrariava os preceitos constitucionais do país (FONTES, 2017, p.182). Contudo, “as razões que a CEDH utilizou para fundamentar suas decisões demonstram que não se garantiu a plena liberdade religiosa, prevista tanto nos ordenamentos nacionais como estrangeiros e internacionais” (DINIZ, 2014, p.365).

Dessa forma, apesar da Convenção Europeia dos Direitos Humanos proteger a liberdade religiosa, permitindo, inclusive, a expressão religiosa, a lei francesa mostrou-se contrária aos preceitos internacionais, pois restringiu de forma expressa a liberdade religiosa por meio da proibição de um símbolo religioso, isto é, o véu islâmico, fazendo ressurgir a problemática relacionada à intolerância religiosa e à laicidade do Estado (DINIZ, 2014, p.368-369).

Mesmo com a crise já instaurada entre religião e direito na França, a comunidade internacional voltou seus olhares novamente para a França no ano de 2016, quando alguns municípios do país proibiram o uso do “burkini”²⁷ no litoral francês (CARVALHO, 2017, p.289 -290). Na mesma linha das leis

discussões internas e internacionais quanto à restrição de liberdades individuais reconhecidas universalmente, sob o fundamento de preservação da ordem pública, da segurança nacional e da laicidade do Estado.” (CARVALHO, Thirzzia Guimarães de. *A proibição do uso do burkini na França. Análise à luz da proteção internacional dos direitos humanos frente à ameaça do terrorismo*. Publicações da Escola da AGU. v. 9, n.1, 2017. p.289).

²⁶ “As justificativas levantadas pelo legislador para proibir o uso desse tipo de vestimenta são várias, com destaque para: i) a preservação do Estado laico, por meio da proibição da ostentação pública de símbolos religiosos; ii) a proteção da segurança nacional e da ordem pública, de modo a impedir que terroristas se valham desse tipo de traje para dificultar o seu reconhecimento ou ocultar armamentos; iii) a proteção dos direitos e liberdades da mulher; iv) reafirmação de valores que representam a identidade nacional do país, em especial ao que significa “ser francês” e o “desejo por viver juntos” como nação.” (CARVALHO, Thirzzia Guimarães de. *A proibição do uso do burkini na França. Análise à luz da proteção internacional dos direitos humanos frente à ameaça do terrorismo*. Publicações da Escola da AGU. v. 9, n.1, 2017. p.289).

²⁷ Traje de banho islâmico, o qual cobre todo o corpo da mulher, inclusive os cabelos, deixando somente o rosto à mostra.



anteriormente citadas, os decretos municipais²⁸ fundamentavam-se na ordem pública, no sentido de que “o burkini representaria uma provocação ao povo francês abalado com os ataques recentes promovidos por extremistas islâmicos, além da ostentação de um símbolo religioso nas praias do país que prima pela separação entre Igreja e Estado e pela preservação de valores que representam sua identidade nacional” (CARVALHO, 2017, p.290).

Ressalta-se que a proibição do burkini agravou-se pelo fato de que muitas passaram a ser aplicadas às mulheres que trajavam tal vestimenta nas praias, além de abordagens policiais que exigiam a retirada das mulheres do litoral francês ou que retirassem o traje (CARVALHO, 2017, p.290). Atos como esse demonstram claramente a violação da liberdade religiosa, além de serem considerados como uma manifestação de intolerância, ao passo que o direito à liberdade religiosa é protegido internacionalmente e destinado a todas as pessoas. Nesse sentido, Diniz menciona que

A liberdade do uso do véu pelas mulheres islâmicas fora de seu país pode ser vista como genuína questão de manifestação religiosa, mas também é um simbolismo como significado sociopolítico relativo à igualdade e participação social. O banimento do uso de véus em espaços públicos franceses pode ser visto, portanto, como uma rejeição social de práticas opressivas às mulheres, como também pode ser visto como um reflexo de profundas raízes de exclusão e intolerância religiosa na Europa (2014, p.371).

Dessa forma, verifica-se que a questão da religião transcede a soberania dos estados e o direito internacional deve agir, a fim de que se garanta a liberdade religiosa de todas as pessoas (CARVALHO, 2017, 296). Nesse sentido, tem-se que a não

²⁸ “Para os apoiadores da proibição ela se dá em nome cultura francesa e de ditames relacionados à preservação de condições favoráveis à convivência social, ao passo que a vestimenta simbolizaria o separatismo, em prejuízo da ideia de união nacional.” (CARVALHO, Thirzzia Guimarães de. *A proibição do uso do burkini na França. Análise à luz da proteção internacional dos direitos humanos frente à ameaça do terrorismo*. Publicações da Escola da AGU. v. 9, n.1, 2017. p.290).

proibição do véu islâmico nos países ocidentais seria um primeiro passo ao respeito às liberdades individuais e o respeito aos direitos de todo ser humano, pois para os adeptos ao islamismo, a utilização do véu é uma demonstração do comprometimento da sua fé e com sua família, e não um meio de ofensa à aqueles que não acreditam nessa religião (DINIZ, 2014, p.370).

Sendo assim, o direito não pode se manter inerte diante de manifestações de intolerância²⁹ que são contrária “à liberdade religiosa conquistada como direito humano, com expressa previsão da Convenção Europeia dos Direitos Humanos e contra à proteção à diversidade cultural religiosa propalada pela CEDH, especialmente nos julgados em que se utilizou a margem nacional de apreciação (DINIZ, 2014, p.371).

Por fim, apesar do grande avanço em relação aos direitos humanos protegidos internacionalmente, o mundo ainda sofre com a intolerância religiosa. Deve haver uma coexistência pacífica que possibilite o pleno exercício da liberdade religiosa, como no caso do véu islâmico, o qual, embora sua proibição seja fundamentada na ordem pública, relaciona-se com um valor inestimável, qual seja, a fé.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como visto, a liberdade humana é valor amplamente protegido pelo Direito Internacional. Essa proteção decorre da importância que a liberdade tem na vida do homem, além de ter sido objeto de luta ao longo da história, a fim de que os homens pudessem gozar desse valor que é intrínseco ao ser humano. Por

²⁹ “Deve-se lembrar ainda que países europeus vêm manifestando outra compreensão sobre o uso do véu islâmico. Em 13 de março de 2015, o Tribunal Constitucional Alemão decidiu que as professoras muçumanas podem, sim, vestir o véu nas escolas, invalidando a proibição adotada por alguns Estados. Em um momento de radicalização, em que são convocadas manifestações contra a islamização da Europa, decisões como essa apostam na tolerância e na convivência pacífica” (FONTES, Paulo Gustavo Guedes. *Laicidade e proibição do véu islâmico na França*. Revista Direito Mackenzie, vol. 10, n. 1, 2017. p. 186).



meio da liberdade o homem é capaz de fazer escolhas e encaminhar sua vida conforme suas convicções, sejam elas filosóficas, políticas e até mesmo religiosas.

Verificou-se ao longo da pesquisa, que a religião é algo que acontece no íntimo de cada ser humano, que por meio da liberdade religiosa, expressa sua fé. Além de que, liberdade religiosa é destinada não só para aqueles que são adeptos a alguma religião, mas, inclusive, aos agnósticos ou ateus. Sendo assim, é possível afirmar que a liberdade religiosa não faz distinção, e sim protege e abarca toda pessoa.

Como problemática central, a pesquisa demonstrou que com a globalização, a diversidade cultural, inclusive em questões de religião, passou a interagir frequentemente, um movimento denominado “ressurgimento” da religião, que, por vezes, gera conflitos entre o direito e a religião. Como exemplificado, o caso da proibição do véu islâmico na França, que mesmo com a proteção internacional da liberdade religiosa, foi censurado, impedindo a expressão religiosa das mulheres adeptas ao islã e que é considerado um ato de intolerância religiosa.

Portanto, no século XXI, há uma crise entre religião e o direito, no sentido de que direitos protegidos internacionalmente, como na Declaração Universal de Direitos Humanos, na prática, não se efetivam a todas as pessoas, principalmente, quando há o choque entre assuntos religiosos entre oriente e ocidente. Sendo assim, há a necessidade de que o Direito avance, a fim de que esse valor fundamental do ser humano, isto é, a liberdade religiosa, seja efetivamente protegida e por meio da tolerância possa ser exercida em qualquer lugar.



REFERÊNCIAS



- ADRAGÃO, Paulo Pulido. *A liberdade religiosa e o Estado*. Alameda: Coimbra, 2002.
- ÁVILA, Flávia de; CARVALHO, Jose Lucas Santos. *A proteção à liberdade de expressão na corte interamericana de direitos humanos: uma análise a partir do estado chileno*. 2016. Revista de Direitos Humanos em Perspectiva | e-ISSN: 2526-0197 | Brasília | v. 2 | n. 1 | p. 150-169 | Jan/Jun. 2016.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Coutinho, Carlos Nelson. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- CARDOSO, Antonio Manoel Bandeira. *A Magna Carta – conceituação e antecedentes*. Revista Inf. Legis. Brasília a. 23 n.91 jul./set. 1986. Disponível em <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/182020/000113791.pdf?sequence=1> Acesso em 12 ago. 2019.
- CARVALHO, Thirzzia Guimarães de. *A proibição do uso do burkini na França. Análise à luz da proteção internacional dos direitos humanos frente à ameaça do terrorismo*. Publicações da Escola da AGU. v. 9, n.1, 2017.
- COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- DINIZ, Geilza Fátima Cavalcanti. *Direitos humanos e liberdade religiosa: os domínios recalcitrantes do direito internacional: as tensões entre as diversidades religiosas e o processo de internacionalização dos direitos humanos*. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2014.
- FERMENTÃO, Cleide Aparecida Gomes Rodrigues. Dignidade da pessoa humana como uma nova teoria de justiça. *Revista Jurídica Cesumar - Mestrado*, v. 16, n. 3, p. 877-896, set./dez. 2016.
- FONTES, Paulo Gustavo Guedes. Laicidade e proibição do véu islâmico na França. *Revista Direito Mackenzie*, vol. 10, n. 1, 2017.



- GERTS, Nadia. *Liberté? Égalité? Laïcité!*. Bélgica: Les éditions du CEP, 2014.
- KANT, Immanuel. *A religião nos limites da simples razão*. Trad. Ciro Mioronza. São Paulo: Lafonte, 2017.
- LOCKE, John. *Carta sobre a tolerância*. Trad. e org. de Ari Ricardo Tank Brito. São Paulo: Hedra, 2010.
- MAZZUOLI, Valerio de Oliveira; SORIANO, Aldir Guedes. *Direito à liberdade religiosa: desafios e perspectivas para o século XXI*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.
- MILL, John Stuart. *Sobre a liberdade*. Tradução de Maria Aparecida Sargiolato. São Paulo: Editorial, 2018.
- MORAIS, Marcio Eduardo Senra Nogueira Pedrosa. *Laicidade estatal, liberdade religiosa e reconhecimento: a polêmica sobre a proibição do uso de roupas religiosas durante o horário de trabalho*. CONPEDI BRASÍLIA – DF. Disponível em: <http://conpedi.danilolr.info/publicacoes/roj0xn13/05cgt1vs/iHCq3Lhgpf7xUc2C.pdf>. Acesso em 05 ago. 2019.
- PEREIRA, Ruitemberg Nunes. *Interações transjudiciais e transjudicialismo: sobre a linguagem irônica no direito internacional*. Revista de Direito Internacional, v. 9, 2012.
- PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e justiça internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano*. São Paulo: Saraiva, 2006.
- PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. São Paulo: Saraiva, 2012.
- PONZILACQUA, Marcio Henrique Pereira. Direito e Religião: conflitos entre liberdades, desafios sociojurídicos e judicialização. *Revista Novos Estudos Jurídicos - Eletrônica*, Vol. 21 - n. 3 - set-dez 2016. Disponível em <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/download/.../5441> Acesso em 10 ago. 2019.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. *If God Were a Human Rights*



Activist: Human Rights and the Challenge of Political Theologies. Law, Social Justice & Global Development: 1-41, 2009.

SOUZA, Josias Jacintho. Separação entre religião e estado no Brasil: utopia constitucional?. *Tese de doutorado*. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP, 2009. Disponível em <https://tede2.pucsp.br/handle/handle/8541>. Acesso em 12 ago. 2019.

VOLTAIRE. *Tratado sobre a tolerância*. Tradução Antonio Geraldo da Silva. São Paulo: Escala Educacional, 2006.

3. Do dever de cooperação entre os contratantes nos contratos empresariais. 4. Conclusão: em tempos de incerteza, há conclusão? Referências.

INTRODUÇÃO



Lfato inegável que a pandemia do Covid-19 causou uma grande desordem nas relações contratuais, não se mostrando diferente nas relações empresariais. O novo coronavírus (Sars-Cov-2) foi declarado no dia 30 de janeiro de 2020, pela Organização Mundial de Saúde (OMS), como uma Emergência de Saúde Pública de Importância Mundial, sendo, posteriormente, no dia 11 de março, declarado como pandemia, considerando seu alto grau de disseminação.

As consequências causadas pela pandemia, que na realidade se deram em virtude do isolamento social com marco inicial no dia 20 de março de 2020, geram, ainda, grande instabilidade econômica trazendo dificuldades nunca antes vivenciadas no cumprimento das obrigações contratuais, principalmente, nos contratos empresariais de longa duração³. Assim, muitas são as

³ Sobre contratos de colaboração, dever de negociação e rompimento, consultar: DUARTE, Victória Albertão. *Contratos empresariais de colaboração: a resilição unilateral e a proteção dos investimentos* 2020. 120 f. Dissertação (Mestrado em Direito) Programa de Pós-Graduação em Direito. Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre). “No plano jurídico, a racionalidade jurídica se reflete em contratos empresariais de longa duração, os quais tem por característica obrigações de caráter continuado ou de trato sucessivo e não apenas uma operação isolada de compra e venda” (FAGANELLO, Tiago. *Contratos empresariais de longa duração e incompletude contratual*. 125 f. Dissertação - Mestrado em Direito - Programa de Pós-Graduação em Direito. Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2017). “Os contratos de longa duração ganham muita relevância no âmbito empresarial. Isso porque permitem, de um lado, a adaptabilidade dinâmica às necessidades concretas de uma empresa, diminuindo os custos (economiza-se, com efeito, nos custos de transações, por exemplo); de outro, o atendimento imediato de tais necessidades, sem que seja necessário aguardar o tempo necessário para as tratativas, negociações etc”. (RAMOS, Vitor de Paula. *A dependência econômica nos contratos de longa duração*. In: Revista Brasileira de Direito Civil. Belo Horizonte,



dúvidas acerca da melhor forma de solução dos conflitos surgidos, questionando-se qual seria a melhor solução a ser dada em relação ao cumprimento dos contratos empresariais.

Desta forma, tratando-se de contratos que têm por pressuposto determinada realidade fática que foi radicalmente alterada, de modo a agravar ou impedir o seu regular cumprimento em momento posterior, quais seriam as soluções para tais situações? Parafraseando Resedá: “Todos querem apertar o botão vermelho do art. 393 do Código Civil para se ejetar do contrato em razão da covid-19, mas a pergunta que se faz é: todos possuem esse direito?”.⁴

No entendimento de Bruno Miragem, torna-se necessário diferenciar os contratos cujos efeitos se projetam no tempo, ou seja, aqueles contratos de duração sucessiva ou periódica, dos contratos de simples diferimento entre o momento da sua celebração e o da realização da prestação, de que modo que a situação atual, ou seja, a pandemia altera a relação contratual⁵.

Conforme o jornal “El País”, da Espanha, a Organização Internacional do Trabalho (OIT) estima que a “Crise do coronavírus levará mais de 11,5 milhões de latino-americanos ao desemprego neste ano”.⁶ A lógica é: nos Estados que adotaram ou vierem a adotar o chamado “*lockdown*” (bloqueio total) das

v. 20, pp. 18-38, abr./jun. 2019).

⁴ RESEDÁ, Salomão. Disponível em <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-contratuais/323958/todos-querem-apertar-o-botao-vermelho-do-art-393-do-codigo-civil-para-se-ejetar-do-contrato-em-razao-da-covid-19-mas-a-pergunta-que-se-faz-e-todos-possuem-esse-direito>. Acesso em 10 abril 2020. BRASIL. Código Civil. Artigo 393: Art. 393. O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado. Parágrafo único. O caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir.

⁵ MIRAGEM, Bruno. *Nota relativa à pandemia de coronavírus e suas repercussões sobre os contratos e a responsabilidade civil*. Disponível em http://genjuridico.com.br/2020/03/27/coronavirus-responsabilidade-civil/#_ftnref2. Acesso em 01 de março de 2021.

⁶ Jornal El País. Disponível em <https://brasil.elpais.com/economia/2020-05-22/crise-do-coronavirus-levara-mais-de-115-milhoes-de-latino-americanos-ao-desemprego-neste-ano.html>. Acesso em 31 de agosto de 2020.



atividades, serão mais graves ainda os prejuízos causados em detrimento dessas ordens, visto que quanto mais tempo durar a paralização das atividades, maiores serão as consequências, levando inúmeros empresários à insolvência e, até mesmo, à falência.

Além disso, diante de um cenário distópico, muitas são as questões jurídicas que estão surgindo a respeito do cumprimento dos contratos empresariais. Deste modo, competirá ao Poder Judiciário, inevitavelmente, suscitar sobre essa nova realidade.

Nesse contexto, o presente artigo visa analisar o efeito das incertezas geradas pela pandemia no cumprimento dos contratos empresariais, celebrados antes da pandemia.

Por fim, para atingir o resultado desejado, o estudo utilizará o método de abordagem hipotético-dedutivo, utilizando-se como técnica de pesquisa a revisão bibliográfica e explicativa, bem como artigos já publicados sobre o tema.

1. DA CRISE NOS CONTRATOS EMPRESARIAIS NO CENÁRIO DA PANDEMIA (COVID-19)

As circunstâncias atuais, que na realidade se deram em virtude do isolamento social com marco inicial no dia 20 de março de 2020, provocam grande instabilidade econômica, trazendo dificuldades e desequilíbrios inéditos sobre a forma de cumprimento dos contratos empresariais.

Desde o início da pandemia tudo se tornou extremo: o número de mortes, o número de doentes, as informações desconstruídas, uma grave crise econômica sendo que, na realidade, esperava-se que o Brasil alavanca-se de vez com a nova Lei de Liberdade Econômica n.º 13.874, de 20 de setembro de 2019. Contudo, a realidade que hoje se apresenta é completamente diversa daquela que se esperava e se imaginava, o sonho da liberdade econômica, que se transformou no pesadelo da pandemia

da covid-19.⁷

De fato, a paralisação integral das atividades de alguns setores de atividades tidas como não essenciais, o abre-fecha, o reabre-refecha têm levado a uma diminuição no ritmo de trabalho. Consequentemente, acarreta na desaceleração do consumo de produtos e serviços levando a uma queda no fluxo de caixa de inúmeras empresas e, também, ao descumprimento de várias obrigações anteriormente pactuadas: “é como se tivessem ‘tirado a economia da tomada — e ninguém sabe quando e como ela vai religar. Em grande medida, o dinheiro deixou de circular. Quem possui recursos segura-os ao máximo; quem não os tem apenas avisa que não há como pagar”.⁸

Torna-se importante, para o presente estudo, destacar que os contratos empresariais muitas vezes assumem uma condição de execução continuada, ou seja, são contratos de longa duração, que persistem no tempo, acarretando, muitas vezes, na sua natural incompletude. Portanto, diante de um fato imprevisível, como a atual pandemia, não pode ser deixada de lado a forma de interpretação e integração contratual dos contratos de longa duração.

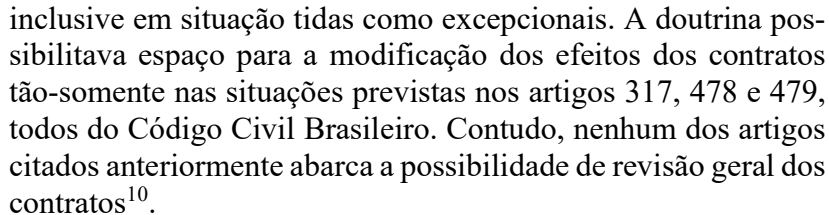
No entanto, é preciso agir com atenção de modo a se evitar soluções que, no ímpeto de responder à crise, force a subsunção da pandemia a modelos normativos que não a comportam efetivamente⁹.

Aqui, cabe abrir espaço para sintetizar que até o advento da LLE não existia no ordenamento jurídico brasileiro norma geral prevendo a possibilidade de revisão dos contratos,

⁷ LUPION, Ricardo. “O sonho da liberdade econômica, o pesadelo da pandemia do covid-19 e a empresa resiliente”. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, vol 4, págs 2493-2521.

⁸ Scalzilli, João Pedro. SPINELLI, Luis Felipe. TELLECHEA, Rodrigo. *Pandemia, crise econômica e Lei de Insolvência*. Porto Alegre, RS. Buqui, 2020, p. 29

⁹ DE SOUZA, Eduardo Nunes, SILVA, Rodrigo da Guia. *Relação contratual nos tempos do novo coronavírus*. <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-contratuais/322574/resolucao-contratual-nos-tempos-do-novo-coronavirus>. Acesso em 29 de agosto de 2020.



Nesse mesmo sentido, Francisco Marino afirmou a respeito da possibilidade de revisão contratual, ainda sob a perspectiva anterior a LLE, que “não há, em suma, um princípio geral da revisão dos contratos no Direito positivo brasileiro”¹¹.

Na visão de Fábio Ulhoa Coelho¹² “os contratos são empresariais (comerciais ou mercantis), assim, se os dois contratantes são empresários”. Seguindo a mesma linha de raciocínio para André Luiz Santa Cruz Ramos¹³ são “contratos estritamente empresariais aqueles formulados entre dois empresários”.

Deste modo, se analisado pelo viés econômico e jurídico, o contrato empresarial tem como atributo basilar a função econômica, caracterizada pelo objetivo materializado através do lucro. Assim sendo, como bem pontuou Adelino Borges Ferreira Filho, esta modalidade de relação negocial realizada entre empresas ou entre empresas e indivíduos define-se pela finalidade patrimonial.¹⁴

O artigo 421 do Código Civil de 2002, com a redação dada pela Lei de Liberdade Econômica, dispõe que “a liberdade

¹⁰BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *Função social dos contratos, lei de liberdade econômica e o coronavírus*. Disponível em file:///C:/Users/Samsung001/Downloads/ConJur_Funossocialdoscontratosleidaliberdadeeconmica_eoronavirus_.pdf. Acesso em 01 de setembro de 2020.

¹¹ MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Revisão Contratual. Onerosidade excessiva e modificação contratual equitativa*. São Paulo: Almedina, 2020, p. 24 – 32.

¹² COELHO, Fabio Ulhoa. *Manual de Direito Comercial*. 28ª edição. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 254.

¹³ RAMOS, André Luiz Santa Cruz. *Direito empresarial*. 8ª edição. São Paulo: Editora Gen, 2018, p. 639.

¹⁴FILHO, Adelino Borges Ferreira, *A Função Social do Contrato Empresarial*, Disponível em file:///C:/Users/Samsung001/Downloads/5854-18241-2-PB.pdf. Acesso em 14 de julho de 2020.



de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”, e que “nas relações contratuais privadas, prevalecerão o princípio da intervenção mínima e a excepcionalidade da revisão contratual”.

Impende sopesar que nos contratos empresariais, a simetria entre as partes pode ser presumida, a qual só poderá ser relativizada em casos concretos. Ademais, cumpre ressaltar que possibilitar ampla intervenção estatal em contratos desta natureza, importaria em afronta ao próprio texto constitucional, mais especificamente o seu artigo 170, caput e inciso IV, que consagra como princípios da ordem econômica a livre iniciativa e a livre concorrência.

O novel dispositivo da Lei de Liberdade Econômica, de forma expressa, acrescentou no Código Civil o artigo 421-A, vejamos:

Art. 421-A: Os contratos civis e empresariais presumem-se paritários e simétricos até a presença de elementos concretos que justifiquem o afastamento dessa presunção, ressalvados os regimes jurídicos previstos em leis especiais, garantido também que:

I - As partes negociantes poderão estabelecer parâmetros objetivos para a interpretação das cláusulas negociais e de seus pressupostos de revisão ou de resolução;

II - a alocação de riscos definida pelas partes deve ser respeitada e observada; e

III - a revisão contratual somente ocorrerá de maneira excepcional e limitada.

De irrefutável importância asseverar que na elaboração de contratos empresariais deve atentar-se, entre outros aspectos, à probabilidade de riscos, conforme destacado acima no artigo 421-A, inciso II, do CC. Desta forma, a despeito do que as partes contratantes acordarem, é natural que a incerteza acompanhará os negócios, ora com resultados positivos, ora com implicações desastrosas (como no momento atual). Portanto, a conduta das partes, em contratos de execução continuada, deve ser distinta daquele comportamento que se espera em contratos de execução



imediate, fazendo-se “necessária uma maior cooperação entre as partes, em todas as fases contratuais, principalmente na fase de execução, que se protraí no tempo”¹⁵.

De tal modo, a existência do alto custo de transação para a completude contratual pode levar à necessidade de reconhecer a utilidade dos contratos tidos como incompletos, dados os elevados custos de transação para regular, antecipadamente, todos os possíveis cenários e suas consequências. Os contratos empresariais, especialmente aqueles de longa duração¹⁶, “não contêm — e não podem mesmo conter — a previsão sobre todas as vicissitudes que serão enfrentadas pelas partes”¹⁷.

Fernando Araújo alerta que:

É frequente verificar-se que a negociação dos contratos nem sempre revela um adequado nível de previsão e de explicitação de todos os aspectos que uma estipulação mais completa poderia abarcar, nomeadamente a descrição mais exaustiva do objeto do contrato, a enumeração das contingências susceptíveis de interferirem na onerosidade do contrato, a definição dos standards de cumprimento, de incumprimento ou de cumprimento defeituoso, e o estabelecimento de um quadro preventivo ou sancionatório [...]. Mas na busca de um contrato mais completo, o esforço das partes pode «esbarrar» com a necessidade de uma peculiar ponderação custo-benefício: valerá a pena continuar a negociar e a estipular, se porventura para lá de certo limite se torna difícil estabelecer deveres suplementares de forma eficaz — ou seja, obrigação que ainda sejam supervisionáveis pela contraparte ou sindicáveis por um terceiro?¹⁸.

Nesse viés, a teoria econômica do contrato incompleto afasta a ideia de completude contratual, por demonstrar,

¹⁵SCHUNCK, Giuliana Bonanno. *Contratos de longa duração e dever de cooperação*. Disponível em file:///C:/Users/Samsung001/Desktop/TESE%20DE%20DOU-TORADO.pdf. Acesso em 01 de setembro de 2020.

¹⁶FAGANELLO, Tiago. *Incompletude dos contratos de longa duração*. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2020-abr-20/faganello-incompletude-contratos-longa-duracao>. Acesso em 01 de setembro de 2020.

¹⁷FORGIONI, Paula A. *Contratos Empresariais: teoria geral e aplicação*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 155.

¹⁸ARAÚJO, Fernando. *Teoria econômica do contrato*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 147 e 152;

conforme destacado por Giuseppe Bellantuono que "nenhum contrato estabelece uma disciplina específica para todos os eventos que poderiam interferir na execução das obrigações"¹⁹. Arriscar-se-ia dizer que prever todas as futuras possíveis contingências seria uma atividade arriscada e, mesmo assim, sujeita a condições de incerteza.

Outro ponto a ser considerado é a possibilidade do surgimento de comportamentos oportunistas: seja do lado do devedor, para obter a revisão do contrato apenas pela mera dificuldade subjetiva de prestar decorrente de redução de fluxo de caixa ou, ainda, pelo intento de não desejar recorrer a reservas financeiras ou, mesmo, obtenção de crédito; seja do lado do credor, em exigir a prestação originalmente pactuada diante da alteração superveniente de circunstâncias com efeitos imprevisíveis e extraordinários sobre o contrato e que pode ensejar a frustração da função econômica, com recusa à renegociação imposta pela boa-fé. Enfim, o comportamento oportunista deve ser inibido e, incentivado o comportamento cooperativo, inerente aos deveres da boa-fé.²⁰

Ana Frazão, alerta sobre a alegação “em abstrato” dos impactos da pandemia da covid-19 que possa ser feita pela parte, na busca da revisão e/ou da resolução do contrato, afirmando:

Entretanto, se há um ponto sobre o qual existe considerável convergência, senão unanimidade é o fato de que todas essas soluções precisam considerar as peculiaridades do caso concreto. Isso afasta preliminarmente a ideia de que a pandemia

¹⁹ UINIE, Caminha; Juliana Cardoso Lima: *Contrato incompleto: uma perspectiva entre direito e economia para contratos de longo termo*. Rev. direito GV vol.10 no.1 São Paulo Jan./June 2014. Apud BELLANTUONO, Giuseppe. *I contratti incompleti nel diritto e nell'economia*. Padova: Cedam, 2000, p. 61. https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1808-24322014000100007&script=sci_arttext&tlng=pt#tx01 Acesso em 25 de fevereiro de 2021.

²⁰ PIANOVSKI Carlos Eduardo. *A crise do covid-19 entre boa-fé, abuso do direito e comportamentos oportunistas*. Disponível em <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-contratuais/324727/a...-19-entre-boafefe-abuso-do-direito-e-comportamentos-oportunistas>. Acesso em 16 de abril de 2020.



possa ser um fato que desequilibra todos os contratos na mesma extensão e, exatamente por isso, justificaria de forma apriorística o descumprimento, a resolução ou a revisão. Daí os cuidados que se deve ter com soluções amplas e generalizantes. Mesmo a breve experiência que já estamos tendo com a pandemia mostra que os seus impactos realmente divergem conforme o tipo e as circunstâncias dos contratos, assim como variáveis externas – como os casos em relação aos quais se cogita da aplicação da teoria do fato do príncipe. Em vários casos, a impossibilidade de cumprimento da prestação é apenas momentânea, o que igualmente não justificaria soluções extremas, como a resolução.²¹

Fala-se em recuperação da economia global em forma de “K”, isto é, após um brutal declínio, segue-se uma divisão entre setores que terão uma vigorosa recuperação (tecnologia) e outros que permanecerão em queda livre (turismo).²² Assim sendo, seria possível falar-se em dever de cooperação nos contratos empresariais? No próximo tópico serão apresentadas as principais características da atividade empresarial.

2. AMBIENTE EMPRESARIAL: ATUAÇÃO PROFISSIONAL, ORGANIZADA E DIRECIONADA À OBTENÇÃO DE LUCRO

A atividade empresarial reúne os seguintes elementos: exercício de atividade econômica, organização dos fatores da produção e comportamento profissional voltado à obtenção de lucros, mediante a assunção dos riscos a ela inerentes.

Um dos elementos a ser destacado nos contratos empresariais é o fato de que são realizados por empresas no exercício

²¹ FRAZÃO, Ana. *Impactos da covid-19 sobre os contratos empresariais*. <https://www.aasp.org.br/em-pauta/impactos-da-covid-sobre-os-contratos-empresariais/>. Acesso em 15 de julho de 2020.

²² Disponível em [https://www.bbc.com/portuguese/internacional-54229154#:~:text=O%20FMI%20\(Fundo%20Monet%C3%A1rio%20Internacio-nal,recupera%C3%A7%C3%A3o%20s%C3%B3%20vir%C3%A1%20em%202020](https://www.bbc.com/portuguese/internacional-54229154#:~:text=O%20FMI%20(Fundo%20Monet%C3%A1rio%20Internacio-nal,recupera%C3%A7%C3%A3o%20s%C3%B3%20vir%C3%A1%20em%202020)
Acesso em 22 de setembro de 2020.



das suas atividades: “O estabelecimento de vínculo jurídico entre empresários parte de dois pressupostos básicos, compartilhados pelos partícipes da avença. O primeiro deles é a certeza de que a contratação colocá-los-á em uma situação mais vantajosa daquela em que se encontram. [...] O segundo é que a contratação é feita na esperança de que atinja determinados objetivos, ou seja, desempenhe determinada função”.²³

Para alcançar os seus objetivos, a empresa necessita de uma mínima preparação ou organização. Somente se organizar e planejar os seus negócios e, sobretudo, se aproveitar as oportunidades negociais que surgirem à sua frente, a empresa poderá se manter em funcionamento.²⁴ Nessa perspectiva, os contratos empresariais assumem a função de “planificar, antecipar o futuro e, mesmo, de certo modo, ‘trocar’ o presente pelo futuro ou, vice-versa, assumir uma desvantagem presente em troca de uma vantagem futura”.²⁵

O empresário, como homem de negócios cuja profissão está no contratar, tem tal energia de prontas e sagazes deliberações. Cada empresa de alguma importância conta com setores especializados, com o domínio de técnicas de atuação, tais como das compras por tomadas de preços e seletivas, das planilhas de custos, do ponto de equilíbrio, da análise dos balanços, da racionalização do trabalho, do gerenciamento setorizado, da segurança do trabalho, da prevenção de acidentes, do marketing, da política de preços, da capitalização, das projeções preventivas, dos planejamentos dos investimentos propriamente

²³ FORGIONI, Paula. “Interpretação dos negócios empresariais”. *Contratos empresariais: fundamentos e princípios dos contratos empresariais* / Wanderley Fernandes (coord.). São Paulo: Saraiva, 2007. p. 82.

²⁴ A organização é muito mais importante que o capital. Nela se baseia o sucesso de qualquer empresa, razão pela qual ela deve ser cuidada zelosamente. MIRANDA JR., Darcy Arruda. *Curso de direito comercial*. 1º. vol, parte geral. São Paulo: Saraiva. p. 100.

²⁵ MONTEIRO, Antônio Pinto. “Erro e teoria da imprevisão”. *Revista Trimestral de Direito Civil*, vol. 15, p. 10.



econômicos.²⁶

Fruto de uma reflexão do saudoso Junqueira Azevedo pode-se falar numa nova dicotomia contratual do século XXI, por categorias, separando-se os contratos existenciais dos contratos de lucro, nos termos seguintes:

“[...] estou propugnando por uma nova dicotomia contratual – contratos existenciais e contratos de lucro, a dicotomia do séc. XXI – porque essas duas categorias contratuais não devem ser tratadas de maneira idêntica na vida prática. Os contratos existenciais têm como uma das partes, ou ambas, as pessoas naturais; essas pessoas estão visando a sua subsistência. Por equiparação, podemos também incluir nesse tipo de contrato, as pessoas jurídicas sem fins lucrativos. Os, as pessoas naturais não são “descartáveis” e os juízes têm que atender à suas necessidades fundamentais; é preciso respeitar o direito à vida, à integridade física, à saúde, à habitação, etc. de forma que cláusulas contratuais que prejudiquem esses bens podem ser desconsideradas. Já os contratos de lucro são aqueles entre empresas ou entre profissionais e, inversamente, se essas entidades ou pessoas são incompetentes, devem ser expulsas, “descartadas”, do mercado ou da vida profissional. No caso desses contratos de lucro, a interferência dos juízes perturba o funcionamento do mercado ou o exercício das profissões; o princípio *pacta sunt servanda* tem que ter aí força.”.²⁷

²⁶ GARCIA, Ricardo Lupion. *Boa-fé Objetiva nos Contratos Empresariais. Contornos Dogmáticos dos Deveres de Conduta*. Livraria do Advogado: Porto Alegre, 2010, págs. 139/154.

²⁷ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. “Diálogos com a doutrina: entrevista com Antonio Junqueira de Azevedo. *Revista Trimestral de Direito Civil*, vol. 34, págs. 304-305. Foi com essa mesma perspectiva que o Prof. Junqueira já tinha participado da atualização da obra de Orlando Gomes: “Na esteira da consagração da noção de empresa em nosso Código, uma nova dicotomia toma corpo. Há, de um lado, *contratos empresariais*, que são aqueles celebrados entre empresários, pessoas físicas ou jurídicas, ou, ainda, entre um empresário e um não-empresário, desde que este tenha celebrado o contrato com o fim de lucro. E, de outro lado, há os *contratos existenciais* ou *não-empresariais*, firmados entre não-empresários ou entre um empresário e um não-empresário, sempre que para este a contratação não tenha objetivo de lucro. Dentre os contratos existenciais, encontram-se todos os contratos de consumo, bem como os contratos de trabalho, locação residencial, compra da casa própria e, de uma maneira geral, os que dizem respeito à subsistência da pessoa humana. São exemplos de contratos empresariais os de agência, distribuição, fornecimento, transporte, *engineering*,



Assim, o dever de cooperação das partes – que será examinado no próximo tópico - pode ter maior ou menor intensidade quando se tratar de um contrato com as características da atividade empresarial, em razão da dicotomia proposta, para separar os contratos existenciais dos contratos de lucro.

²⁹ AGUIAR JR, Ruy Rosado de. “Contratos relacionais, existenciais e de lucro”. *Revista Trimestral de Direito Civil*, vol. 45, págs. 91-111.



Rodolfo Mário Veiga Pamplona Filho e João Hora Neto acreditam que “na vida contemporânea, o contrato não é apenas um poderoso instrumento de circulação de riqueza na economia capitalista, mas também visa a efetivar os valores constitucionais, mediante o adequado sopesamento dos interesses contratados”. Para os autores, o contrato deve ser visto como um processo complexo, dinâmico, de cooperação e confiança, exigindo-se das partes contratantes uma série de atividades com o viés de atingir satisfatoriamente o fim almejado.³³

³³ PAMPLONA FILHO, Rodolfo Mário Veiga; HORA NETO, João. *Equilíbrio contratual: Dever ou faculdade de renegociar o contrato?* Disponível em Equilíbrio

Contudo, com relação aos contratos empresariais, Ronnie Preuss Duarte aponta que a assunção de riscos é uma expressão da autonomia privada, bem como faz parte da essência dos contratos empresariais que, uns ganhem e outros percam no âmbito das relações negociais. Enfatiza ainda que “ao contrário do que pretendem alguns, não há norma geral que assegure, mediante um juízo de equidade, a redistribuição de prejuízos resultantes do malogro de qualquer dos contratantes por fatos supervenientes, ainda que decorra de circunstância injusta e inesperada” e ressalta que:

A regra em qualquer país situado em patamares avançados de desenvolvimento civilizatório é o estrito cumprimento ao quanto pactuado. Cuida-se, para além de imperativo da segurança jurídica, de requisito essencial à sanidade econômica de qualquer nação. As exceções dependem do atendimento aos pressupostos indicados no respectivo ordenamento jurídico. Assim é aqui no Brasil³⁴.

O autor também reforça a necessidade de “criação de padrões decisórios claros para a construção de uma jurisprudência que atenda aos reclamos do momento com o necessário equilíbrio e sem incorrer em qualquer dos pecados capitais: a omissão conveniente ou o intervencionismo exagerado”³⁵.

Importante registrar que, no momento da celebração dos contratos empresariais - as partes procuram antever os riscos inerentes ao objeto da relação contratual elencando as possíveis consequências jurídicas em caso de eventual concretização³⁶. Ademais, espera-se que os contratantes tenham e busquem uma postura distinta com a finalidade de cooperação para que o cumprimento do contrato ocorra de forma eficiente.

Não obstante, conforme muito bem pontuado por Tiago Faganello, nos contratos empresariais “analisamos, também, o

contratual: Dever ou faculdade de renegociar o contrato? - Migalhas (uol.com.br) Acesso em 26 de fevereiro de 2021.

³⁴ DUARTE, Ronnie Preuss. *Obra citada*.

³⁵ *Ibidem*.

³⁶ FAGANELLO, Tiago. *Obra citada*.



dever de cooperação decorrente da boa-fé objetiva, suas peculiaridades e forma de aplicação aos contratos de longo prazo, sempre considerando os novos paradigmas dos contratos, associados com o papel e a importância dos contratos à sociedade e à economia”. Desta forma, prossegue o autor, em face do caráter de imprevisibilidade dos contratos empresariais de longa duração torna-se impossível antever todas as possíveis contingências, bem como as alocações de riscos que porventura possam se fazer presentes mais adiante³⁷.

Ainda no que diz respeito aos contratos empresariais de longa duração, “a cooperação tem forte importância”, porque impõe uma postura mais próxima e legal, “dado o seu caráter relacional e incompleto, na visão de Giuliana Bonanno”.³⁸

No que compete à problemática advinda da pandemia, Ronnie Duarte destaca que não é possível desconsiderar a magnitude das repercussões sociais do Covid-19, as quais se revelam, ainda, totalmente imprevisíveis. O autor também acredita que “a tendência é que, pelo menos para a regulação dos efeitos jurídicos da pandemia, construa-se uma jurisprudência de exceção, que deverá atender à finalidade precípua de solucionar os significativos desafios do momento”³⁹.

Nesse sentido, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) vem incentivando e recomendando soluções negociais de conflitos, sejam por meio de um mediador ou ainda de um árbitro. Na visão de Ana Frazão o dever de cooperação faz parte do próprio objeto contratual, ou seja, devem ser mantidos todos os esforços para manutenção do vínculo, ainda que diante de modificações. E, complementa, assegurando que embora não se observe incondicionalmente o princípio do *pacta sunt servanda* existe a necessidade de se conter o oportunismo excessivo para garantir-se a

³⁷ *Ibidem*.

³⁸ SCHUNCK, Giuliana Bonanno. *Contratos de longo prazo e dever de cooperação*. Disponível em file:///C:/Users/Samsung001/Desktop/TESE%20DE%20DOUTORADO.pdf. Acesso em 31 de agosto de 2020.

³⁹ DUARTE, Ronnie. *Obra citada*.



mesmo diante das gravíssimas consequências da pandemia do covid-19, o desafio está em caracterizar essa recusa como um ilícito contratual capaz de ensejar pleito indenizatório.

4. CONCLUSÃO: EM TEMPOS DE INCERTEZA, HÁ CONCLUSÃO?

Não há dúvida que a realidade fática presente no momento da celebração dos contratos empresariais anteriores à pandemia do covid-19 foi brutalmente alterada e não poderia ser prevista ou sequer imaginada pelas partes contratantes.

Ainda que uma das partes pudesse ter esse vaticínio, os custos de regulação dos seus impactos e dos ajustes contratuais decorrentes dos seus impactos seriam elevadíssimos e, portanto, a teoria econômica do contrato incompleto afasta a ideia da completude do contrato e, portanto, de regulação *ex ante* desse gravíssimo e inimaginável evento.

A rigor, não há culpa de nenhuma das partes porque a paralisação da atividade econômica é fruto de um fato do príncipe, uma determinação da administração pública, que independe da vontade das partes. Também não há uma fórmula mágica. E, talvez, a solução que seja mais eficiente deva ser pautada em deveres de colaboração recíprocos e estruturada sob uma lógica de tempo e disponibilidade de espaço. É preciso avaliar e considerar a possibilidade de reabertura das renegociações com custos de transação inferiores aos da judicialização⁴³.

Também pretendeu-se demonstrar as características do ambiente empresarial, que reúne os seguintes elementos: exercício de atividade econômica, organização dos fatores da produção e comportamento profissional voltado à obtenção de lucros, mediante a assunção dos riscos a ela inerentes, sendo possível,

⁴³ GONÇALVES, Oksandro. *A racionalidade econômica dos contratos em épocas pandêmicas*. Disponível em <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-contratuais/326110/a-racionalidade-economica-dos-contratos-em-epocas-pandemicas> Acesso em 10 maio 2020



Por fim, inobstante as características antes referidas do ambiente empresarial, se houver cooperação entre os contratantes, mesmo nos contratos empresariais, o que se espera, principalmente em situações atípicas e extremas como a da pandemia do covid-19, o contrato poderá ter maior benefício e proveito econômico para as partes, pois, parafraseando Paulo Roberto Nalin “nada será como antes. Todos devem ter a consciência disso!”⁴⁴



ARAÚJO, Fernando. *Teoria econômica do contrato*. Coimbra: Almedina, 2007;

BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *Função social dos contratos, lei de liberdade econômica e o coronavírus*. Disponível em file:///C:/Users/Samsung001/Downloads/ConJurFunosocialdos_contratosleidaliberdadeeconmicaecoronavirus.pdf. Acesso em 01/09/2020;

COELHO, Fabio Ulhoa. *Manual de Direito Comercial*. 28ª edição. São Paulo: Saraiva, 2016;

DE SOUZA, Eduardo Nunes, SILVA, Rodrigo da Guia. *Relação contratual nos tempos do novo coronavírus*. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-contratuais/322574/resolucao-contratual-nos-tempos-do-novo-coronavirus>. Acesso em 15/07/2020;

DUARTE, Ronnie Preuss. *Apontamentos sobre o dever de*

⁴⁴ NALIN, Paulo Roberto. *Em tempos de crise, mediar é preciso e arbitrar mais ainda*. Disponível em <https://migalhas.uol.com.br/coluna/migalhas-contratuais/324396/em-tempos-de-crise--mediar-e-preciso-e-arbitrar-mais-ainda> Acesso em 31 agosto 2020



solidariedade na jurisprudência de exceção. Disponível em: Apontamentos sobre o dever de solidariedade na jurisprudência de ...- Migalhas (uol.com.br). Acesso em 26/02/2021;

DUARTE, Victória Albertão. *Contratos empresariais de colaboração: a resilição unilateral e a proteção dos investimentos*, 2020. p.120 f. Dissertação (Mestrado em Direito) Programa de Pós-Graduação em Direito. Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre;

EL PAÍS Disponível em <https://brasil.elpais.com/economia/2020-05-22/crise-do-coronavirus-levara-mais-de-115-milhoes-de-latino-americanos-ao-desemprego-neste-ano.html>. Acesso em 31/08/2020;

FAGANELLO, Tiago. *Incompletude dos contratos de longa duração*. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2020-abr-20/faganello-incompletude-contratos-longa-duracao>. Acesso em 01/09/2020;

FILHO, Adelino Borges Ferreira, *A Função Social do Contrato Empresarial*, file:///C:/Users/Samsung001/Downloads/5854-18241-2-PB.pdf. Acesso em 14/07/2020

FORGIONI, Paula A. *Contratos Empresariais: teoria geral e aplicação*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015;

_____. *“Interpretação dos negócios empresariais”*. *Contratos empresariais: fundamentos e princípios dos contratos empresariais*. FERNANDES, Wanderley (Coord.), Série GV Law. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012;

FRAZÃO, Ana. *Impactos da covid-19 sobre os contratos empresariais*. Disponível em: <https://www.aasp.org.br/em-pauta/impactos-da-covid-sobre-os-contratos-empresariais/> Acesso em 15/07/2020;

GOMES, Josiane Araújo. *Os contratos de plano de saúde à luz da boa-fé objetiva*. Revista de Direito Privado. vol. 60.



- 2014;
- LUPION, Ricardo. “*O sonho da liberdade econômica, o peso do da pandemia do covid-19 e a empresa resiliente*”. Revista Jurídica Luso-Brasileira, vol 4, págs 2493-2521;
- MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Revisão Contratual. Onerosidade excessiva e modificação contratual equitativa*. São Paulo: Almedina, 2020, p. 24 – 32;
- MIRAGEM, Bruno. *Nota relativa à pandemia de coronavírus e suas repercussões sobre os contratos e a responsabilidade civil*. Disponível em http://genjuridico.com.br/2020/03/27/coronavirus-responsabilidade-civil/#_ftnref2. Acesso em 01/03/2021;
- PAMPLONA FILHO, Rodolfo Mário Veiga; HORA NETO, João. *Equilíbrio contratual: Dever ou faculdade de renegociar o contrato?* Disponível em Equilíbrio contratual: Dever ou faculdade de renegociar o contrato? - Migalhas (uol.com.br) Acesso em 26/02/2021;
- RAMOS, André Luiz Santa Cruz. *Direito empresarial*. 8ª edição. São Paulo: Editora Gen, 2018, p. 639;
- TARTUCE, Flávio. *O coronavírus e os contratos – extinção, revisão e conservação – boa-fé, bom senso, e solidariedade*. Disponível em <https://www.migalhas.com.br/columa/migalhas-contratuais/322919/ocoronaviruseoscontratos-extincao-revisao-e-conservacao-boafefe-bom-senso-e-solidariedade>. Acesso em 01/09/2020;
- SCHREIBER, Anderson. *Devagar com o andor: coronavírus e contratos – importância da boa-fé e do dever de renegociar antes de cogitar de qualquer medida terminativa ou revisional*. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/columa/migalhas-contratuais/322357/devagar-com-o-andor-coronavirus-e-contratos-importancia-da-boafefe-e-do-dever-de-renegociar-antes-de-cogitar-de-qualquer-medida-terminativa-ou-revisional>. Acesso em 02/09/2020;



SCHUNCK, Giuliana Bonanno. *Contratos de longo prazo e dever de cooperação*. Disponível em file:///C:/Users/Samsung001/Desktop/TESE%20DE%20DOUTORADO.pdf. Acesso em 01/09/2020;

UINIE, Caminha; Juliana Cardoso Lima. *Contrato incompleto: uma perspectiva entre direito e economia para contratos de longo termo*. Rev. direito GV vol.10 no.1 São Paulo Jan./June 2014. *Apud* BELLANTUONO, Giuseppe. *I contratti incompleti nel diritto e nell'economia*. Padova: Cedam, 2000, p. 61. https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1808-24322014000100007&script=sci_arttext&tlng=pt#tx01 Acesso em 25/02/2021.



indivíduos e perenidade de empresas, bem como de regiões do Brasil desenvolvidas ou subdesenvolvidas. Por esta razão, torna-se relevante empreender estudos que possibilitam um controle mais efetivo do grau de interferência da extrafiscalidade tributária na prática da atividade empresarial desenvolvida por e entre empresas brasileiras.

Palavras-Chave: 1.Direito Empresarial; 2. Direito Tributário; 3. Extrafiscalidade Tributária; 4. Controle das Normas Extrafiscais; 5. Grau de Interferência na da extrafiscalidade na Livre Iniciativa Econômica

THE FREE INITIATIVE UNDER INTERFERENCE OF THE TAX ON INTERVENTION OF ECONOMY

Abstract: The Law is recognized as an instrument for the regulation of human and economic conducts. The right related to the free enterprise or free initiative come from the commercial transactions practiced by legal entities or by professional individuals, who have the profit as main objective. Nevertheless, such goal may be submitted an undesirable tax interference. There is a rule in Tax Law called as “tax on intervention of economy” (in Portuguese “Extrafiscalidade”) that causes an economic effect that can be positive or negative for the free initiative. In other words, such tax may create some high or low tax burden on certain commercial or financial transactions. For this reason, it is relevant to undertake studies that allow a more effective control of the financial interference derived from the “tax on intervention of economy” over the commercial transactions practiced by legal entities and individuals.

Keywords: 1. Corporate Law; 2. Tax Law; 3. Tax on Intervention of Economy Rule; 4. Control of Extra-Fiscal Standards; 5. Interference of Extrafiscality rule on commercial activity.

INTRODUÇÃO



exercício da prática da livre iniciativa é um direito constitucional disposto no artigo 5, inc II e XIII, e Artigo 170, inc. IV, todos da CF/1988. Diante disso, toda atividade econômica empresarial ou não (esta última atividade praticada por autônomos ou profissionais liberais) que for praticada legalmente encontra legitimidade e proteção constitucional, mas que por uma questão multidisciplinar dos ramos do Direito, encontra uma área de conexão com o Direito Tributário por meio de uma das funções do tributo denominada extrafiscalidade que abordaremos a seguir.

O Direito Tributário é reconhecido majoritariamente pela sua função inerente à instituição, fiscalização e arrecadação de tributos. No entanto, para além desta função precípua, é defensável afirmar que o Direito Tributário também se apresenta como instrumento essencial para a realização de fins estatais, especialmente voltados à promoção do desenvolvimento sócioeconômico entre as diferentes regiões do país. À esta função dá-se o nome de extrafiscalidade.

De fato, a própria Constituição Federal é farta ao instituir princípios e preceitos que elevam a posição do Direito Tributário à alçada de instrumento profícuo direcionado à consecução de finalidades constitucionais. A propósito, citamos como exemplos: as imunidades constitucionais, cujo fundamento de existência está intrinsecamente relacionado à efetivação das garantias fundamentais.

Resta-nos perquirir se, sob a pecha de promover o desenvolvimento sócio econômico através da tributação, haveria liberdade total ao ente competente para criar políticas públicas através de medidas extrafiscais que poderiam tanto agravar quanto desonerar a carga tributária. Aliás, destaca-se que o poder de



tributar compreende tanto a possibilidade de instituir tributos, quanto de desonerá-los.

Nesta toada, importante mencionar o cuidado do constituinte no sentido de criar mecanismos impeditores do uso da tributação de maneira arbitrária, em prejuízo à liberdade e propriedade dos contribuintes. Trata-se, com efeito, do rol de limitações ao poder de tributar constante do artigo 150 da Constituição Federal.

A instrumentalização do Direito Tributário através da extrafiscalidade, aliada a facilidade de manejo de instrumentos extrafiscais pelas pessoas políticas competentes, junto com a aplicação relativizada de diversos princípios constitucionais – tais como: legalidade, anterioridade, capacidade contributiva, dentre outros –, podem produzir efeitos que incrementam a desigualdade entre contribuintes, sendo indispensável analisar a temática através de um posicionamento mais crítico.

Em suma, sem prejuízo de todo o enaltecimento devido e legitimado pela Constituição Federal acerca da instrumentalização do Direito, em especial do Direito Tributário através da possibilidade de instituição de normas tributárias extrafiscais destinadas à persecução de finalidades constitucionais, se torna urgente emprendermos estudos direcionados a definir os limites, alcances e mecanismos de controle da extrafiscalidade.

Neste aspecto, tem-se incorporado ao estudo da temática da extrafiscalidade uma visão funcional ou eficaz do Direito. Isto é, considerando que a tributação, além de impactar diretamente nas garantias e direitos do contribuinte, também traz efeitos imediatos às contas públicas, torna-se necessária uma análise jurídica entre a finalidade da norma extrafiscal e os efeitos dela decorrentes.

Não se trata aqui de se defender a possibilidade irrestrita de que aspectos econômicos sejam considerados superiores por ocasião de uma decisão judicial, sobrepondo-se aos aspectos propriamente jurídicos. Com efeito, os argumentos



consequencialistas nas decisões judiciais devem ser sopesados com cautela, de modo a evitar-se que irresponsabilidades fiscais e inconstitucionalidades sejam convalidadas pelo Poder Judiciário, a ponto de incentivar condutas ilegais do Poder Público.

É inexorável a importância do Direito Tributário na implementação de políticas públicas através da adoção de medidas extrafiscais. A título exemplificativo, citamos o PRONON- Programa Nacional de apoio à atenção oncológica e o PRONAS- Programa Nacional de apoio à atenção da saúde da Pessoa com deficiência, os quais permitem às empresas apoiadoras, a dedução de despesas operacionais para fins de apuração de Imposto sobre a Renda.

Seguindo neste viés, é imperioso conceber mecanismos capazes de mensurar se as medidas extrafiscais implementadas estão a produzir os efeitos pretendidos, de modo a contribuir para o cumprimento das diversas finalidades constitucionais espalhadas ao longo do texto constitucional.

Afinal, verificar se as finalidades constitucionais estão sendo alcançadas através da implementação de medidas extrafiscais é de suma importância para se evitar a perpetuação de benefícios fiscais inócuos, que podem gerar distorções e desigualdade entre contribuintes, bem como prejuízo ao equilíbrio das contas públicas, em notório descumprimento da Lei de Responsabilidade Fiscal.

1. FUNDAMENTOS DA NORMA EXTRAFISCAL

A livre iniciativa, ramo clássico e notório do Direito Privado, resvala com força no Direito Público, quando por um função do Direito Tributário, a regra da extrafiscalidade é aplicável de forma a interferir em aspectos econômicos das relações comerciais entre indivíduos, entre empresas e entre indivíduos e empresas. Ao longo de todo o texto constitucional é possível encontrarmos disposições que fundamentam a extrafiscalidade.



A propósito, mencionamos o artigo 151, I, da Constituição Federal, o qual impede a instituição de tributos que não seja uniforme no território nacional, *mas permite a “concessão de incentivos fiscais destinados a promover o equilíbrio do desenvolvimento sócioeconômico entre as diferentes regiões do País”*. Ou ainda da norma tributária definir que tipo de serviço é essencial ou não para consumo e sobrevivência de indivíduos, quando atribui um alíquota maior do Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI) para uma equipamento de “asa delta”, “raquete de tênis” ou “tacos de golfe” e uma menor para “lápiz de escolar”, “régua de desenho” ou ferramentas de trabalho como “martelo” e “chave de fenda”.

A questão atinente ao desenvolvimento sócio econômico está fundamentalmente relacionada ao artigo 170 da Constituição Federal, que prescreve:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

I - soberania nacional:

II - propriedade privada;

III - função social da propriedade;

IV - livre concorrência;

V - defesa do consumidor;

VI- defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação;

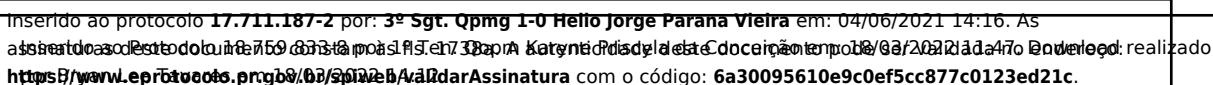
VII - redução das desigualdades regionais e sociais;

VIII - busca do pleno emprego;

IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei. (grifos nossos)

Percebe-se, portanto, que os princípios gerais da ordem econômica se complementam aos objetivos constitucionais





Federal em utilizar os tributos como um dos instrumentos capazes de auxiliar na consecução de finalidades constitucionais através da implementação das políticas públicas inerentes.

Neste sentido, é possível defender que a possibilidade da tributação ser utilizada também para o bem, descaracterizando aquela ideia geral de que a tributação está sempre relacionada à arrecadação, enquanto manifestação genuína do poder de tributar do Estado, e sim de preservar a justa prática e desenvolvimento da atividade econômica.

1.1. DOS CRITÉRIOS PARA IDENTIFICAÇÃO DAS NORMAS TRIBUTÁRIA EXTRAFISCAIS

Conforme exposto inicialmente, o Direito Tributário destaca-se majoritariamente por sua função instituidora e arrecadadora de tributos com vistas a gerar receitas para o Estado cumprir com os seus diversos papéis. No entanto, não se pode subtrair a função secundária do Direito Tributário, qual seja, aquela direcionada para a indução de comportamentos, -sejam estes desejados ou não-, através da adoção de medidas extrafiscais.

É certo que a função fiscal e a função extrafiscal podem ser identificadas de maneira concomitante em determinada norma jurídica tributária. No entanto, para identificar as normas tributárias extrafiscais é preciso apontar quais seriam os seus critérios identificadores, para que, uma vez revelados, empreender considerações acerca da forma de controle da constitucionalidade desta norma.

Um primeiro critério a ser mencionado seria o critério da intenção subjetiva do legislador, o qual, a rigor, seria revelado através da exposição de motivos de determinada lei. (PASCALI, 2017, p.50). Não consideramos este critério como um *discrímen* válido. Isto porque, é certo que a intenção subjetiva do legislador, por estar no campo abstrato, não pode ser apreendida por terceiros.



Um segundo critério a ser apresentado seria o critério baseado na afetação dos recursos na respectiva área de atuação. Significa dizer que, a constitucionalidade de determinada norma extrafiscal poderia ser auferida através da aplicação dos recursos diretamente na política pública que motivou a instituição da norma tributária extrafiscal. (GRECO, 2009, p. 175)

De fato, este critério é extremamente pertinente ao se considerar a natureza jurídica das contribuições sociais estabelecidas pelo artigo 149 da Constituição Federal⁵. No entanto, ao considerarmos que uma das manifestações da norma tributária extrafiscal é justamente a ausência de produto de arrecadação, em razão da implementação de medidas desonerativas, fica evidenciado o risco de se assumir este critério como *discrimen* legítimo para fins de identificação da norma tributária extrafiscal.

Um terceiro critério estaria relacionado com a desvinculação do princípio da capacidade contributiva das normas tributárias extrafiscais. A partir desta premissa, considera-se que o princípio da capacidade contributiva estaria relacionado à função arrecadatória do Estado, não sendo completamente relevante nas hipóteses em que a função precípua cede espaço à função extrafiscal, própria de indução de comportamentos. (ROTHMANN, 2009, p. 336)

Verifica-se uma perfeita coerência quanto a este entendimento. Aliás, o simples fato de que o princípio da capacidade contributiva possa vir a ser desconsiderado quando da instituição de normas tributárias extrafiscais já constitui motivo relevante a demandar uma análise mais rígida quanto à forma de controle de tais normas.

Um quarto critério está relacionado com a verificação da finalidade constitucional objetivada na lei de determinada norma

⁵ “Art. 149. Compete exclusivamente à União instituir contribuições sociais, de intervenção no domínio econômico e de interesse das categorias profissionais ou econômicas, como instrumento de sua atuação nas respectivas áreas, observado o disposto nos arts. 146, III, e 150, I e III, e sem prejuízo do previsto no art. 195, § 6º, relativamente às contribuições a que alude o dispositivo.(...)”



tributária extrafiscal. De maneira majoritária, este é o critério assumido pela doutrina. (CARRAZZA, 2015, p. 133- CARVALHO, 2011, p. 256).

Em que pese ser pertinente este critério, confirmá-lo como único *discrímen* para identificação da norma tributária extrafiscal seria medida arriscada, uma vez que, medidas inconstitucionais poderiam ser validadas pelos órgãos de controle apenas por aparentar possuir uma finalidade constitucional.

Finalmente, um quinto critério relevante a ser destacado baseia-se na análise eficaz da norma tributária extrafiscal. Significa afirmar que é preciso que haja uma relação intrínseca entre a finalidade pretendida por determinada norma tributária extrafiscal e os efeitos produzidos em decorrência de sua aplicação. (ÁVILA, 2012, p. 140).

Não obstante a pertinência e coerência quanto à aceitação do critério baseado na finalidade objetiva da lei, indicamos alguns fatores que, a princípio, impedem a admissão deste critério como único e suficiente para identificação das normas tributárias extrafiscais.

Isto porque, em decorrência da vultuosidade de finalidades constitucionais aparentemente autorizadas pela Constituição Federal, parece-nos frágil defender o critério da finalidade como único seguro à identificação da norma tributária extrafiscal. Afinal, com pretensão de realizar determinada finalidade constitucional, qualquer norma tributária, ainda que inconstitucional por desafiar princípios constitucionais limitadores, em especial o da igualdade, poderia, a prevalecer unicamente o critério da finalidade, ser considerada uma norma tributária extrafiscal, fato este que implicaria na relativização de tantos princípios, dificultando, ainda, o exercício de seu controle.

Por outro lado, se adotado unicamente o critério baseado na eficácia para fins de identificação das normas tributárias extrafiscais, novamente nos deparamos com a problemática subjacente à ideia da imprevisibilidade dos efeitos na norma jurídica



tributária, aqui incluindo tanto a norma fiscal quanto a norma extrafiscal.

Neste aspecto, impossível seria tratar de função indutora sem eficácia indutora. (LEÃO, 2017, p. 179)

Analisar a norma tributária extrafiscal a partir da adoção do critério da finalidade aliado à eficácia pode ser relevante para auxiliar os responsáveis legais pelo exercício do controle da extrafiscalidade a adotar medidas mais eficazes, capazes de contribuir para a promoção de políticas públicas eficientes e de resultados positivos.

A análise do controle da extrafiscalidade a partir da adoção do critério da finalidade aliado à eficácia pode avançar em razão do julgamento do RE 928.943, cuja matéria foi afetada em sede repercussão geral, junto ao Supremo Tribunal Federal.

A discussão cinge-se na constitucionalidade da CIDE instituída pela Lei 10.168/2000, para o custeio do Programa de Estímulo à Interação Universidade- Empresa para apoio à Inovação, cujo objetivo seria incentivar o desenvolvimento tecnológico brasileiro, mediante programas de pesquisa científica promovidos entre universidades e setores produtivos.

O Ministro Relator, Luiz Fux, defende a necessidade de enfrentamento pela Suprema Corte de aspectos ainda não analisados, em especial: (i) a (des) necessidade de atividade estatal para legitimação da incidência, à luz dos artigos 149 e 174 da Constituição Federal⁶; (ii) e, nesse caso, o tipo de atividade estatal que pode dar azo a uma legítima intervenção no domínio econômico; bem como (iii) o segmento econômico alcançado pela intervenção estatal e sua relação com a finalidade almejada pela exação.

Aguardamos com ansiedade esta decisão, na expectativa de que os pontos suscitados sejam mesmos enfrentados, em

⁶ “Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.(...)”



especial no tocante à finalidade e eficácia, garantindo-se, desta forma, a promoção de políticas públicas voltadas a resultados positivos, que não causem prejuízos aos contribuintes que podem não ser beneficiados por tais medidas, bem como ao equilíbrio das contas públicas.

Aliás, a título de enriquecimento do trabalho, destacamos o alerta criado a partir do julgamento do processo 015.940/2017-9 pelo Tribunal de Contas da União, em 06 de junho de 2018, de relatoria do Ministro José Múcio Monteiro.

Analizou-se, por ocasião do julgamento deste processo, a eficácia e o controle de determinados benefícios fiscais concedidos no âmbito da União Federal. Destacam-se entre os benefícios fiscais, os concedidos no âmbito da Zona Franca de Manaus, dentre outros.

A fiscalização promovida pela Secretaria de Macroavaliação Governamental (Semag), no intuito de verificar a regularidade no processo de concessão de benefícios fiscais nas áreas sociais e de desenvolvimento, identificou que a renúncia fiscal estimada na Lei Orçamentária Anual e discriminada pelo Demonstrativo de Gasto Tributário para o exercício de 2018, representaria cerca de R\$ 283 milhões de reais, correspondendo a 3,97% do PIB e 20,7% da estimativa da arrecadação de receitas federais.

Reconheceu-se no trabalho de auditoria realizado pelo Tribunal de Contas da União que 98% dos gastos tributários além de não possuírem órgão gestor de controle e fiscalização, não possuem prazo de vigência determinado, persistindo longamente no tempo.

Este percentual revela a problemática que a ausência de controle dos gastos tributários pode desencadear nas contas públicas e no equilíbrio fiscal, fato este facilmente verificável em nosso país.

Reconheceu-se, igualmente, que a concessão e manutenção de determinado benefício fiscal está atrelado ao



Ao final do julgamento, o Tribunal de Contas da União determinou que o Ministério da Fazenda e Secretaria da Receita Federal do Brasil apresentassem, dentro do prazo determinado: a relação e descrição dos gastos tributários; prazo de vigência; mecanismos para controle e acompanhamento da evolução da política pública, de modo a cumprir os princípios da publicidade e transparência indispensáveis ao Poder Público.

Ao se defender a necessidade de avanço quanto ao controle do exercício da extrafiscalidade pelo Poder Judiciário, o fazemos com base nos fundamentos já estabelecidos pela Constituição Federal.

Significa dizer, portanto, que as provas produzidas a partir de dados econômicos, integrantes do processo, se submeterão ao controle jurisdicional, cabendo ao julgador verificar se os limites e princípios jurídicos, inerentes à ordem econômica ou à ordem tributária, foram devidamente respeitados.

2. FORMAS DE CONTROLE DA EXTRAFISCALIDADE



Restou definido por ocasião dos argumentos apresentados anteriormente que as normas tributárias extrafiscais, por possuírem função diversa da norma tributária fiscal, possuem critérios distintos de identificação; e, por possuírem critérios distintos, se submetem, por consequência, a uma forma diferenciada de controle de constitucionalidade.

Humberto Ávila sugere, portanto, que as normas tributárias extrafiscais, por poderem, eventualmente, tangenciar direitos e garantias fundamentais, se submetam a um mecanismo de controle de constitucionalidade diverso, baseado no dever de proporcionalidade. (ÁVILA, 2012, p. 138)

O dever de proporcionalidade também é reconhecido como princípio ou postulado. Roque Antônio Carrazza eleva a proporcionalidade à condição principiológica, reconhecendo que a função precípua deste princípio é servir de comando de otimização, impedindo que as medidas adotadas pelo Poder Público tenham ingerência nociva na vida dos contribuintes, afetando seus direitos fundamentais. (CARRAZZA, R. 2015, p. 578)

Para Humberto Ávila os postulados seriam normas metódicas, as quais instituiriam, por sua vez, critérios de aplicação de outras normas. Enfim, são normas que orientam a aplicação de outras normas, isto é, são normas de segundo grau. (ÁVILA, 2016, p. 176)

A aplicação do postulado da proporcionalidade demanda, de maneira imprescindível, uma relação de causalidade estruturada entre o meio e o fim. Não identificada a coerência ou indicação mínima de elementos aptos a auxiliar a pretendida análise da causalidade, o postulado da proporcionalidade se torna enfraquecido ou até inócuo.

Enfatiza Humberto Ávila que o postulado da proporcionalidade possui caráter trifásico, demandando a análise conjunta de três elementos, quais sejam: (i) adequação, consistente em



No presente caso, identificamos que o objetivo da norma de isenção tem caráter social, buscando desonerar as pessoas que se encontrem em situação de vulnerabilidade social. A



princípio, pode-se argumentar que este objetivo cumpre finalidade constitucional, sendo, portanto, norma tributária extrafiscal.

Iniciamos, portanto, o controle da extrafiscalidade a partir do critério da proporcionalidade.

É sabido que o conceito constitucional da taxa está fundamentado no exercício regular do poder de polícia ou pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos à sua disposição. É incontroverso que o princípio informador da taxa é o princípio da retributividade, que deve refletir efetivamente o custo decorrente da prestação do serviço ou do poder de polícia exercido.

A taxa de lixo do Município de Curitiba está disciplinada pela Lei Complementar 40/2001 e tem por hipótese de incidência a “utilização, efetiva ou potencial, do serviço de coleta de lixo”.

Exercendo o controle através do critério da proporcionalidade, identificamos a ausência de adequação entre a medida adotada, qual seja, isenção de taxa de lixo, e a finalidade pretendida, qual seja, privilegiar pessoas em vulnerabilidade social.

Percebe-se que o motivo que justificou a concessão da isenção da taxa de lixo não guarda relação com a própria hipótese de incidência desta espécie tributária, que consiste na utilização, efetiva ou potencial, do serviço de coleta de lixo. Isto é, a isenção em taxas não poderia ser concedida por critérios próprios da capacidade contributiva, uma vez que princípio informador das taxas é o retributividade.

Na realidade, ao invés de se medir o custo da atuação estatal, consistente na prestação de serviço, mede-se fatores estranhos à base de cálculo das taxas, aplicando critério próprio dos impostos.

Não apenas isso, ao se conceder este benefício fiscal em virtude da situação de vulnerabilidade social, o Município perde uma grande oportunidade de promover, através da norma



tributária extrafiscal, medidas adequadas que poderiam contribuir para a consecução de finalidades constitucionais através da taxa.

Neste sentido, a norma tributária extrafiscal aqui analisada poderia ser considerada adequada se, ao invés de simplesmente conceder a isenção, condicionasse o gozo do benefício à adoção, por parte do contribuinte, de práticas que contribuíssem efetivamente para a promoção do meio ambiente, implantando uma cultura de educação ambiental.⁷

Ao contrário, o fato de a finalidade constitucional não guardar relação com a norma tributária extrafiscal (isenção de taxa de lixo), pode acarretar efeitos diversos, contribuindo negativamente para que o contribuinte não adote uma postura mais ativa em termos de educação ambiental.

O segundo elemento do postulado da proporcionalidade é o da necessidade e requer uma análise comparativa, verificando até qual medida um direito ou garantia poderia ser sopeçada em prol da realização de uma finalidade constitucional. Significa investigar se haveria possibilidade de adoção de outra medida menos prejudicial sob o ponto de vista de um direito fundamental, mas igualmente factível quanto ao alcance de sua finalidade.

Esta medida é extraída através da comparação do grau de restrição dos direitos fundamentais, consequência notória da tributação, e o grau de finalidade a ser promovida. Entre ambas pretensões, deve haver uma ponderação.

Por fim, o último elemento do postulado da proporcionalidade é a proporcionalidade em sentido estrito. Significa dizer que, uma vez identificada a idoneidade da adequação e

⁷ A título exemplificativo, o Município de Joinville, localizado no Estado de Santa Catarina, adota diversos fatores, tais como: quantidade, número de passadas do caminhão, destinação do imóvel, para auferir o custo da prestação do serviço da coleta de lixo. O cálculo é feito de maneira individualizada, seguindo uma fórmula. Disponível em: <http://www.ambiental.sc/wp-content/uploads/2018/06/C%C3%A1lculo-JLLE.pdf>. Acesso em 16 de junho de 2019.



necessidade da medida, importa refletir sobre a seguinte indagação: “O grau de importância da promoção do fim justifica o grau de restrição causada aos direitos fundamentais?”

Esta é uma análise crítica que leva o intérprete a refletir sobre os pontos benéficos ou maléficos decorrentes ou que poderão decorrer de determinada norma tributária extrafiscal.

O controle da extrafiscalidade através do critério da proporcionalidade não é facilmente identificada no âmbito do Supremo Tribunal Federal, em razão do posicionamento assumido pela Suprema Corte no sentido de preservação do princípio da separação dos poderes.

No entanto, ao analisarmos alguns casos efetivamente enfrentados e julgados pela Suprema Corte, verificamos a existência de problemas comuns corriqueiramente identificados no âmbito da extrafiscalidade. Diante desta abertura, optamos por utilizá-lo como caso paradigmático, que pode corroborar para o avanço dos julgamentos no âmbito da extrafiscalidade.

O Supremo Tribunal Federal, através da ADI 855-2, julgou inconstitucional a Lei paranaense nº 10.248/93, que obrigava os estabelecimentos comerciantes de gás liquefeito de petróleo- GLP a pesagem, à vista do consumidor, os botijões de gás entregues aos consumidores.

A medida objetivava cumprir com uma finalidade de defesa do consumidor, constante do artigo 170, inciso V, da Constituição Federal⁸. Da leitura do voto extrai-se um possível conflito entre o princípio da defesa do consumidor e o princípio da livre iniciativa, motivo este a demandar a aplicação do postulado da proporcionalidade.

A inconstitucionalidade da legislação foi declarada, reconhecendo-se que a medida adotada acarretaria ônus excessivo às empresas comerciantes de gás, prejudicando o regular

⁸ “Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: (...) V – defesa do consumidor; (...)”



exercício da livre iniciativa. Quanto ao aspecto da defesa do consumidor, reconheceu-se a validade do objeto constitucional, o qual poderia ser cumprido através de outras medidas menos excessivas e impraticáveis pelos comerciantes.

É preciso enfatizar, portanto, a possibilidade do exercício de controle das medidas tributárias extrafiscais através do postulado da proporcionalidade, sem que este ato implique em violação ao princípio da separação dos poderes. Repisamos que a manutenção do Estado de Direito, no qual direitos e garantias são observados pelo Estado, depende de uma atuação harmônica do Poder Judiciário, preservando a ordem constitucional.

Infelizmente, os casos pragmáticos ora apresentados ou não foram objeto de judicialização, ou não foram julgados no âmbito do controle da extrafiscalidade. De qualquer modo, servem de apoio para a adoção de uma postura mais ativa e progressista que corrobore para solucionar os entraves que impedem a efetivação dos direitos e garantias assegurados pela Constituição Federal.

2.1. O DECRETO Nº 9.834/2019 E A SUA IMPORTÂNCIA PARA ATINGIR O OBJETIVO DO INCENTIVO A LIVRE INICIATIVA POR MEIO DA EXTRAFISCALIDADE.

É incontroversa a necessidade de controle das políticas públicas implementadas através de normas tributárias extrafiscais. Neste sentido, é premente destacar a importância do advento do recente Decreto nº 9.834, de 12 de junho de 2019, através do qual restou instituído o “Conselho de Monitoramento e Avaliação das Políticas Públicas”, cuja finalidade é avaliar e monitorar as políticas públicas selecionadas a partir de subsídios da União.

Importante destacar que o Anexo I do referido Decreto apresenta a relação de aproximadamente 110 políticas públicas que são promovidas através de medidas extrafiscais,



representadas por benefícios fiscais das mais diversas naturezas: isenção, dedução, crédito presumido, etc.

Com efeito, cada política pública implementada através da adoção de medidas extrafiscais será acompanhada por um órgão governamental específico, com o auxílio de entidades representativas do respectivo segmento. Espera-se que com esta medida, as políticas públicas sejam efetivamente acompanhadas com vistas ao cumprimento da finalidade inicialmente concedida.

Desta forma, evita-se que medidas extrafiscais instituídas de maneira desproporcional, sob o ponto de vista da relação entre a finalidade e o cumprimento da finalidade pretendida, permaneçam produzindo efeitos negativos ou distorcidos entre contribuintes.

Diz-se efeitos negativos ou distorcidos em razão da permanência de determinados benefícios fiscais em prol de determinado setor em detrimento de outro, fato este que, a rigor, pode causar tratamento diferenciado, em violação à livre iniciativa e livre concorrência.

Sobremais, ao se atentar para o controle efetivo das políticas públicas, o Poder Público demonstra interesse genuíno em concretizar as finalidades constitucionais estabelecidas, bem como em respeitar a Lei de Responsabilidade Fiscal, que prestigia o equilíbrio das contas públicas através da adoção de critérios para realização de renúncia da receita, na qual se enquadra muitas das medidas extrafiscais, exemplo: isenção, redução de alíquota ou base de cálculo e outros benefícios.

Desta feita, a assunção desta iniciativa por parte do Poder Executivo deve servir de exemplo de conduta para o Poder Legislativo, bem como para o Poder Judiciário, o qual não se deve furtar ao dever de prestar a atividade jurisdicional em sua completude, analisando as questões atinentes às medidas tributárias extrafiscais sob o aspecto da proporcionalidade. Isto é, da relação de adequação entre a finalidade pretendida e os efeitos



produzidos ou a serem produzidos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

É evidente que a utilização de medidas extrafiscais destinadas à consecução de objetivos constitucionais tem se intensificado nos últimos anos, e não se pode negar que o desenvolvimento das atividades econômicas e empresarias brasileiras tem obtido êxito em razão da interferência que esta absorve da regra de extrafiscalidade que procura compensar a eventual desigualdade decorrente entre regiões menos desenvolvidas que outras (a exemplo do interior das regiões nordeste e norte do Brasil que carece cada vez mais de incentivos para desenvolvimento econômico regional). Não se nega que esta possibilidade encontra amparo no texto constitucional, cuja caráter programático e funcional destinado à promoção de mudanças econômicas e sociais é facilmente identificado.

Assim, ao se reconhecer que a livre iniciativa encontra amparo constitucional por meio da aplicação das normas tributárias extrafiscais, verifica-se que a extrafiscalidade tem a função indutora na ordem econômica e social, diferentemente das normas tributárias fiscais convencionais que possuem apenas função meramente arrecadatória, e não de desenvolvimento sócioeconômico.

Por tratarem-se de normas jurídicas com critérios e finalidades distintas, justificando a exceção de determinados princípios constitucionais tributários, dentre os quais se destacam a legalidade, anterioridade, capacidade contributiva, dentre outros, buscou-se, desde o início deste trabalho, apresentar quais seriam os critérios de identificação e controle das normas tributárias extrafiscais.

Neste contexto, elegeu-se um critério duplo de identificação das normas tributárias extrafiscais, quais sejam, o da finalidade e da eficácia.



Com efeito, a junção de ambos os critérios permite resolver problemas que não seriam passíveis de resolução se fossem considerados isoladamente. Isto é, a partir da finalidade objetivada na lei, pode-se verificar se há adequação e proporcionalidade entre a medida produzida e as finalidades constitucionais que são principalmente econômicas, aqui representadas através das regras que regem a ordem econômica. Em caráter complementar, não basta a identificação e correlação existente entre a finalidade objetivada na lei que instituiu determinada norma tributária extrafiscal e a finalidade constitucional, devendo haver o efetivo cumprimento da finalidade constitucional objetiva. Surge, portanto, a importância do aspecto da eficácia da norma tributária extrafiscal.

Conforme citado anteriormente, não há que se falar em função extrafiscal sem eficácia no plano concreto de consolidação do desenvolvimento econômico regional para equalização e viabilização do exercício da livre iniciativa no Brasil. Entendemos que há embasamentos constitucionais a permitir a análise dos efeitos das normas tributárias extrafiscais no Direito Privado e nas relações empresarias e dos profissionais liberais e autônomos. Não se tratando, portanto, de elementos extrajurídicos.

Alguns critérios de controle da constitucionalidade das normas tributárias extrafiscais foram apresentados no presente trabalho. Analisamos o controle da constitucionalidade das normas tributárias extrafiscais a partir dos critérios comumente utilizados pelo Poder Judiciário, destacando-se o controle pela forma, bem como o controle pelo conteúdo da igualdade.

Verificou-se que estes critérios de controle não se mostram suficientes para enfrentar as problemáticas decorrentes do instrumento da extrafiscalidade.

A questão do controle pelo conteúdo da igualdade pelo Poder Judiciário nem sempre é possível, uma vez que o Poder Judiciário privilegia, com razão, o princípio da separação dos poderes, invocando em reiterados casos que a diferenciação de



contribuintes em razão de determinada norma tributária é orientada pelo conveniência e juízo da Poder Legislativo.

Entendemos que à luz da Constituição Federal, esta posição não é de todo segura. Com efeito, o ordenamento coíbe o tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente. A adotar sem reservas o posicionamento do Poder Judiciário, muitos privilégios odiosos, destinados a grupos de pressão, poderiam subsistir, impactando negativamente no ordenamento jurídico.

É, portanto, neste contexto que um novo critério de controle de constitucionalidade surge, qual seja, o critério da proporcionalidade. É necessário verificar, através da proporcionalidade, se a medida extrafiscal adotada apresenta, de fato, uma relação de harmonia entre o meio e o fim.

Significa dizer que deve haver uma adequação entre a medida adotada como caminho para a realização de determinado objetivo constitucional. Ainda que se reconheça a dificuldade de se aferir os efeitos da norma tributária extrafiscal no início de sua vigência, deve-se analisar se o meio adotado tem o condão de produzir, ainda que em caráter potencial, o fim pretendido.

Neste sentido, reconhece-se a importância do advento do Decreto 9.834/2019, o qual instituiu o Conselho de Monitoramento e Avaliação das Políticas Públicas a partir dos critérios da finalidade e eficácia. Com a ajuda de entidades representativas dos segmentos de cada programa de política pública, o Poder Público terá indicativos da eficácia da medida extrafiscal.

Com isso, assume-se o necessário controle da implementação de medidas extrafiscais para fins de realização de políticas públicas, contribuindo para a eficácia delas no plano concreto, bem como reduzindo o risco de que o equilíbrio das contas públicas seja atingido sem que haja qualquer efeito positivo, causando distorções entre contribuintes e entre o Pacto Federativo.



REFERÊNCIAS

- ADAMY, Pedro. Instrumentalização do Direito Tributário. In: ÁVILA, Humberto (org.) *Fundamentos do Direito Tributário*. São Paulo: Marcial Pons. 2012.
- ÁVILA, Humberto (org.) *Fundamentos do Direito Tributário*. São Paulo: Marcial Pons. 2012.
- _____. *Teoria dos princípios. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 17. ed. São Paulo: Malheiros. 2016.
- BOMFIM, Diego. *Extrajudicialidade: Identificação, Fundamentação, Limitação e Controle*. São Paulo: Noeses. 2015.
- CARRAZZA, Roque Antônio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. Editora Malheiros. 30. ed. 2015.
- CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. 21. ed. São Paulo: Saraiva. 2009.
- JABUR, Gilberto Haddad (Coord.); JUNIOR, Antonio Jorge Pereira (Coord). *Direito dos Contratos*. 1. ed. São Paulo: Quartier Latin. 2006.
- LEÃO, Martha Toribio. *Controle da Extrajudicialidade*. São Paulo: Quartier Latin. 2015.
- _____. Extrajudicialidade: entre a finalidade e controle. In: LOBATO, Valter de Souza (Coord.); DELIGNE, Maysa de Sá Pittondo (Org.); LEITE, Matheus Soares (Org.). *Extrajudicialidade: conceito, interpretação, limites e alcance*. Belo Horizonte: Fórum. 2017.
- PASCALI, Anita de; DELIGNE, Maysa de Sá Pittondo. Poder judiciário e o controle das normas tributárias indutoras. LOBATO, Valter de Souza (Coord.); DELIGNE, Maysa de Sá Pittondo (Org.); LEITE, Matheus Soares (Org.). *Extrajudicialidade. Conceito, interpretação, limites e*



- alcance*. Belo Horizonte: Fórum. 2017.
- RODAS, João Grandino; OLIVEIRA, Gesner. *Direito e Economia da Concorrência*. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar. 2004.
- ROTHMANN, Gerd Will. Tributação, Sonegação e Livre Concorrência. In: FERRAZ, Roberto Catalano Botelho (coord.)- *Princípios e Limites da Tributação 2- Os Princípios da Ordem Econômica e a Tributação*. São Paulo: Quartier Latin, 2009.
- SCHOUERI, Luís Eduardo. Tributação e Indução Econômica: os efeitos econômicos de um tributo como critério para sua constitucionalidade. In: FERRAZ, Roberto Catalano Botelho (coord.)- *Princípios e Limites da Tributação 2- Os princípios da Ordem Econômica e a Tributação*. São Paulo: Quartier Latin. 2009
- _____. *Normas tributárias indutoras e intervenção econômica*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- STOCO, Rui. *Tratado de Responsabilidade Civil - Doutrina e Jurisprudência*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2007.



EXPRESS IN THE INTERNET ENVIRONMENT, SOCIAL NETWORKS AND FAKENEWS

Abstract: Accompanying current society, which no longer restricts physical connections and adopts for itself the interaction through virtual networks, using the Internet and social networks, its rights and duties are also transposed to the new space of virtual coexistence. Thus, the present work, using the deductive method, consubstantiated by bibliographical research in books, journal articles and legislation/jurisprudence, seeks to analyze the relationship between network users and their rights of manifestation, as well as limits and possibilities around the norms, and in order to limit the present study, it will seek to analyze whether, when judging cases that deal with freedom of expression, the judiciary, by not observing the constitution and not even international treaties, would incur a double offense to the fundamental right of expression.

Keywords: Freedom of expression. Fake News. Civil Framework of the Internet. Constitutionalization. Fundamental rights.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS



presente estudo tem como objetivo estudar a liberdade de expressão no ambiente virtual das redes sociais e também da internet, que atualmente tem se mostrado uma forma de rápida projeção e compartilhamento de dados entre as pessoas.

Dessa forma, a abrupta mudança trazida pelas ondas tecnológicas de inovação que permitiram que a sociedade ingressasse na era da informação, trouxe consigo dilemas do direito, que agora necessitam de uma adequada transmutação para o novo paradigma informacional.

Diante disso, não se pode discutir as ações judiciais hoje

Inserido ao protocolo **17.711.187-2** por: **3º Sgt. Qpmg 1-0 Helió Jorge Parana Vieira** em: 04/06/2021 14:16. As assinaturas deste documento são de: **3º Sarg. Qpmg 1-0 Kateryne Prisdyla da C. do Carmo** em: 04/06/2021 14:17. Endereço: <https://www.e-proto.org.br/07/2021/4/validarAssinatura> com o código: **6a30095610e9c0ef5cc877c0123ed21c**.



garantias e direitos fundamentais (MENDES, 2016, p. 263).

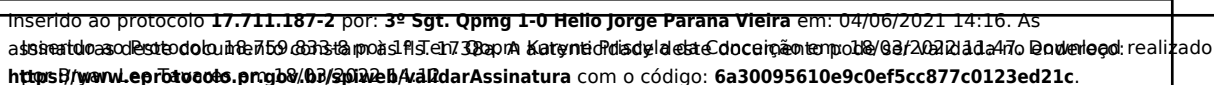
No entanto, a liberdade não se traduz em algo uníssono e uniformizado pelo direito geral de liberdade, como observada nas mais variadas constituições do mundo, assim, torna-se mais notada a delimitação das liberdades, podendo ainda ser observado, o efeito de positivação ou não das normas que regulamentam sobre a liberdade (SARLET; MARINONI; MITIDIEIRO, 2012, p. 425) a depender do sistema jurídico adotado.

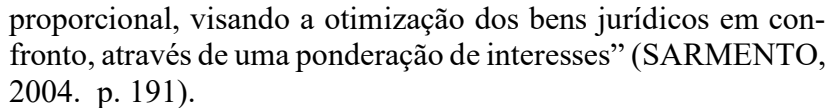
Para o ordenamento constitucional/jurídico, a liberdade de expressão engloba não só uma modalidade, mas diversas formas de manifestações, que formam uma estrutura com fito na defesa desta garantia no Estado Democrático de Direito (SARLET; MARINONI; MITIDIEIRO, 2012, p. 439).

Outro ponto relevante para a compreensão da liberdade de expressão consiste em seus limites, ou seja, a Constituição preza pela ampla liberdade dos cidadãos, no entanto essa manifestação deve respeitar os requisitos formais da norma¹, como a exemplo da garantia a liberdade, desde que, não ocorra em anonimato, ou a resguarda do sigilo da fonte em casos de acesso à informação pelo exercício profissional, além de que, a ação não venha a colidir com outros direitos fundamentais (MENDES, 2016, p. 264).

Desta maneira, não cumpre ao Estado exercer controle de quais opiniões são ou não aceitáveis, uma vez que essa tarefa recai sobre a audiência que recebe a informação que lhe é dirigida, sendo portanto, uma ação defensiva, com abstenção estatal sobre a conduta em face da liberdade do indivíduo, além do

¹ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato; V - é livre a expressão da atividade intelectual, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença; X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; [...] XLI - a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdade fundamentais;





No caso de colisão de princípios apresentado, o STF decidiu pela restrição do direito de livre manifestação em face dos direitos fundamentais da pessoa humana, que não pode ser violada em face da liberalidade de ação, em que pese, a atitude de afronta racial encontra-se tipificada em legislação própria, outro entendimento que não o adotado, levaria a ideia de caos em nome de um direito alegado (SILVA; OLIVEIRA; RABELO, 2011).

Isso porque se torna impossível que o Estado, em dada ocasião não se pronuncie de forma a intervir em alguns casos, atuando na restrição de autonomia individual para proteger a liberdades dos demais, na busca pela proteção do bem comum e alcançar um ambiente pacífico na justiça social (SARMENTO, 2004, p. 190).

A liberdade de expressão possui percalços a serem transpostos no atual desenrolar da sociedade, pois, com a recente inclusão de uma nova forma de atividade social por meio da internet e as relações entre os indivíduos por meio desta, cria-se uma nova necessidade hermenêutica para os casos jurídicos. Nesse sentido, Tim Wu (2018) apresenta o problema da ausência da atenção da audiência, devido ao grande número de informação, que diferente dos anos 1920, tornou escassa a atenção dos ouvintes, convertendo sua atenção em *highly valued commodities*³ (WU, 2018, p. 554).

Então, com a expansão da internet e a transformação da atenção do homem em uma espécie de mercadoria, outros problemas surgem no sentido de obter atenção da audiência, como, a redução dos custos para se tornar um orador em meio ao ambiente online, o que transformou a fala pública em um “discurso

³ Mercadorias altamente valorizadas. Tradução nossa. WU, Tim. Is the first amendment obsolete? *Michigan Law Review*. Volume 117. Issue 3. 2018.



barato” ou ainda em uma forma de “inundação de informação” o qual, grandes plataformas de blogs passaram a permitir, onde qualquer indivíduo pudesse tornar-se um potencial formador de opinião pública, desviando atenção das mídias tradicionais e facilitando o abuso de outros oradores em seus discursos para multitudes. (WU, 2018, p. 555).

Outro ponto notável nessa mudança foi a “indústria da atenção” ou economia da atenção, que se desenvolveu como modelo de negócio, que tem como fim a atenção humana, na qual, grandes veículos de comunicação se juntaram as novas plataformas para maximização do tempo em prol da audiência das pessoas que os acompanham, como forma de ampliar a atenção das massas, algo cada vez mais valioso (WU, 2018, p. 555).

O último ponto referente ao mercado da atenção seria a criação do “*filter bubble*”, ou bolhas de informação, que surgiram da possibilidade com que as grandes plataformas online e redes sociais permitiram a seus utilizadores, podendo personalizar ao máximo as notícias e os conteúdos consumidos, permitindo uma maior atenção dos seus públicos e maximizando a experiência e o tempo que esses permanecem em suas plataformas, evitando com que eles sejam expostos a conteúdos com os quais não se engajariam, levando as grandes plataformas a concentrarem seus esforços no desenvolvimento dessa otimização de tempo (WU, 2018, p. 555-556).

Com essa exposição dos problemas sentidos na nova era digital, Wu (2018), pode adentrar no cerne da questão de seu trabalho, sobre a eficácia da Primeira Emenda estadunidense, ao alertar que, sua concepção no século XX, foi em um ambiente totalmente diferente que se vive atualmente, e, portanto, assim como ela por muito tempo se tratou de letra morta de lei, nesse novo paradigma das relações interpessoais da internet, ela ainda estaria obsoleta? Pois não se pune mais os oradores diretamente, portanto seria necessário voltar-se aos novos métodos empregados na fala através das novas plataformas (WU, 2018, p. 547).



3 EXPRESSÃO NAS REDES SOCIAIS E AS *FAKE NEWS*

As redes sociais, como a internet e suas tecnologias surgiram na contemporaneidade do século XX, e, continuam em processos de progressão e inovações em seus campos, e, cada vez mais impactam na sociedade moderna, ocorrendo uma verdadeira revolução da tecnologia da informação, podendo ser realizado um paralelo ao gradualismo histórico, demonstrando que, atualmente a ocorrência de mudanças, não são mais lentas e suaves como antes, mas, em grandes escalas e de forma veloz, ao ponto que tais mudanças transformaram a “cultura material” social pela inclusão de um novo paradigma, da informação e da tecnologia e seus mecanismos presentes nas interações (CASTELLS, 2011, p. 67).

Com isso, a amplitude das inovações que surgiram em decorrência da sociedade da informação, gerou impactos em todas as camadas sociais, desde os lares, as indústrias e as formas como estas interagem, tanto interna quanto externamente, surgindo uma comunicação até antes não experimentada, tamanho foi seu alcance, com o qual, fez com que restrições fossem deixadas para trás graças a acessibilidade necessária, e fazendo com que surgisse uma nova camada de estrutura social gerada pelo informacionalismo desenvolvido (FERREIRA DE SOUZA; ALVES, 2016, p. 415).

As mudanças ocasionadas pela revolução tecnológica não se limitam apenas ao surgimento de novos aparatos, equipamentos e objetos, ela cria uma verdadeira transformação no modo como as pessoas interagem socialmente, e com isso, a interação e troca de dados constantes da era da informação se apresenta como um nova forma de direito ao acesso dessas informações (FERREIRA DE SOUZA; ALVES, 2016, p. 416).

Logo, as novas premissas desta estrutura comportam em si a necessidade de meios regulatórios pelo direito, afim de,



garantir de forma justa direitos aos cidadãos em uma sociedade regida por normas e princípios democráticos e constitucionais, ao passo que, ocorre uma transposição dos direitos off-line para o mundo on-line, logo, novas práticas de participação da sociedade, de forma mais ativa na rede e o retorno das ações pelo Estado também pode ser visualizadas, como a figura da *e-democracy* e o *e-government* (ALVES, 2013, p. 179-183).

Com isso, a transformação de acesso e manifestações por meio da rede se torna tão plausível quanto real, e a necessidade de meios regulatórios com a presença dos aparelhos Estatais no mundo atual, condiz com as premissas constitucionais em garantir direitos, mas também de conter excessos⁴.

O ministério da Justiça em 2010, propôs uma consulta pública afim de criar um marco regulador da Internet no Brasil, esse processo gerou a Lei 12.965/2014, chamada de Marco Civil da Internet - MCI, com fito de compreender as possibilidades de uso e deveres dentro do sistema mundial de computadores a relação dentre usuários e provedores, o qual foi realizado um amplo debate, que se operou em duas fases, e pode contemplar uma multipluralidade de ideias e opiniões, que puderam gerar um texto que fosse compatível com a premissa da defesa dos direitos fundamentais e no desenvolvimento humano pela oportunidade de acesso aos cidadãos pelos meios digitais (FERREIRA DE SOUZA; ALVES, 2016, p. 415).

Portanto, o MCI surge como uma forma de direito, mas também de contenção de excessos, ao passo que, conteúdos que venham a causar danos a terceiros devem ser removidos da rede, após o devido processo de responsabilização, para resguardar o direito de liberdade de expressão, afastando qualquer censura, que somente poderá ser efetivada após a decisão judicial que ve-rificar o excesso cometido (LIMA, 2017, p. 2).

⁴ Cfr. ALVES, Fernando de Brito; LONGHI, João Victor R; MARTINS, Guilherme Magalhães. Ataques em massa na internet como censura e o método da censura reversa. In: *Conjur*. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2019-out-03/opiniaao-ataques-massa-internet-metodo-censura-reversa#_ftn3. Acesso em: 25 mar. 2020.



Desta forma, ao restringir a censura prévia dos conteúdos, o MCI, pode entrar no dilema principiológico da colisão da liberdade de expressão com outros direitos fundamentais estatuidos pela Constituição, e com essa disposição, cabe ao judiciário dirimir eventuais casos de conflitos de interesses e normas do direito no caso concreto (LIMA, 2017, p. 3).

Nesse diapasão, a expansão das novas tecnologias da informação e comunicação (TIC's), a ampliação das redes e o surgimento de novas possibilidades fáticas, fizeram surgir a necessidade de regulamentação específica nesse novo espaço, com isso, direitos já conhecidos passam a integrar esse novo passo da sociedade, como a liberdade de expressão, que passou a ter maiores contornos devido a ampliação e disponibilidade do meio de expressar-se pela rede de computadores (LIMA, 2017, p. 4).

Um questionamento pode ser suscitado desse movimento de transformação dentro da área do direito, qual reside na possibilidade de ocorrer a integração ou não de liberdades previstas no paradigma anterior, ou ainda, se seriam subvertidas com o novo padrão que se apresenta. O que leva a também tratar o direito de liberdade de manifestação como um novo direito, pois decorre de um novo tempo social, o tempo da informação, e, a Constituição ao garantir as liberdades de expressão, vedado o anonimato, tem como interesse a proteção de terceiros em casos de dano ou reparação causados pelo excesso na prática da livre manifestação (LIMA, 2017, p. 5).

O MCI, portanto, projeto prevê uma série de princípios e regras para o uso da Internet no Brasil, incluindo temas como responsabilidade civil, guarda de dados de usuários e neutralidade da rede. Todos estes temas são relacionados com a liberdade de expressão (LIMA, 2017, p. 7).

A aplicação do princípio da liberdade de manifestação, por meio das diretrizes trazidas pelo Marco Civil, necessitam de uma leitura em conjunto com as normas constitucionais, que prezam pela liberdade de comunicação bem como da livre manifestação de pensamento, pois, dada a sua ligação com a questão da



Rússia⁶ nos anos 2000, por meio de uma técnica pioneira de *flooding*, ou inundação de informação, com uso de um exército troll, de forma sistêmica, o discurso de ódio pode ser dirigido, uma espécie de ataque a democracia, com uso de *fake news*, *bots* (robôs humanizados) e ataques a integridade de um ambiente de discurso, de forma a criar uma imagem benéfica do governo e atacar a oposição, o que ainda pode ser notado em épocas eleitorais (WU, 2018, p. 561).

Outra técnica consiste na inundação de informações, uso de robôs de propaganda e a cesura reversa, que em linhas gerais, se resume ao controle total sobre o que as pessoas veem e ouvem, por meio do uso combinado dessas técnicas, gerando um volume de conteúdo suficiente para diminuir uma fala ou mesmo distorcer pontos de vista como forma de distorcer aquilo que a audiência irá receber (WU, 2018, p. 565).

Essas técnicas se mostram eficazes no momento atual, uma vez que as populações estão distraídas ou dispersas, tal fato se nota pela mídia tradicional, que mesmo tendo recursos para atingir audiências não os tem alcançado. Ademais, Wu (2018) aponta que, atualmente a Primeira Emenda não tem respostas para essas novas ferramentas e técnicas usadas em ambiente online, por isso seria necessário assinalar algumas formas possíveis para enfrentamento dessas práticas.

Inicialmente, Wu (2018), reconhece a necessidade de proteção de canais de discurso, que, muito mais que punir

⁶ Os governos Chinês e Russo, foram precursores no uso dessas ferramentas na era da internet, por meio da inundação de informação em massa e de forma a usar o *flooding* atencional. E com técnicas nesse sentido governos comunistas como da China e Coreia do Norte, conseguiram desbancar previsões que, com a chegada de tecnologias de comunicação, seus governos não sobrevivessem. Suas técnicas de controle são diretas, incluindo a prisão de jornalistas, controle intermediário como bloqueio de websites e imposição de deveres à meios de comunicação online. Ao mesmo tempo, o partido faz uso da dominação do discurso para criar campanhas pró governo, como o uso de dois milhões de pessoas para postarem conteúdos de apoio ao partido comunista nas redes. WU, Tim. Is the first amendment obsolete? *Michigan Law Review*. Volume 117. Issue 3. 2018. Disponível em: <https://repository.law.umich.edu/mlr/vol117/iss3/4>. Acesso em: 20 mar. 2020.



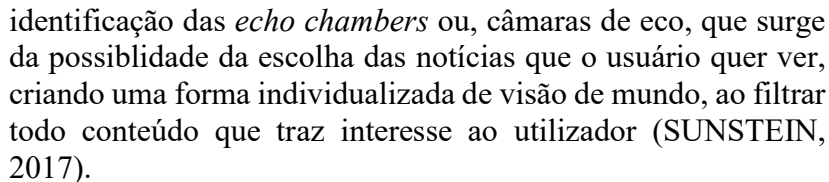
diretamente aqueles que usam o espaço para discursos de ódio, seria necessário uma reinterpretação sobre o significado de defender e “promover um ambiente político saudável” com a imposição e mudança de normas e práticas nas plataformas de internet, ainda com a adoção de políticas condizentes com a atual era (WU, 2018, p. 568).

Na área legal, o uso do sistema jurídico como forma de proteger os canais de fala online, resguardando os emissores e a audiência sob o viés constitucional, defendendo os valores básicos da Primeira Emenda. Bem como, uma reinterpretação da Emenda como um direito, estabelecendo ainda, limitações sob a ação de entes públicos e privados, trazendo a aplicação dos princípios constitucionais principalmente aos casos privados, adaptando-se a nova realidade promovida pela internet, assim como, a responsabilização civil e/ou criminal de agentes públicos ou políticos. Por fim, a inclusão de leis federais anti *cyberstalking*, *flooding* e *trolling* (WU, 2018, p. 569-581).

Ainda nesse sentido, Cass Sunstein em sua obra *#Republic: Divided Democracy in the Age of Social Media*, desenha a construção das redes sociais como uma forma de dar a possibilidade de escolha do que os usuários querem ver em seus “feeds”, mas que com a implementação de algoritmos com auto aprendizagem, tornam o processo de escolha automático e com modelagem ao perfil de cada utilizador (SUNSTEIN, 2017).

Revelando um problema nesta ferramenta até então inovadora, a possibilidade de detalhamento com base nas interações do usuário e a comercialização dessas informações com outras empresas ou mesmo partidos políticos, que poderão inundar os *feeds* dos usuários, que mais interessam a esses grupos. Tal prática ocorre com o consentimento dos próprios usuários ao aceitarem sua política de uso ao acordar com o contrato de utilização da rede social (SUNSTEIN, 2017).

Um dos pontos mais relevantes da obra *#Republic: Divided Democracy in the Age of Social Media*, consiste na



Dessa forma, Cass Sunstein identifica três problemas dessa personalização da informação, que residem nas câmaras de eco, a serem: argumentos e informações persuasivas, considerações reputacionais e confiança, extremismo e corroboração. (SUNSTEIN, 2017, p. 72).

No primeiro caso, ocorre a influência das informações por meio de argumentos persuasivos dos integrantes de um grupo que tem interesses em comum, sendo que, com a medida que os participantes do grupo desenvolvem argumentos favoráveis em relação ao um ponto de vista, se distanciam da aceitação da existência de outros pontos que diminuam o interesse central do grupo (SUNSTEIN, 2017, p. 72).

O segundo ponto gira em torno da aceitação social, ou, as considerações acerca de sua reputação no grupo, que tendem a levar aos discursos extremos de determinadas pautas, fazendo com que os integrantes não demonstrem ideias que destoem dos temas centrais defendidos pelo grupo, para que suas ideias não sejam vistas como fora do padrão defendido pelo grupo (SUNSTEIN, 2017, p. 73).

O último argumento se baseia na confiança, no extremismo e na corroboração que provem da confirmação de uma ideia, e, se relaciona com o grau de confiança que os integrantes compartilham entre si perante aqueles que se inclinam a aceitar e corroborar com a idealização de um tema, ou seja, a confiabilidade do grupo aumenta na medida que as pessoas que o integram, passam a admitir como ideia irrefutável, portanto, convencidas que detêm a razão, o que leva a uma posição mais extrema (SUNSTEIN, 2017, p. 74).

Embora haja algo de benéfico das pessoas se juntarem



em grupos para debaterem sobre algo, o problema reside se o grupo acaba se isolando de outras formas de ponto de vistas ou, não aceitam mudar seus próprios conceitos, com isso o perigo das câmaras de eco reside na possibilidade de extremismo em forma terrorista nas redes, como uso de *fake news*, e, são agravados na segregação de grupos, que mesmo que a maior parte das câmaras não produzam efeitos de criminalidade, elas acabam criando obstáculos para conversão e aceitação de boas políticas propostas por atores cujos quais elas não tendem aceitar por não pertencer a aceitação de seu grupo. (SUNSTEIN, 2017, p. 18).

As notícias falsas ou *fake news* tem tomado grandes proporções tanto no Brasil como no exterior, e seus impactos não podem ser medidos. Recentemente em 2014, um caso brasileiro de *fake news* ocorreu e gerou sérios prejuízos por decorrência de uma falsa notícia, uma mulher acabou sendo morta em um linchamento público. O teor da falsa notícia apontava que a mesma, raptava crianças para prática de magia negra. Tal notícia foi vinculada pelo Facebook, o que acabou fazendo com que pessoas que viviam na região do Guarujá, se confundissem, acabando por linchar a vítima por conta de mero boato sem que o fato alegado tivesse sequer ocorrido em qualquer grau (FLUMIGNAN, 2019, p. 265).

Por conta desses eventos, a emergência em buscar uma legislação específica se mostrou apropriada, com o intuito de garantir responsabilização pelos provedores de conteúdo na internet e contornar possíveis lesões a pessoas ou quaisquer órgãos que possam ser direcionadas expressões que invertam as verdades. Assim, com a chegada do MCI, vislumbrou-se alguma melhora no cenário entre utilizadores dos serviços de internet e suas manifestações, no entanto alguns comentários devem ser observados pela insuficiência ainda do Marco Civil amparar de forma plena casos de como este, pois, atualmente se vive na sociedade informacional e o compartilhamento de informações se tornou o



grande mote dessa atual era (LIMA, 2015, p. 159).

Os casos de impunidade ou ausência de controle da fala, podem causar pânico e confusão entre as pessoas que utilizam as redes, como em tempo de crises pandêmicas, como a vivenciada em todo o Mundo nos primeiros meses de 2020, com o uso desenfreado das plataformas para disseminação de *fake news* sobre doenças, condutas ou falas de especialistas e políticos.⁷

A ausência de medidas mais severas em relação impacta de forma significativa na vida das pessoas, no ponto em que as notícias falsas projetadas nas plataformas virtuais ganham relevância na vida real das pessoas, desencadeando comportamentos de pânico e histeria, que são motivados pela inundação de informações que não condizem com a verdade dos fatos vivenciados por estas, mas pelo alto número de informação com que recebem, acabam levando essa informação para suas vidas por meio das conexões, da virtualidade para a realidade.⁸

Nesse sentido, o ambiente que se projeta para o compartilhamento de informações, pensamentos e outras manifestações pelo meio virtual se mostra uma ameaça as garantias fundamentais, como o direito a proteção a honra, a imagem e a privacidade, previstas no art. 5º, inc. X da Constituição Federal de 1988. Uma vez que um desequilíbrio entre esses direitos podem se chocar, entre a liberdade de expressão, prevista na Constituição e no marco Civil, em face do controle da informação com vistas em defender os direitos e garantias fundamentais da pessoa como, honra, imagem, dados pessoais entre outros, igualmente previstos nos diplomas legais anteriormente citados (LIMA, 2015, p. 159).

Portanto, a preocupação com a novel legislação, tem se

⁷ Cfr. *Epidemia de Fake News*. Jornalistas fact-checkers estão na linha de frente de avalanche de desinformação. Disponível em: <https://apublica.org/2020/03/epidemia-de-fake-news/>. Acesso em: 28 mar. 2020.

⁸ Cfr. A psicologia por trás da corrida por papel higiênico em meio a “medo contagioso” do coronavírus Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/internacional-51803421>. Acesso em: 28 mar. 2020.



voltado para responsabilização dos provedores dos serviços quanto sua efetividade e celeridade em remover dados ou informações que possam ferir direitos de outrem, sendo suscitadas questionamentos quanto sua efetividade para tanto, desta forma, a melhor saída por hora, reside em uma leitura do quadro legal aplicado pela ponderação caso a caso afim de se alcançar uma harmonia entre os direitos em colisão (LIMA, 2015, p. 159).

4 DIREITOS DUPLAMENTE SUPRIMIDOS, CASOS RECENTES DE ATUAÇÃO NÃO CONSTITUCIONAL

Mesmo com toda a mudança gerada e a necessidade de se observar as normas pelo viés constitucional, não parece ser impossível que, ainda hoje se note certas incongruências com essa tarefa, a exemplo de recentes posturas adotadas por ministros do Supremo Tribunal Federal⁹, mais precisamente nas decisões que ensejaram a proibição de circulação de textos, em dois casos, um editorial e com textos publicados na internet por usuários.¹⁰

A justificativa dos julgadores, se baseou em bloquear

⁹ No presente caso o Ministro Alexandre de Moraes, em decisão proferida no Inquérito 4.781, ordenou que se retirasse do ar matéria publicada na Revista Crusoé e no site Antagonista, em sede cautelar, atribuindo multa diária pelo não cumprimento à decisão, sob alegação que tal matéria constituía uma *fake News*, e por tanto, decidiu-se ainda pela coerção da polícia federal para que os responsáveis pelos sites se apresentassem para prestar depoimento. BRASIL. STF. *Inquérito 4.781*. Distrito Federal. Relator: Min. Alexandre De Moraes. 19 abr. 2019.

¹⁰ cfr. A prisão do fundador do *Wikileaks*, Julian Assange, que com a revogação do asilo político concedido pelo governo equatoriano, permitiu com que a polícia londrina o prendesse na embaixada do Equador na capital do Reino Unido, que nesse caso teve o direito a liberdade cerceado, e se considerar os motivos de seu exílio, leva a questionar ou liberdade, de imprensa e expressão, o que pode ser considerado uma espécie de deturpação de tais direitos, que por hora, são universais e protegidos pelo Direito internacional e por convenções, o que enseja mais um ponto para a importância de se respeitar os direitos infraconstitucionais. In: Sem asilo político Fundador do *Wikileaks*, Julian Assange é preso em Londres. *Revista Consultor Jurídico*. 11-abr. 2019. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-abr-11/fundador-wikileaks-jornalista-julian-assange-presno-londres>>. Acesso em: 29 abr. 2019.



possíveis *fake news*, no entanto, a postura com que foi adotada, levou a se enxergar outro ponto, a inobservância a norma constitucional, sobre a liberdade de expressão. Em termos práticos, tem-se uma dupla falha, que enseja um retrocesso, tanto a constitucionalização dos direitos infraconstitucionais, que se referem a Lei do Marco Civil da Internet quanto ao próprio texto da Constituição.

Outro ponto foi a incompetência jurisdicional para instaurar o inquérito, o que se remete a afronta ao sistema acusatório e a ao devido processo legal, ao inibir a liberdade de imprensa e de expressão previstas na lei constitucional.¹¹

Para tanto, em princípio o sistema acusatório vem para instrumentar a jurisdição de julgadores aptos a exercer sua função como garantidor da eficácia normativa sistêmica da Constituição, e por sua vez esse juiz, deve ser imparcial, investido, competente, observância ao juiz natural. O papel de acusar, cabe por sua ao ministério público e ao particular, ao julgador, limita-se o poder de se coadunar com as garantias constitucionais, sendo assim, o modelo acusatório, se caracteriza por um eixo moderno da justiça penal o qual se pauta na imparcialidade e dignidade para com o acusado (LOPES, 2017, p. 155-163).

Primeiramente, a Constituição garante o direito à liberdade de expressão aos cidadãos, significando que, “a liberdade de expressão é o direito que o cidadão possui de se comunicar livremente expondo suas opiniões, não sendo exercida exclusivamente com palavras, mas em qualquer ato de comunicação” (ESPÍNDOLA, 2016, p. 164). Sendo, portanto, algo que pertence a todo indivíduo, sendo necessário que essa norma seja

¹¹ “Art. 5º, IV. “é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato”; XIV. “é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional”; “Art. 220. “A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição”. BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 01 mai. 2019.



O papel da justiça portanto, no aspecto atual, deve ser o de romper barreiras, como da exclusão de indivíduos de um sistema social, seja este, real ou virtual, pois a nova realidade também abarca as relações virtuais, assim como garantir que as

¹² Art. 5º, § 2º “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.



normas infraconstitucionais sejam respeitadas e quando aplicadas, seja de acordo com a constituição, de forma que, ao contrário representa um retrocesso, assim como, a inibição do agir humano com as novas tecnologias.

Ao suprimir então a liberdade de expressão, se volta as costas para as conquistas sociais que levaram ao *status quo* constitucional, bem como a supressão de normas internacionais que visam a proteção de direitos universais, os quais são presentes em Estados de Direito Democráticos.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A liberdade de expressão integra uma das garantias fundamentais elencadas na Constituição Federal busca romper com paradigmas passados da limitação do poder de manifestação das pessoas frente a governos autoritários. Não entanto tal direito não se torna absoluto uma vez, tem limitação, que pode ser notada quando a manifestação tem como objetivo ferir o direito fundamental de outras pessoas.

Com a crescente participação social nas redes sociais e, também nos aparatos provenientes da internet, novas possibilidades se apresentam, bem como antigos problemas, com a resolução de questões entre direitos, deveres e sanções. A transmutação da vivência social para o ambiente virtual faz com que o direito tenha que acompanhar os avanços, que nem sempre vem de forma positiva, como o fato do surgimento das *fake news*, do *cyberbullying*, e outro crimes virtuais cada vez mais presentes na realidade virtual dos usuários da rede mundial de computadores.

A mesma facilidade com que as plataformas digitais puderam proporcionar novos espaços para o debate em ambiente virtual, também pode ser notada no uso, destas como formadoras de bolhas nas quais os indivíduos agrupados podem encontrar um local para tornarem seus pontos de vista como únicos e



imutáveis, ignorando outras opiniões, e em casos extremos, usando esses espaços para promover ataques e a busca por destruir a fala e imagem de seus opositores.

Assim como na realidade estadunidense, o Brasil enfrenta o problema da adequação do direito as novas realidades trazidas pela inovação da internet, a ausência de punição e melhores meios de aferir e resguardar tanto direitos de pessoas públicas e privadas cria um espaço para a disseminação da cultura de ódio por meio das redes, bem como a inundação de informações não verídicas que podem interferir na vida humana não somente no ambiente virtual mas como na realidade.

Desta forma, o judiciário tem se deparado com colisões dos direitos, como a do Marco Civil da Internet, que ao regular provedores de conteúdo, acaba colidindo com o direito de liberdade de expressão e o sigilo de informações, necessitando de uma discussão ainda sobre os limites da interferência prévia a publicação de conteúdo, bem com a responsabilização civil dos autores destes conteúdos após decisão judicial.

A ação judicial desmedida em casos que conflitem com os direitos, surge como uma preocupação ao Estado Democrático de Direito, levando a entender que, nessa transição e entendimento do direito com as novas formas de comunicação e troca de informações, a observação a lei Constitucional, bem com os tratados de direitos internacionais assinados, devem ser uma lente pela qual a ponderação nos casos concretos pode ser a melhor saída para se chegar a um ambiente jurisdicional saudável.



6 REFERÊNCIAS

ALVES, Fernando de Brito. *Constituição e participação popular. A construção histórico-discursiva do conteúdo*



jurídico-político da democracia como direito fundamental. Curitiba: Juruá, 2013.

BRASIL. STF. *Inquérito 4.781*. Distrito Federal. Relator: Min. Alexandre De Moraes. 19 de abr. de 2019.

CADH. *Convenção Americana Sobre Direitos Humanos*. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm> Acesso em 14 de abr. de 2019.

CASTELLS, Manuel, *A sociedade em rede*. Trad. Roneide Venancio Majer. 6ª edição. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

ESPÍNDOLA, Ângela Araújo da Silveira; IVANOFF, Felipe de. Do caso ellwanger à ADI 4.815: as restrições aos direitos fundamentais e o exemplo da liberdade de expressão. *Argumenta Journal Law*, Jacarezinho - PR, n. 23, jan. 2016. ISSN 2317-3882. Disponível em: <<http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/675>>. Acesso em: 01 de mai. 2019.

FERREIRA DE SOUZA, João Eder Furlan; ALVES, Fernando de Brito. Da responsabilidade de Estado pela universalização do acesso à internet: comentários ao marco civil da internet e à emenda constitucional n. 85/2015. In: *Direito e Justiça: estudos em homenagem a Gilberto Giacoia*. Org. Eduardo Cambi; Alencar F. Margraf. Curitiba: Ministério Público, 2016. pp. 414-427.

FLUMIGNAN, Wévertton Gabriel Gomes. Fake news: o brasil precisa de uma lei. *Information Society and Law Review* [Recurso eletrônico on-line] Organizadores – Roberto Senise Lisboa, Ana Elizabeth Lapa Wanderley Cavalcanti, Irineu Francisco Barreto Júnior e Flávio Alberto Gonçalves Galvão – São Paulo: 2019. Disponível em: www.fmu.la/congressodireito. Acesso em 26 de set. 2019.

FLUMIGNAN, Wévertton Gabriel Gomes. *Responsabilidade civil dos provedores no Marco Civil da internet (Lei*



medicine. A retrospective of the theme will be made, taking as an approach the observance of the work *Brave New World* and its "weakened" babies, bringing what is currently in relation to the techniques of assisted reproduction regulations by the Federal Council of Medicine and Bioethics in Brazil, since the first norms for the use of human beings in scientific experiments were developed.

Keywords: Human Reproduction. Biotechnology. Genetical enhancement. Genetic manipulation.

INTRODUÇÃO



Este estudo, fundamentado na própria evolução dos estudos da Bioética, remonta a época em que Aristóteles foi chamado de fundador da embriologia e, assim, iniciavam-se estudos éticos acerca da reprodução, que naquela época, limitava-se a observação de aves. Passaremos por seis fases no desenvolvimento desta pesquisa, sendo elas:

1) Um retrospecto do admirável mundo novo - neste tópico, fazemos uma clara referência ao autor Aldous Huxley, que escrevendo a distopia “Admirável Mundo Novo”, já antecipava em 1943, toda a revolução da engenharia genética e da biotecnologia que seria, ao seu ver, o novo futuro. Passamos, então, por autores que criam e explicam a Bioética, como método de humanizar procedimentos, utilizando-se da razão, do bom senso e do juízo, para as tratativas referentes às questões da proteção da vida humana.

2) Bebês “enfrascados” - ainda em alusão a obra de Huxley, faremos uma breve explanação sobre a FIV - fertilização *in vitro* e, por meio desta, introduziremos o próximo tópico, a utilização de bebês como meio de cura para outro ser humano.

3) Bebê medicamento - As crianças nascidas sob este

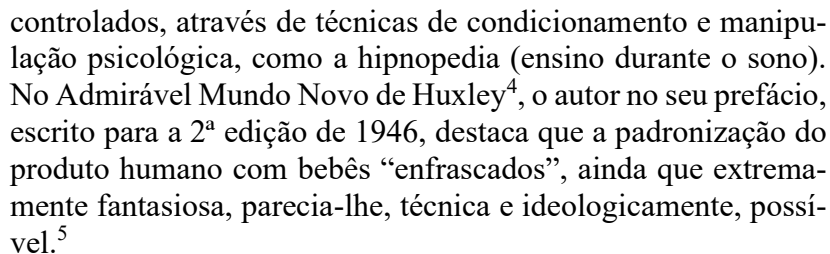


4) Panorama da legislação brasileira - faremos uma explanação, de como este tema está sendo abordado na nossa Legislação pátria e, em como o Código de Nuremberg (5) influenciou a criação das normas acerca de reprodução assistida e as tratativas de pesquisas envolvendo seres humanos, principalmente crianças. Por fim, levantamos pequenas questões na pauta, acerca do (6) Bebê medicamento e a Bioética, que permitirão ao leitor uma reflexão acerca do que fora tratado neste estudo.

Cabe aventar que a pesquisa será desenvolvida teoricamente, buscando na doutrina pátria elementos caracterizadores e informativos que direcionem os estudos e baseiem a formação do texto. A pesquisa será exploratória e explicativa, tendo como procedimento a abordagem direta às bibliografias, para averiguar qual o conteúdo jurídico dos temas suscitados, por dedução e indução, aonde buscar-se-á, por vezes raciocinar, partindo da causa para os efeitos, do princípio para as consequências, do geral para o particular, sem com isto, pretender esgotar o tema.

1 UM RETROSPECTO DO ADMIRAVEL MUNDO NOVO

No ano de 1932 uma publicação visionária, que circulava pelas ruas de Londres, Inglaterra, surpreendia seus ávidos leitores sobre temas como alterações genéticas, reprodução humana em laboratório, clonagem humana, tudo isto em um cenário futurístico, que trazia a revolução silenciosa da medicina e da biologia, que falava de pessoas geridas por governos através da manipulação de comportamentos incentivados e sentimentos



De fato, as questões associadas à reprodução humana, não surgiram a partir da imaginação criativa de Aldous Huxley, tendo em vista que o médico Hipócrates, que viveu entre os anos 460-377 a.C., através dos seus estudos, já reconhecia a existência de sêmens, que ele classificava como fraco (feminino) e forte (masculino). Além dele, Aristóteles (384-322 a.C.), complementava o estudo agregando a informação de que o homem fornecia à mulher (através do seu sêmen), força, atividade, movimento e vida. Estes estudos, baseados na observação do desenvolvimento das aves, conduziu Aristóteles ao reconhecimento de Fundador da Embriologia⁶.

E foi lá, na Grécia Antiga, que o ideal de educação humana surgiu com a necessidade de se desenvolver a perfeição humana – a perfeição do espírito. Fundado em Sócrates, o pensamento ético se apresenta como incipiente marco teórico, que justamente por não estar descrita em lugar algum conhecido, acaba sendo organizada como uma ciência e disciplina com Aristóteles⁷ e, para fins acadêmicos, Cortina e Martínez (2012),

4 HUXLEY, A. *Admirável mundo novo*. Tradução de Vidal de Oliveira e Lino Vallandro. 5ª ed. Porto Alegre: Editora Globo; 1979.

5 *Ibid*, p. 7

6 MONTANARI, Tatiana. *Embriologia: texto, atlas e roteiro de aulas práticas [recurso eletrônico]*. – Porto Alegre: Ed. do autor, 2013. Acesso em 05/07/2019. Disponível em: <http://www.ufrgs.br/livrodeembrio/ppts/1.Historico.pdf>. ISBN 978-85-915646-1-3. p. 01

⁷ NUNES, Cássia Regina Rodrigues. *O despertar da Bioética*. Responsabilidade e futuro: bioética, biopolítica, biopoder e os desafios para a reflexão e ação. In: GILCÓIA, O.; RAMIRO, C. H. L.; RICCI, L. A. L.; (organizadores) – São Paulo: LiberaArs, 2015. p. 16.

aplicam o termo Ética como referência a Filosofia Moral, em que se atribuem princípios, normas e valores como orientação de conduta para viver uma vida, boa e justa e, para além disto, há que se tratar de temas polêmicos que suscitem um juízo ético, à respeito de assuntos como legalização de drogas, aborto, pobreza, etc.⁸

Junges⁹ destaca, que foi com a obra de Immanuel Kant¹⁰, que a ética passou a estar mais próxima da própria consciência do sujeito que, em suas palavras, a partir de máximas formularia autonomamente o imperativo, o dever a ser seguido, desta forma, a ética deixaria de definir o que é moral, para como proceder para chegar a um juízo moral, que é formulado pela autonomia da consciência, assumindo, assim, formalidade e procedimentalismo. A isto, ele chamou de secularização da moral e o seu desvinculo com conteúdos religiosos.

Neste sentido, em 1971, Potter¹¹ em sua obra *Bioethics: Bridge to the future* (Bioética – ponte para o futuro), apresenta o termo Bioética e sua manifesta preocupação quanto a preservação da vida no planeta e, propõe uma reflexão necessária para as questões da sobrevivência elegendo a genética como assunto que dado a sua importância, não deva ser relegado apenas ao arbítrio único dos cientistas. “Por isso que a bioética se insere em contexto mais amplo, pois surge relacionada com as exigências da sociedade que questionam os próprios limites legais da prática, vinculando-se ao exercício efetivo da própria cidadania”.¹²

⁸ CORTINA, A.; MARTÍNEZ, E. Ética. 3ª Ed. São Paulo: edições Loyola, 2012, p. 14 *apud* NUNES, op. cit., p. 17

⁹ JUNGES, José Roque. *Hermenêutica como profanação dos novos sagrados: desafio e tarefa da bioética*. Revista Bioética. Vol. 24, nº 1 – 2016. Brasília/DF, Brasil, CFM, 2016. p. 22-28

¹⁰ JUNGES *apud* Kant I. *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*. In: Kants-Werke [Akademie Ausgabe]. Band IV. Berlin: Walter Gruyter; 1968. p. 385-463

¹¹ POTTER, V. R.; Van Rensselaer Potter. *Bioética: ponte para o futuro*. São Paulo: Edições Loyola; 2016.

¹² REGO, S; PALÁCIOS, M; SCHRAMM, F.R. O ensino da bioética nos cursos de graduação em saúde. In Marins JJN, Rego S. Lampert JB, Araujo JGC, organizadores. *Educação médica em transformação: instrumentos para a construção de novas*



Ainda conforme Potter, a bioética como uma nova disciplina, combina o conhecimento biológico com o sistema de valores humanos.

Para Pessini e Barchifontaine¹³, a Bioética nascida em um contexto científico, precisa proteger a vida humana, através de esforços interdisciplinares (dos profissionais da saúde e dos valores humanos), apoiando-se na razão e no bom juízo moral, objetivando humanizar ambientes hospitalares, promovendo os direitos do paciente.

2 BEBÊS “ENFRASCADOS”

O ano não é 2540, mas, o dia em que teríamos bebês em frascos chegou: o Admirável Mundo Novo não precisou nem de 100 anos, para evoluir até o mundo utópico de Huxley. Tanta inovação em tão pouco tempo, fez com que a engenharia genética tenha um campo fértil para reflexões e decisões, buscando soluções e alternativas para todos os problemas que foram surgindo, junto com as grandes descobertas da humanidade e, para todos eles, a Bioética está presente.

Pessini e Baschifontaine¹⁴ destacam que as questões que se referem ao início e fim da vida humana, se situam em uma área intermediária, onde se encontram: a contracepção, esterilização, exame pré-natal, aborto, mãe de aluguel, concepção assistida (inseminação artificial, fecundação *in vitro*), doação de sêmen ou de óvulo e de embrião, que é o que trataremos neste trabalho, que tem cunho informativo e não visa convencer o leitor a respeito de nenhuma verdade ou moral religiosa, levando apenas uma reflexão sobre as questões contemporâneas da ética acerca engenharia genética e seus desdobramentos.

realidades. São Paulo: Hucitec; 2004. p. 165-186, p. 170.

¹³ PESSINI, Leocir. BARCHIFONTAINE, Christian de Paul. *Problemas atuais de bioética*. São Paulo: Ed. Loyola. 1991. p. 17.

¹⁴ PESSINI, Leocir. BARCHIFONTAINE, Christian de Paul. op. cit. p. 15.

Fischer e Martins¹⁵ apresentam um roteiro onde se destacam três elementos que precisam ser analisados, no estudo de problemas: 1) o agente moral, o tomador de decisão; 2) os pacientes morais, aqueles em nome de quem, se tomam as decisões – crianças, velhos, doentes, animais - e; 3) a Bioética, que busca identificar quem são os agentes morais, quem são os pacientes morais e destes, quem são os vulneráveis, sendo este um dos principais temas trabalhados pela Bioética, logo ele abrange todos os seres humanos, dada a sua natureza mortal.

A vulnerabilidade é atribuída a todos os seres humanos, pelo Comitê Científico da DHES – Rede de Direitos Humanos e Educação Superior¹⁶, que em diferentes graus e, dependendo da sua capacidade de resistência perante aos desafios enfrentados, são capazes de reagir, resistir, recuperar-se de uma violação física ou moral. E, em função desta vulnerabilidade comum a todos os seres humanos, que a Bioética vem tratar de igualdade, de proteção aos direitos humanos (como direito a dignidade, à vida, a liberdade, a educação ou a saúde), principalmente na garantia da aplicação destes direitos a aqueles que em condição de desigualdade, estão susceptíveis a invisibilidade jurídica.

3 O BEBÊ-MEDICAMENTO

Louise Brown, o primeiro bebê de proveta, nascido em 1978, na Inglaterra, transforma o "futuro" em um agora. Pais que até então, não podiam conceber um filho, agora poderão tê-los,

¹⁵ FISCHER, Marta L.; MARTINS, Gerson Z.; *Bioética é assunto de criança? O caminho do diálogo*: proporcionando a vivência da bioética no ensino fundamental. Brasília: Conselho Federal de Medicina / Sociedade Brasileira de Bioética, 2017. p. 12-13.

¹⁶ BELTRÃO, J. F.; et all.; *Manual dos Direitos Humanos dos Grupos Vulneráveis*. Rede Direitos Humanos e Educação Superior. Coordenadores: BELTRÃO, Jane Felipe; BRITO FILHO, Jose Claudio Monteiro de; GOMEZ, Itziar; PAJARES, Emilio; PAREDES, Felipe; ZUÑIGA, Yanira. Acesso em 15/07/2019. Disponível em: https://www.upf.edu/dhes-alfa/materials/DDGV_PORT_Manual_v4.pdf.



em laboratório¹⁷. No Brasil, este futuro só chegaria em 1984, com o nascimento de Anna Paula Caldeira, na cidade de São José dos Pinhais, nos arredores da capital paranaense. A FIV - fertilização *in vitro*¹⁸, passou a ser o método recorrente dos pais (ainda não pais), que inférteis, se submetiam clinicamente ao tratamento.

Michael Sandel, em sua obra intitulada *Contra a Perfeição*, fala da promessa e do dilema, que as descobertas da genética nos apresentam diariamente: a promessa de sermos capazes de tratar e prevenir doenças debilitantes e, o dilema da ética do melhoramento – a reengenharia:

O dilema é que nosso recém-descoberto conhecimento genético também pode permitir a manipulação de nossa própria natureza – para melhorar nossos músculos, nossa memória, osso humor; para escolher o sexo, a altura e outras características genéticas de nossos filhos; para melhorar nossas capacidades físicas e cognitivas; para nos tornar “melhores do que a encomenda”¹⁹.

[...] Alguns dos que se preocupam com a ética do melhoramento cognitivo apontam para o perigo de criar duas classes de seres humanos – aqueles que com acesso às tecnologias de melhoramento genético e aqueles que precisam se virar com a memória inalterada que se deteriora com a idade. E se os melhoramentos puderem ser transmitidos de geração em geração, as duas classes poderiam um dia tornar-se subespécies humanas: os melhorados e os naturais²⁰.

O melhoramento genético, promessa e dilema, permite o que o autor chama de “moralmente inquietante”²¹, uma vez que

¹⁷ PESSINI, Leocir; BARCHIFONTAINE, Christian de Paul. 1991. op. cit. p. 149.

¹⁸ Considera-se como ciclo realizado de fertilização in vitro, os procedimentos médicos nos quais a mulher é submetida à produção (estímulo ovariano) e retirada de óocitos para realizar a reprodução humana assistida. ANVISA. Agência Nacional de Produção de Embriões - 12º Relatório do Sistema Nacional de Produção de Embriões. Acesso e, 15/07/2019. Disponível em: <http://portal.anvisa.gov.br/documentos/4048533>. p. 6.

¹⁹ SANDEL, Michael J., *Contra a perfeição: ética na era da engenharia genética*. 1. Ed. – Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira, 2013, p. 19.

²⁰ Ibid, p. 27.

²¹SANDEL, Michael J. op. cit., p. 35.

o problema não reside tão somente nos meios que utilizamos, mas, principalmente nos fins desejados. É preciso analisar, quais nas práticas de melhoramento, seja na clonagem ou a engenharia genética, o que ameaça a dignidade humana, sua liberdade e a própria manutenção e existência do homem.

A edição eletrônica do *Jornal Estadão*²², de 14 de fevereiro de 2012, destacava o nascimento no Brasil do primeiro bebê selecionado geneticamente em laboratório para curar a irmã, diagnosticada com talassemia major²³. O que a ciência chama de bebê-medimento, é uma técnica de reprodução assistida, por meio da qual existe a seleção de embriões²⁴ saudáveis e histocompatíveis com irmãos mais velhos, que portadores de doenças hereditárias de maior gravidade, dependem não apenas do transplante de células-tronco, mas que sejam 100% compatíveis com o seu biótipo²⁵. E, justamente nesta falta de

²² BASSETTE, Fernanda. Nasce no Brasil 1º bebê selecionado geneticamente para curar irmã. In *Jornal Estadão*. Revista Eletrônica. Acesso em 15/07/2019. Disponível em: <https://saude.estadao.com.br/noticias/geral,nasce-no-brasil-1-bebe-selecionado-geneticamente-para-curar-irma>.

²³ A talassemia faz parte de um grupo de doenças do sangue (hemoglobinopatias) caracterizadas por defeito genético que resulta em diminuição da produção de um dos dois tipos de cadeias que formam a molécula de hemoglobina. Embora haja outros tipos de talassemia, o mais comum no Brasil e no mundo é a beta-talassemia que, dependendo de sua gravidade, se divide em três grupos principais: talassemia minor, talassemia major e talassemia intermédia. Fonte: BRASIL. *Talassemia*. Secretaria de Saúde Pública do Estado de São Paulo. Acesso em 15/07/2019. Disponível em: <http://www.saude.sp.gov.br/ses/perfil/gestor/homepage-old2/acesso-rapido/grupo-de-sangue-componentes-e-derivados-hemorrede/o-que-e-talassemia>

²⁴ Os embriões transferidos são aqueles que foram transferidos ao útero da paciente, tanto a fresco como descongelados, através de procedimentos médicos apropriados. Os embriões que tiveram problemas em desenvolvimento, que foram classificados como inviáveis e que atenderam ao disposto na nova Resolução CFM entram na contagem de embriões descartados. Embriões descartados a pedido dos pacientes também entram nessa contagem. Fonte: ANVISA. Agência Nacional de Produção de Embriões. 12º Relatório do Sistema Nacional de Produção de Embriões. Acesso e, 15/07/2019. Disponível em: <http://portal.anvisa.gov.br/documents/4048533>, p. 8.

²⁵ CARDIN, Valéria Silva Galdino; CAZELATTO, Caio Eduardo Costa; GUIMARAES, Nádia Carolina Brencis. Do bebê-medimento sob o enfoque do biodireito e da bioética. In *Revista Meritum* - Universidade FUMEC. – Belo Horizonte – v. 13 – n. 1 – p. 169-195 – Jan./Jun. 2018. Acesso em 15/07/2019. Disponível em:



doadores 100% compatíveis, que os genitores acabam por optar pela concepção de um novo filho, selecionado geneticamente, para ser doador compatível do filho doente. Uma criança fabricada.

Fischer e Martins, da Sociedade Brasileira de Bioética, explicam que a técnica utilizada na engenharia genética, na qual os embriões são gerados, não podem ser considerados como clonagem, porque este se seria reprodução de indivíduos idênticos, o que não se aplica no caso dos bebês-medicamentos. Neste caso, teremos um indivíduo novo, que nasce com uma função específica: ser o medicamento que salvará a vida do irmão, ou da irmã²⁶.

Para se realizar tal façanha, de forma simplista, induz-se o óvulo a fim de estimular seu desenvolvimento e amadurecimento, para que se possa fazer sua coleta e unir posteriormente ao espermatozoide, com o qual formarão os embriões. Em aproximadamente três dias após a fertilização, far-se-á a análise genética dos genes HLA (*Human Leukocyte Antigens*) dos embriões, a fim de ver se os mesmos são compatíveis com o receptor, sendo implantados os que assim forem. Neste diagnóstico genético do embrião verifica-se, além da compatibilidade, se as células que causam a doença genética no receptor não estão presentes no embrião que será implantado²⁷.

Segundo a doutrina, é preciso realizar cerca de 28 tentativas de verificação de embriões, para que destes, um venha a ser o bebê salvador. Não apenas isto: as pesquisas indicam que apenas 25% dos bebês medicamentos que nascem, tem resultado positivo para atuar no tratamento do irmão (irmã) e, quando as

www.fumec.br/revistas/meritum/article/download/5878/pdf, p. 170.

²⁶ FISCHER, Marta L.; MARTINS, Gerson Z.; op. cit., p. 135.

²⁷ CARDIN, Valéria Silva Galdino; CAZELATTO, Caio Eduardo Costa; GUIMARAES, Nádia Carolina Brencis. Do bebê-medicamento sob o enfoque do Biodireito e da Bioética. In *Revista Meritum*. Universidade FUMEC. Belo Horizonte – v. 13 – n. 1 – p. 169-195 – Jan./Jun. 2018. Disponível em: www.fumec.br/revistas/meritum/article/download/5878/pdf. Pág. 170. Acesso em 15/07/2019.

expectativas forem bem sucedidas, esta criança deverá passar por tratamentos hormonais de crescimento acelerado, fazer uso de medicamentos especiais e ter constante vigilância médica²⁸.

Sandel, utiliza o termo “filhos projetados e pais projetistas”²⁹, quando cita o bioeticista Julian Savulescu, que destaca: “a saúde não tem valor intrínseco, apenas valor instrumental, é um recurso que nos permite fazer o que desejamos”³⁰. Esse tipo de pensamento em relação a saúde, rejeita a distinção entre cura e melhoramento genético, segundo o autor.

Chermin, Rodrigues³¹, ao questionar sobre a “fabricação” de pessoas por encomenda e todas as possibilidades que a reengenharia genética trouxe, conduzem o leitor ao pensamento do porque se faz necessário pensar a Bioética no dia a dia. A sua função está para além da identificação da dignidade da pessoa humana, do direito à vida, da autonomia, da liberdade, mas, está nos processos de decisão diários porque afetam a vida das pessoas. Os autores lembram que a Bioética ensina a ouvir e conversar, como método eficaz para se dirimir dúvidas e chegar a soluções assertivas, dentro do possível.

Questões como o descarte de embriões ou a sua utilização para formação de bancos de transplantes de medula óssea, de cordão umbilical, ou ainda, o incentivo a doação para famílias inférteis devem ser discutidas e, não apenas a sua destinação para manipulação genética. Questões éticas são questões de justiça e, dizem respeito a toda a sociedade e como ela se prepara para o futuro.

Por isso mesmo, refletir sobre a bioética é pensar o ser humano enquanto valor em si mesmo e, no caso em tela,

²⁸ FISCHER, Marta L.; MARTINS, Gerson Z.; op.cit., p. 136.

²⁹ SANDEL, Michael J.op. cit., p. 57.

³⁰ Ibid, p. 61.

³¹ CHERMIN, Marcia Regina Chizini, et al. *Árvore da Biotecnologia. O caminho do diálogo: proporcionando a vivência da bioética no ensino fundamental*. Martins, Gerson Z.; Fischer, Marta Luciane (orgs.). 224p., il. Brasília: Conselho Federal de Medicina / Sociedade Brasileira de Bioética, 2017, p. 133-142.



questionar se, mesmo diante das melhores intenções que possam estar envolvidos no mesmo, analisar se, para aquele que está sendo criado com a vocação de ser um “medicamento”, isto está correto³². Em sendo assim, é tarefa da Bioética trazer essa reflexão, fornecendo meios para que as partes possam buscar tomar uma decisão de forma moral, racional e justa diante de situações *sui generis* como no caso de uma doença grave. Nesse sentido, ensina Clotet³³:

A bioética precisa, portanto, de um paradigma de referência antropológico-moral que, implicitamente, já foi colocado: o valor supremo da pessoa, da sua vida, liberdade e autonomia. Esse princípio, porém, às vezes parece conflitar com aquele outro, relativo à qualidade de vida digna que merecem ter o homem e a mulher. Nem sempre os dois princípios se amoldam perfeitamente sem conflitos, no mesmo caso. Sabemos por própria experiência que, em determinadas circunstâncias, não é fácil tomar uma decisão. Constitui uma tarefa da bioética fornecer os meios para fazer uma opção racional de caráter moral referente à vida, saúde ou morte, em situações especiais, reconhecendo que esta determinação terá de ser dialogada, compartilhada e decidida entre pessoas com valores morais diferentes.

Por fim, assenhora-se do imperativo categórico de Immanuel Kant: “Age de tal forma que trates a humanidade, tanto

³² O tema fora abordado no filme “Uma Prova de Amor” de 2009. “Sara (Cameron Diaz) e Brian Fitzgerald (Jason Patric) são informados que Kate (Sofia Vassilieva), sua filha, tem leucemia e possui poucos anos de vida. O médico sugere aos pais que tentem um procedimento médico ortodoxo, gerando um filho de proveta que seja um doador compatível com Kate. Disposto a tudo para salvar a filha, eles aceitam a proposta. Assim nasce Anna (Abigail Breslin), que logo ao nascer doa sangue de seu cordão umbilical para a irmã. Anos depois, os médicos decidem fazer um transplante de medula de Anna para Kate. Ao atingir 11 anos, Anna precisa doar um rim para a irmã. Cansada dos procedimentos médicos aos quais é submetida, ela decide enfrentar os pais e lutar na justiça por emancipação médica, de forma a que tenha direito a decidir o que fazer com seu corpo. Para defendê-la ela contrata Campbell Alexander (Alec Baldwin), um advogado que cuidará de seus interesses”. (ADORO CINEMA. *Uma prova de Amor*. Sinopse e Detalhes. Disponível em: <http://www.adorocinema.com/filmes/filme-130304/> Acesso em 09/08/19).

³³ CLOTET, Joaquim. Por que Bioética? In: *SIMPÓSIO AIDS E BIOÉTICA*, 1993, Bioética – Revista publicada pelo Conselho Federal de Medicina, Brasília, v. 1, n. 1, p. 13 – 19, 1993, p. 16.



4 PANORAMA LEGISLATIVO BRASILEIRO

Art. 225 - Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

$$[\dots]$$
$$[\dots]$$

V - controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a

³⁴ ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 277.



vida, a qualidade de vida e o meio ambiente;
[...]

No tocante ao desenvolvimento desta linha de pesquisa, merece destaque a leitura do art. 5º da Lei de Biossegurança (Lei 11.105/05) transcrito abaixo, o qual se dedica especialmente ao trato das pesquisas com embriões humanos.

Art. 5º É permitida, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização in vitro e não utilizados no respectivo procedimento, atendidas as seguintes condições:

I – sejam embriões inviáveis; ou

II – sejam embriões congelados há 3 (três) anos ou mais, na data da publicação desta Lei, ou que, já congelados na data da publicação desta Lei, depois de completarem 3 (três) anos, contados a partir da data de congelamento.

§ 1º Em qualquer caso, é necessário o consentimento dos genitores.

§ 2º Instituições de pesquisa e serviços de saúde que realizem pesquisa ou terapia com células-tronco embrionárias humanas deverão submeter seus projetos à apreciação e aprovação dos respectivos comitês de ética em pesquisa.

§ 3º É vedada a comercialização do material biológico a que se refere este artigo e sua prática implica o crime tipificado no art. 15 da Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997.

Ainda que em vigência na legislação pátria, o tema se concentre na Lei 11.105/2005, outros projetos sobre o mesmo mote, tramitam na Câmara Legislativa, a exemplo da PL 478/2007³⁵, que propõe a criação do Estatuto do Nascituro e a PL 8116/2014³⁶, que dispõe sobre sua proteção. A base de criação destes projetos está na necessidade de criação de legislação que agregadas ao Código Civil e ao Estatuto da Criança e do Adolescente, vise resguardar os direitos do nascituro, conforme

³⁵ *Projeto Lei – PL 478/2007* – Dispõe sobre o Estatuto do Nascituro e dá outras providências. Acesso em 15/07/2019. Disponível em <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=345103>

³⁶ *Projeto Lei – PL 8116/2014* - Dispõe sobre a proteção ao nascituro. Acesso em 15/07/2019. Disponível em <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=786789>

já previsto nos artigos art. 2³⁷, art. 1609³⁸, par. único, art. 1779³⁹ e art. 1798⁴⁰ da Lei 10.406/2002 (Código Civil) bem como no art. 7º⁴¹ da Lei 8.069/1990.

Por outro lado, observa-se uma preocupação constante neste assunto por parte das Comissões de Ética do Conselho Federal de Medicina - CFM. Desde o ano de 1992 até a atualidade, foram criadas e adotadas as Normas Éticas para utilização das técnicas de Reprodução Assistida, por meio de resoluções, listadas sucintamente a seguir:

1. Tabela de Resoluções do CFM sobre Normas Éticas para Utilização das Técnicas de Reprodução Assistida.

Resolução 1358/ 1992	Estabelece os requisitos como o número ideal de oócitos ⁴² humanos a serem transferidos para a receptora; a proibição da fecundação com qualquer outra finalidade que não seja a procriação; implantação do consentimento informado por todos os envolvidos; imposição da doação sem fins comerciais ou lucrativos; autorização para criopreservação de espermatozoides, óvulos e pré-embriões, dentre outros.	Revogada pela Resolução 1957/2010
Resolução	Como principal alteração, está a	Revogada pela

³⁷ CC/2002, Art. 2. A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.

³⁸ CC/2002, Art. 1.609. O reconhecimento dos filhos havidos fora do casamento é irrevogável e será feito: Parágrafo único. O reconhecimento pode preceder o nascimento do filho ou ser posterior ao seu falecimento, se ele deixar descendentes.

³⁹ CC/2002, Art. 1.779. Dar-se-á curador ao nascituro, se o pai falecer estando grávida a mulher, e não tendo o poder familiar.

⁴⁰ CC/2002, Art. 1.798. Legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão.

⁴¹ ECA, Art. 7º. A criança e o adolescente têm direito a proteção à vida e à saúde, mediante a efetivação de políticas sociais públicas que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência.

⁴² OÓCITOS.: A oogênese é a história da formação, crescimento e maturação do gameta feminino (*apud* Baker, 1982). Em mamíferos, a oogênese inicia-se durante a vida fetal e somente é completada meses ou até anos mais tarde. Uma vez que as células germinativas se estabeleceram no ovário em desenvolvimento, elas passam a se chamar oogônias. Estas células sofrem muitas divisões mitóticas e eventualmente passam por uma última etapa de replicação de seu DNA, anteriormente a sua entrada em meiose sendo então denominadas oócitos (*apud* Picton et al., 1998). Fonte: UFRG. Disponível no site: <http://www.ufrgs.br/gametaembriao/oogenese.htm>



1957/2010	determinação do número máximo de embriões a serem implantados, de acordo com a faixa etária da receptora (mulheres com até 35 anos, 2 embriões; entre 36 e 39 aos, até 3 embriões; mulheres acima de 40 anos, até 4 embriões); além disto, em casos de gravidez múltipla, fica-se proibidas quaisquer intervenções que visem a redução embrionária.	Resolução 2013/2013
Resolução 2013/2013	Cita pela primeira vez o processo de descarte de embriões preservados em clínicas de criogenia e, diferente da Lei 11.105/05, que prevê o descarte após o 3º ano de congelamento, sugere que o descarte aconteça aos crio preservados a mais de 5 anos (se for do interesse dos pacientes). Destaca, ainda, a relação de documentos e observações necessárias, que deverão constar dos prontuários do paciente nas clínicas de reprodução, incluindo, até, um perfil psicológico, atestando adequação clínica e emocional de doadores, em caso de doação temporária de útero (gestação de substituição).	Revogada pela Resolução 2121/2015
Resolução 2121/2015	A grande alteração foi a permissão do uso das técnicas de Reprodução Assistida para relacionamentos homoafetivos e pessoas solteiras, desde que respeitada a objeção de consciência por parte do médico. Limitação da idade para candidatas a gestação de RA até os 50 anos.	Revogada pela Resolução 2168/2017
Resolução 2168/2017	Ajustado o tempo mínimo de espera para descarte dos embriões criopreservados, para 3 anos, conforme a Lei 11.105/05 de Biossegurança. Destaque para a autorização de descarte, para os embriões abandonados, que são assim classificados, quando os responsáveis não são localizados ou descumpriram o contrato pré-estabelecido.	Em vigência

Fonte: Resoluções do CFM, adaptadas pelos autores (2019)

5 A INFLUÊNCIA DO CÓDIGO DE NÜREMBERG NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA



O ano era 1947 e acontecia em Nuremberg o mais famoso julgamento da história, dele resultaram ações que reverberaram até os dias atuais as regras conhecidas como Código de Nuremberg, que em se tratando da investigação científica na prática médica, foi entendida como o fundamento da nova ética e, para além, um marco da História da humanidade. Um documento relativamente curto, mas, que influencia o código de ética médica, na pesquisa em seres humanos até a atualidade. Acerca do tema, Kipper⁴³ destaca que “o artigo I do código define a condição indispensável para a sua realização: O consentimento voluntário do ser humano é absolutamente essencial. Isso significa que as pessoas que serão submetidas ao experimento devem ser legalmente capazes de dar consentimento”.

Embasados nos escritos do Código de Nuremberg, em 1979 foi redigido o Relatório de Belmont⁴⁴, que apresentava três princípios básicos da Bioética (respeito à pessoa, beneficência, justiça), que mais tarde, em 2013 foram reformulados e ficaram conhecidos como Princípios de Georgetown, a saber⁴⁵:

1. Respeito à pessoa – o respeito à pessoa incorpora pelo menos duas convicções éticas: primeiro, que individuais devem ser tratados como agentes autônomos, e, segundo, que pessoas com autonomia reduzida tem direito a proteção. O princípio do respeito às pessoas, portanto, divide-se em duas obrigações morais: a obrigação de reconhecer a autonomia e a obrigação de proteger aqueles com autonomia reduzida (*esse item foi, posteriormente, redigido com o termo respeito pela autonomia – acréscimo nosso*);
2. Beneficência – o termo é geralmente entendido como incluindo atos de cortesia ou caridade que vão além da obrigação estrita. Neste documento, é entendida em sentido mais forte, como obrigação. Duas

⁴³ KIPPER, Délio José. Ética em pesquisa com crianças e adolescentes: à procura de normas e diretrizes virtuosas. In *Revista Bioética*. Vol. 24, nº 1 – 2016. Brasília/DF, Brasil, Conselho Federal de Medicina, 2016. Ver. Bioét. (Impr.). 2016; 24 (1): 37-48. P. 39

⁴⁴ Produzido pela Comissão Nacional para a Proteção dos Sujeitos Humanos de Pesquisas Médicas e Comportamentais, nos Estados Unidos (1979).

⁴⁵ PARANHOS, F. R. L., GARRAFA, V., MELO, R.L., Estudo critico do principio de beneficio e dano. In *Rev. Bioética - Estudo critico do principio de beneficio e dano*. Vol. 23, nº 1 - 2015. CFM. Rev. Bioét. (impr.). 2015; 23 (1). p. 12-13.



regras gerais foram formuladas como expressões complementares de ações benéficas: 1) não cause dano, e 2) maximize os possíveis benefícios e minimize os riscos (*esse item foi, posteriormente dividido em beneficência e não maleficência – acréscimo nosso*);

3. Justiça – há diversas formulações, amplamente aceitas, de formas justas para distribuir benefícios e prejuízos. Tais formulações são: 1) a cada pessoa, uma porção igual; 2) a cada pessoa, conforme suas necessidades individuais; 3) a cada pessoa, conforme o seu esforço; 4) a cada pessoa, conforme a sua contribuição social; 5) a cada pessoa, conforme o seu mérito.

Esta ideia do direito a autonomia, inspirou documentos como a Resolução 1/1988 do Conselho Nacional de Saúde (CNS)⁴⁶, que estabelecia que, quando houver capacidade de compreensão a anuência de indivíduos menores que 18 anos, deve ser obtida. Não obstante a isto a Resolução 41/1995⁴⁷ do Conselho Nacional dos Direitos das Crianças e Adolescentes, institui o direito destes não serem objetos de ensaios clínicos, provas diagnósticas e terapêuticas, sem o consentimento informado dos pais, responsáveis e delas próprias, deste que se tenha o discernimento para tal.

Em 1993, o CIOMS – Conselho das Organizações Internacionais de Ciências Médicas, por meio da Diretriz nº 5 acerca do consentimento informado, dado pelas crianças ou adolescentes, dispôs que:

- 1) Os pais ou representantes legais devem dar consentimento

⁴⁶ BRASIL. CNS. *Resolução 1/1988*. Aprova as Normas de Pesquisa em Saúde. Estabelece aspectos éticos em pesquisa em seres humanos. Revogada em 1996, pela Resolução 196/96, que aprovava as diretrizes e normas regulamentadoras de pesquisas envolvendo seres humanos, sendo esta também revogada, no ano de 2012 pela Resolução 466, que versa sobre diretrizes e normas regulamentadoras de pesquisas envolvendo seres humanos, em vigência. Acesso em 27/07/2019. Disponível em: http://conselho.saude.gov.br/resolucoes/reso_88.htm

⁴⁷ CONANDA - Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente. *Resolução 41/1995*, que aprova em sua íntegra o texto oriundo da Sociedade Brasileira de Pediatria, relativo aos Direitos da Criança e do Adolescente Hospitalizados e, dentre eles, o direito a não ser objeto de ensaio clínico, provas diagnósticas e terapêuticas, sem o consentimento informado de seus pais ou responsáveis e o seu próprio, quando tiver discernimento para tal. Acesso em 27/07/2019. Disponível em: encurtador.com.br/yFPZ7



por procuração;

2) O consentimento de cada criança deve ser obtido na medida da sua capacidade;

3) A recusa da criança em participar da pesquisa deve sempre ser respeitada, a menos que, de acordo com o protocolo de pesquisa, a terapia que a criança receberá não tenha nenhuma alternativa medicalmente aceitável⁴⁸.

Atualmente, com o intuito de estabelecer padrões uniformes, nas tratativas quanto a estudos clínicos, conduzidos de acordo com princípios éticos, a Declaração de Helsinque, da Associação Médica Mundial (WMA)⁴⁹, estabeleceu normas e princípios éticos para a pesquisa médica, envolvendo seres humanos, incluindo pesquisa em materiais e dados humanos identificáveis, que foi sendo adotada por diversos países como: Finlândia, Japão, Itália, China, África do Sul, Escócia, Estados Unidos, Coreia do Sul e Brasil.

Contudo, como restou claro, não há no Brasil legislação que venha a tratar do tema de forma satisfatória, carecendo da sua criação, a fim de se estabelecer padrões que realmente possam aclarar a tomada de decisão diante de situações de alta complexidade como a apresentada, posto que, quando se fala em ciência e pesquisa, esta sempre deverá ter como parâmetro o ser humano, sem exceções, mas de tal forma que se estabeleça voltada mais para o ser e para uma nova ética da responsabilidade, fugindo de qualquer tipo de instrumentalização que se possa aplicar a pessoa, principalmente sem o seu consentimento. Acerca disso, assevera Volnei Garrafa, pós-doutor em bioética pela Universidade de Roma:

Poderão resultar desastrosas as consequências de modificações que venham a ser introduzidas com relação a novas formas biológicas legais de controle sobre o nascimento, sobre a vida e sobre a morte do ser humano. O discurso aqui defendido ao contrário de propor um freio para o desenvolvimento da ciência

⁴⁸ KIPPER, op. cit., p. 40.

⁴⁹ Declaração de Helseinque da Associação Médica Mundial (WMA). Acesso em 27/07/2019. Disponível em encurtador.com.br/gnoLT



e da tecnologia, refere-se, fundamentalmente à transformação da ética da liberdade científica em uma nova ética da responsabilidade científica (...) e a análise mais responsável de fatores que possam vir a se constituir em elementos negativos e determinantes para o futuro da humanidade.⁵⁰

E, ainda, como ensina Ernesto Lima Gonçalves, professor titular da Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo (FMUSP):

(...) a ‘ciência caminha mais depressa que o homem’, o que coloca a necessidade de introduzir o conceito ético nessa avaliação. É tempo de se impor limites à concepção cada vez mais utilitarista e hedonista do homem diante da ciência e da medicina, pelo reconhecimento de que a identidade humana é estruturada a partir do conjunto corpo e espírito e de que respeitar o corpo humano, em todas as suas dimensões e fases evolutivas – antes de nascer, no nascimento, no viver, no sofrer e no morrer –, significa respeitar a dignidade humana.⁵¹

Assim sendo, de forma alguma um ser humano pode ser colocado na posição instrumento, de bem disponível, já que todos têm um valor que lhe é intrínseco apenas pelo fato de ser um ser único, irrepetível e indivisível. Todos os seres humanos têm dignidade e devem ser respeitados como tal.

CONCLUSÃO

Falar de reprodução assistida, bebês sendo gerados com fim em outra coisa que não seja em si próprio, aborto, métodos de abreviamento da vida, são temas que não apenas te conduzem a um pensamento mais reflexivo a respeito da moral e da ética, mas, principalmente acerca de que mundo se está vivendo e para onde se está caminhando.

⁵⁰ GARRAFA, Volnei. O Mercado de Estruturas Humanas. In *Revista Bioética*, Conselho Federal de Medicina, Simpósio Pacientes Terminais, 1993, v. 1, n. 2, p. 115–123, Brasília, 1993.

⁵¹ GONÇALVES, Ernesto Lima. Situações Novas e Novos Desafios para a Bioética. In *Revista Bioética*, Conselho Federal de Medicina, Simpósio Aborto, 1994, v. 2, n. 1, p. 13–18, Brasília, 1994.



Como se esboçou outrora, todo ser humano deve ser respeitado pela sua essência, o que implica em não ser “coisificado” ou utilizado como mecanismo de reposição para outro que dele necessita, sem que isto seja autorizado pela própria pessoa. Toda e qualquer intervenção no corpo de uma pessoa somente deve ser realizada em prol do bem estar daquele que a detém. Claro que em havendo a devida autorização da própria pessoa, está a se exercer a sua autonomia, situação esta defendida pela Bioética.



Contudo, em se tratando de bebês medicamento, aqueles que podem autorizar, estão comprometidos para fazê-lo, já que são os mesmos que buscaram a sua criação com um fim já definido. Por isso mesmo, no tocante ao assunto, vale fazer o questionamento se uma vida humana não vale menos do que outra de modo a ser por ela instrumentalizada. Por mais justificável que seja a razão de tal procedimento, a motivação para se ter um filho deve ser uma escolha baseada na vontade e no amor por aquele que virá, ou seja, ter por ele mesmo, e não porque se vê na sua criação a possibilidade de cura do outro, tendo em vista que, nesta perspectiva, tira-se daquele que está por vir a condição de ser humano enquanto fim em si mesmo.



REFERÊNCIAS

- ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- ADORO CINEMA. *Uma prova de Amor*. Sinopse e Detalhes. Disponível em: <http://www.adorocinema.com/filmes/filme-130304/>. Acesso em 09/08/19.
- BASSETTE, Fernanda. Nasce no Brasil 1º bebê selecionado geneticamente para curar irmã. In *Jornal Estadão*. Disponível em: <https://saude.estadao.com.br/noticias/general,nasce-no-brasil-1-bebe-selecionado-geneticamente-para-curar-irma>. Acesso em: 05/06/2019.
- BELTRÃO, Jane Felipe; BRITO FILHO, Jose Claudio Monteiro de; GOMEZ, Itziar; PAJARES, Emilio; PAREDES, Felipe; ZUÑIGA, Yanira (Coord.). Manual dos Direitos Humanos dos Grupos Vulneráveis. In *Rede Direitos Humanos e Educação Superior*. Disponível em: <https://www.upf.edu/dhes->



- alfa/materials/DDGV_PORT_Manual_v4.pdf. Acesso em: 05/06/2019.
- BRASIL. ANVISA. Sistema Nacional de Produção de Embriões. *12º Relatório do Sistema Nacional de Produção de Embriões*. Disponível em: <http://portal.anvisa.gov.br/documents/4048533>. Acesso em: 04/06/2019.
- BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei n. 478/2007*. Estatuto do Nascituro. Disponível em <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=345103>. Acesso em: 07/06/2019.
- BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei n. 8116/2014*. Disponível em <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=786789>. Acesso em 15/07/2019.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 20/07/2019.
- BRASIL. Conselho Nacional de Saúde (CNS). *Resolução n. 1/1988*. Disponível em: http://conselho.saude.gov.br/resolucoes/reso_88.htm. Acesso em 27/07/2019.
- BRASIL. *Lei n. 11.105 de 24 de março de 2005*. Lei da Biossegurança. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111105.htm. Acesso em: 20/07/2019.
- BRASIL. *Lei 8.069 de 13 de julho de 1990*. Estatuto da Criança e do Adolescente. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm. Acesso em 20/07/2019.
- BRASIL. *Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002*. Código Civil. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em 20/07/2019.
- BRASIL. Secretaria de Saúde Pública do Estado de São Paulo. *Talassemia*. Disponível em:



<http://www.saude.sp.gov.br/ses/perfil/gestor/homepage-old2/acesso-rapido/grupo-de-sangue-componentes-e-derivados-hemorrede/o-que-e-talassemia>. Acesso em 15/07/2019.

BRAUNER, Maria Cláudia Crespo. *Direito, sexualidade e reprodução humana: conquistas médicas e o debate bioético*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

CARDIN, Valéria Silva Galdino; CAZELATTO, Caio Eduardo Costa; GUIMARAES, Nádia Carolina Brencis. Do bebê-medicação sob o enfoque do Biodireito e da Bioética. *Revista Meritum*. Universidade FUMEC. Belo Horizonte – v. 13 – n. 1 – p. 169-195 – Jan./Jun. 2018. Disponível em: www.fumec.br/revistas/meritum/article/download/5878/pdf. Pág. 170. Acesso em 15/07/2019.

CHERMIN, Marcia Regina Chizini, et al. *Árvore da Biotecnologia. O caminho do diálogo: proporcionando a vivência da bioética no ensino fundamental*. Martins, Gerson Z.; Fischer, Marta Luciane (orgs.). 224p., il. Brasília: Conselho Federal de Medicina / Sociedade Brasileira de Bioética, 2017.

CLOTET, Joaquim. Por que Bioética? In: *SIMPÓSIO AIDS E BIOÉTICA*, 1993, Bioética – Revista publicada pelo Conselho Federal de Medicina, Brasília, v. 1, n. 1, p. 13 – 19, 1993.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Resolução CFM nº 2168/2017*. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2017/2168>. Acesso em 05/07/2019.

_____. *Resolução CFM nº 2121/2015*. Disponível em: http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2015/2121_2015.pdf. Acesso em 05/07/2019.

_____. *Resolução CFM nº 2013/2013*. Disponível em: http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2013/2013_2013.pdf. Acesso em 05/07/2019.



Disponível em: http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/CFM/1992/1358_1992.htm. Acesso em 05/07/2019.

CORTINA, Adela. MARTÍNEZ, Emílio. *Ética*. 3. ed. São Paulo: Loyola, 2012.

GARRAFA, Volnei. O Mercado de Estruturas Humanas. In *Revista Bioética*, Conselho Federal de Medicina, Simpósio Pacientes Terminais, 1993, v. 1, n. 2, p. 115– 123, Brasília, 1993.

GONÇALVES, Ernesto Lima. Situações Novas e Novos Desafios para a Bioética. In *Revista Bioética*, Conselho Federal de Medicina, Simpósio Aborto, 1994, v. 2, n. 1, p. 13–18, Brasília, 1994.

GONÇALVES, Juliana Rui Fernandes dos Reis. ARMELIN, Priscila Kutne. Bioética e Direito: uma intersecção pelo Biodireito. In *Políticas públicas e bioética*. Estudos em homenagem à professora Dra Valéria Silva Galdino



- Cardin. Gonçalves, Juliana R. F. R.; Gomes, Luiz Geraldo C.; Armelin, Priscila K. (Coord.). p. 63-83. Maringá: Massoni. 2014.
- HABERMAS, Jürgen. *O Futuro da Natureza Humana*. Trad. Karina Jannini. São Paulo: Martins Fontes, 2004.
- HAERING, Bernhard. *Medicina e manipulação: o problema moral da manipulação clínica, comportamental e genética*. São Paulo: Paulinas, 1977.
- HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Bioética e bio-direito. Revolução biotecnológica. Perplexidade humana e prospectiva jurídica inquietante. In *Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos da Instituição Toledo de Ensino*. Faculdade de Direito de Bauru, Bauru, n. 33, p. 411–425, dez./mar. 2002.
- HUXLEY, Aldous. *Admirável Mundo Novo*. Tradução de Vidal de Oliveira e Lino Vallandro. 5 ed. Porto Alegre: Globo; 1979.
- JADOSKIA, Rafael; HOELLER, Alexandre Ademar; et all. O consentimento livre e esclarecido: do código de Nuremberg às normas brasileiras vigentes. In *Vittalle - Revista de Ciências da Saúde*, Universidade Federal do Rio Grande (FURG), V. 29, n. 2 - 2017, p. 116-126. Disponível em: <https://periodicos.furg.br/vittalle/article/download/7080/5028>. Acesso em 27/07/2019.
- JUNGES, José Roque. Hermenêutica como profanação dos novos sagrados: desafio e tarefa da bioética. In *Revista Bioética*. V. 24, n. 1 – 2016, p. 22-28. Brasília/DF: Conselho Federal de Medicina, 2016.
- KIPPER, Délio José. Ética em pesquisa com crianças e adolescentes: à procura de normas e diretrizes virtuosas. In *Revista Bioética*. V. 24, n. 1 – 2016, p.37-48 Brasília/DF: Conselho Federal de Medicina, 2016.
- MONTANARI, Tatiana. *Embriologia: texto, atlas e roteiro de aulas práticas*. Porto Alegre: Ed. do autor, 2013.

- Disponível em: <http://www.ufrgs.br/livrodeembrio/ppts/1.Historico.pdf>. Acesso em 05/07/2019.
- NUNES, Cássia Regina Rodrigues. *O despertar da Bioética. Responsabilidade e futuro: bioética, biopolítica, biopoder e os desafios para a reflexão e ação*. GIACÓIA JUNIOR, Oswaldo. RAMIRO, Caio Henrique Lopes. RICCI, Luiz Antônio Lopes (Org). São Paulo: LiberArs, 2015.
- OLIVEIRA JR., Eudes Quintino de. O Estatuto do Embrião e a fertilização in vitro. In *Portal Migalhas*. 06/08/2017. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/16,MI263244,21048>. Acessado em 07/07/2019.
- PARANHOS, Flávio Rocha Lima. GARRAFA, Volnei. MELO, Rosana. Leite de. Estudo crítico do princípio de benefício e dano. In *Revista Bioética*. V. 23, n. 1 – 2015, p. 12-19, Brasília/DF: Conselho Federal de Medicina, 2015.
- PESSINI, Leocir; BARCHIFONTAINE, Christian de Paul. *Problemas atuais de bioética*. São Paulo: Loyola. 1991.
- POTTER, Van Rensselaer. *Bioética: ponte para o futuro*. São Paulo: Loyola, 2016.
- REGO, S. PALÁCIOS, M. SCHRAMM, F.R. O ensino da bioética nos cursos de graduação em saúde. In *Educação médica em transformação: instrumentos para a construção de novas realidades*. Marins JJN.; Rego S. Lampert JB.; Araujo JGC (Orgs). p. 165-86, São Paulo: Hucitec; 2004.
- SÁ, Maria de Fátima Freire de, *Manual de Biodireito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.
- SANDEL, Michael J. *Contra a perfeição: ética na era da engenharia genética*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013.
- UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL (UFRG). Gameta e embrião: oogênese. In *Revista eletrônica*. Porto Alegre. Disponível no site: <http://www.ufrgs.br/gametaembriao/oogenese.htm>



Acesso em 05/07/2019.

VIEIRA, Tereza Rodrigues. *Bioética e direito*. São Paulo: Editora Jurídica Brasileira, 1999.



A LEI DA LIBERDADE ECONÔMICA E OS CONTRATOS AGRÁRIOS

Flávio Tartuce¹Maurício Bunazar²

Sumário: Introdução – 1. A Lei da Liberdade Econômica e suas diretrizes principais – 2. A Lei da Liberdade Econômica e a interpretação dos negócios jurídicos e dos contratos – 3. Os contratos paritários e as repercussões da Lei da Liberdade Econômica – 4. O novo art. 421-A do Código Civil e os contratos agrários – Referências.

INTRODUÇÃO



Lei n. 13.874, de 20 de setembro de 2019 – conhecida e aqui denominada como *Lei da Liberdade Econômica* –, tem a sua origem na Medida Provisória n. 881, de 30 de abril do mesmo ano, tendo sido um dos tempos mais debatidos no âmbito do

Direito Privado nos últimos anos, notadamente antes da pandemia de Covid-19.

A sua abrangência e o seu conteúdo são amplos, envolvendo questões e matérias atinentes ao Direito Público e

¹ Pós-doutorando e Doutor em Direito Civil pela USP. Mestre em Direito Civil Comparado pela PUCSP. Coordenador do programa de mestrado da Escola Paulista de Direito (EPD). Coordenador e professor dos Cursos de Pós-graduação *lato sensu* da Escola Paulista de Direito. Presidente do Instituto Brasileiro de Direito Contratual (IBDCONT) e do Instituto Brasileiro de Direito de Família em São Paulo (IBDFAMSP). Advogado, consultor jurídico e parecerista.

² Pós-doutorando, Doutor e Mestre em Direito Civil pela USP. Professor de Direito Civil do Damásio Educacional e do IBMECSP. Fundador e Membro da Diretoria Executiva do Instituto Brasileiro de Direito Contratual (IBDCONT). Advogado e consultor jurídico em São Paulo.



Privado, conforme se retira das suas disposições gerais. Começando pelo seu art. 1º, o diploma emergente estabelece normas de proteção à livre-iniciativa e ao livre exercício de atividade econômica e disposições sobre a atuação do Estado como agente normativo e regulador, nos termos do inciso IV do *caput* do art. 1º, do parágrafo único do art. 170 e do *caput* do art. 174 da Constituição Federal de 1988.

O art. 174 da CF/1988, mencionado nesse preceito, estabelece que, como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado. A norma jurídica que visa a cumprir e a atender a essas funções é justamente a *Lei da Liberdade Econômica*.

Também nesse sentido, e com esse propósito, o art. 1º, § 1º, da norma em estudo enuncia que o seu conteúdo será observado na aplicação e na interpretação do Direito Civil, do Direito Empresarial, do Direito Econômico, do Direito Urbanístico e do Trabalho nas relações jurídicas que se encontrem no seu âmbito de aplicação e na ordenação pública, inclusive sobre exercício das profissões, comércio, juntas comerciais, registros públicos, trânsito, transporte e proteção ao meio ambiente.

Como se pode perceber, não há menção expressa ao Direito Agrário, que, nos termos do art. 22, inciso I, da Constituição Federal, teria *ampla autonomia*, além da legislativa.³ Como afirma Benedito Ferreira Marques, entre os *agraristas*, "já é entendimento pacífico entre os doutrinadores que o Direito Agrário goza de autonomia sob os seguintes aspectos: legislativo, científico, didático e jurisdicional".⁴ Essa autonomia, contudo, não afasta, no nosso entender, a possibilidade de incidência das

³ CF/1988. "Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: I - direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho".

⁴ MARQUES, Benedito Ferreira. *Direito agrário brasileiro*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 10.



normas previstas na *Lei da Liberdade Econômica* para os contratos agrários, notadamente na presença de empresários em seus polos e em havendo negócios paritários, como será ora desenvolvido. Isso porque, em tais hipóteses, estaremos diante de questões atinentes ao Direito Civil e ao Direito Empresarial, exatamente nos termos do que consta do seu art. 1º, § 1º. Vejamos, assim, como se pode dar tal aplicação em alguns desses aspectos.

1. A LEI DA LIBERDADE ECONÔMICA E SUAS DIRETRIZES PRINCIPAIS

Como antes pontuado, o art. 1º, inciso IV, da CF/1988 consagra os valores sociais do trabalho e da livre-iniciativa como fundamentos da República Federativa do Brasil, ao lado da soberania, da cidadania, da dignidade da pessoa humana e do pluralismo político. O art. 170 do mesmo Texto Maior, por sua vez, preceitua que a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre-iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: *a)* soberania nacional; *b)* propriedade privada; *c)* função social da propriedade; *d)* livre concorrência; *e)* defesa do consumidor; *f)* defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; *g)* redução das desigualdades regionais e sociais; *h)* busca do pleno emprego; e *i)* tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. O parágrafo único do art. 170 da Constituição enuncia, em complemento, que é assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

O objetivo principal da *Lei da Liberdade Econômica* foi justamente regulamentar e concretizar tais comandos superiores,



a par da realidade social e jurídica que se revelava quando do seu surgimento, em especial diante da iniciativa de se editar a Medida Provisória que a antecedeu. Nesse contexto, a respeito do seu *norte hermenêutico*, está expressamente dito que se interpretam em favor da liberdade econômica, da boa-fé e do respeito aos contratos, aos investimentos e à propriedade todas as normas de ordenação pública sobre atividades econômicas privadas, o que representa a valorização de categorias consolidadas no âmbito do Direito Privado (art. 1º, § 2º, da Lei n. 13.874/2019).

Como outra diretriz importante a ser destacada neste texto, o art. 2º da *Lei da Liberdade Econômica* consagra os seus princípios fundamentais, a saber: *a)* a liberdade como uma garantia no exercício de atividades econômicas; *b)* a boa-fé do particular perante o Poder Público; *c)* a intervenção subsidiária e excepcional do Estado sobre o exercício de atividades econômicas; e *d)* o reconhecimento da vulnerabilidade do particular perante o Estado. Eventualmente, essa vulnerabilidade pode ser afastada por regulamento, que disporá sobre os critérios de sua afeição, limitados a questões de má-fé, hipersuficiência ou de reincidência de condutas indesejadas pelo Direito.

Como outro preceito de grande relevo, o art. 3º do diploma emergente elenca a *declaração de direitos de liberdade econômica*, tidos como atributos de todas as pessoas, sejam naturais e jurídicas, e essenciais para o desenvolvimento e o crescimento econômicos do País. Sobre esse dispositivo, dois dos seus incisos merecem destaque, para os fins deste texto. De início, o seu inciso V, ao prever, entre esses direitos, "gozar de presunção de boa-fé nos atos praticados no exercício da atividade econômica, para os quais as dúvidas de interpretação do direito civil, empresarial, econômico e urbanístico serão resolvidas de forma a preservar a autonomia privada, exceto se houver expressa disposição legal em contrário". Como se nota, há a consagração, ainda necessita ser afirmada e repetida, da antiga máxima segundo a qual *a boa-fé se presume e a má-fé se prova*, o



que é louvável. Além disso, valoriza-se e enuncia-se expressamente a autonomia privada – e não a autonomia da vontade, nos termos exatos que constava da MP 881 –, entendida como a liberdade de autorregulamentação dos interesses, mas com certos limites. Há, ainda, uma valorização da força obrigatória dos pactos e contratos em geral, compreendida pela máxima *pacta sunt servanda*.

Como outra previsão a ser destacada, o inciso VIII desse mesmo art. 3º da Lei n. 13.874/2019 preceitua, como outro direito de liberdade econômica, "ter a garantia de que os negócios jurídicos empresariais paritários serão objeto de livre estipulação das partes pactuantes, de forma a aplicar todas as regras de direito empresarial apenas de maneira subsidiária ao avençado, exceto normas de ordem pública". O dispositivo reafirma a citada importância da autonomia privada em tais negócios, mas releva a necessidade de observância das normas de ordem pública ou cogentes, como sempre se afirmou e se entendeu, tanto em doutrina como em jurisprudência. Estão mencionados expressamente os negócios jurídicos paritários, que, no nosso entender, constituem o principal objeto de incidência da *Lei da Liberdade Econômica*, e na linha do que será neste texto aprofundado.

Por tudo isso, reafirme-se que a nova lei traz uma valorização considerável da autonomia contratual, da força obrigatória e vinculativa do negociado e do contratado, da redução das intervenções estatais, do liberalismo e, em certa medida, do individualismo que comumente tem marcado o início de cada século, não só no Brasil, mas em todo o mundo. Pensamos, de toda sorte, que houve um *ímpeto ultraliberal* na elaboração da Medida Provisória n. 881, originária do Ministério da Economia, liderado pelo Ministro Paulo Guedes e sua equipe. Todavia, esse *ímpeto* acabou por ser contido – de forma necessária e satisfatória – pelo Congresso Nacional do Brasil, na sua conversão em lei.



Como bem assinalado por Floriano Peixoto Marques Neto, Otavio Luiz Rodrigues Jr. e Rodrigo Xavier Leonardo, os dois últimos com participação ativa nesse processo de conversão da MP em lei, muitas sugestões foram feitas para o aprimoramento das modificações relativas ao Código Civil Brasileiro, tendo em vista a anterior Medida Provisória: "Nem tudo foi obtido, mas os avanços são inegáveis. O texto poderia ser melhor, mais sistemático, com mais concretude aqui ou acolá, mas isso seria demais exigir para uma proposição com amplitude dessa e que recebeu, como dito, três centenas de emendas na sua tramitação congressional".⁵

Expostas essas diretrizes gerais e compreendido como foi o processo de conversão da Medida Provisória em lei, veremos no presente texto algumas de suas regras e os seus impactos para os contratos agrários.

2. A LEI DA LIBERDADE ECONÔMICA E A INTERPRETAÇÃO DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS E DOS CONTRATOS

Na linha de suas principais diretrizes, a *Lei da Liberdade Econômica* procurou diminuir ao máximo o espaço de intervenção heterônoma nas relações jurídicas negociais. Para tanto, reconheceu expressamente⁶ aos agentes o poder de preestabelecer critérios para a interpretação dos negócios jurídicos que venham a celebrar. Em caráter subsidiário, é dizer, faltando disposição das partes, estabeleceu critérios de interpretação a serem observados pelo intérprete heterônomo com vistas a alcançar, o máximo possível, a vontade dos agentes.

Quanto à possibilidade de as partes estabelecerem

5 MARQUES NETO, Floriano; RODRIGUES JR., Otávio Luiz; LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Comentários à Lei da Liberdade Econômica*: Lei n. 13.874/2019. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. p. 10-11. Trata-se de trecho da apresentação da obra coletiva.

⁶ Dizemos *reconheceu expressamente* porque entendemos que o legislador apenas explicitou poderes que já estavam abrangidos pela autonomia privada dos agentes.

critérios de interpretação e integração do negócio jurídico, o legislador, com alguma redundância, dispôs no § 2º do art. 113 que as partes poderão livremente pactuar regras de interpretação e integração diversas daquelas previstas em lei, e, no inciso I do art. 421-A, que as partes poderão estabelecer parâmetros objetivos para a interpretação das cláusulas negociais.

Nota-se, portanto, que ambos os artigos mencionados pressupõem negócios jurídicos paritários, não se aplicando aos contratos celebrados por adesão, aos contratos de consumo e aos contratos de trabalho.

Embora próximos, os processos de interpretação e de integração não se confundem. Sobre a distinção, Luciano de Camargo Penteado, em sua tese de livre-docência, defendida na Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, ensinou que:

“A interpretação consiste, basicamente, na captação de um significado entre os muito possíveis para o enunciado textual. Parte de um texto, portanto, no campo do direito, normativo ou negocial. Já a integração consiste na tarefa de descortinar o regime diante da ausência de regime, pressupondo a lacuna. Pode-se utilizar também o termo complementação, especialmente para o direito dos contratos, mais adequado a abarcar as situações em que a heurística buscará encontrar o regime diante da ausência de balizas ou bitolas dentro da declaração negocial”.⁷

Em linhas gerais, a interpretação visa à obtenção do sentido da declaração negocial, enquanto a integração objetiva completar a declaração negocial, preenchendo as lacunas deixadas pelas partes.

Quanto à interpretação do negócio jurídico, é útil ressaltar que o § 1º do art. 113 do Código Civil⁸, pese a utilização do

⁷ PENTEADO, Luciano de Camargo. *Integração de contratos incompletos*. 2013. Tese (Livre-Docência) – Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, 2013. p. 88.

⁸ CC/2002. “Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração. § 1º A interpretação do negócio jurídico deve lhe atribuir o sentido que: (Incluído pela Lei n. 13.874, de 2019) I - for confirmado pelo comportamento das partes posterior à celebração do negócio; (Incluído pela Lei



termo *devem*, há de ser qualificado como norma supletiva, na medida em que, por disposição expressa do § 2º do mesmo artigo, as partes podem afastar critérios legais de interpretação, substituindo-os por outros que elegerem.

Como o segundo autor deste texto já teve a oportunidade de fazer notar,⁹ as disposições constantes do primeiro parágrafo não são propriamente novidade; em boa medida são reprodução do que já dispunha o art. 131 do Código Comercial de 1850.¹⁰ Os incisos IV e V do § 1º do art. 113, no entanto, são exceção e, por isso, merecem análise, ainda que sucinta.

Quanto ao inciso IV, a novidade consiste em ele haver imposto a chamada interpretação *contra proferentem* ou *contra stipulatorem* em contratos paritários quando, até então, circunscrevia-se aos contratos formados por adesão, nos termos do art.

n. 13.874, de 2019) II - corresponder aos usos, costumes e práticas do mercado relativas ao tipo de negócio; (Incluído pela Lei n. 13.874, de 2019) III - corresponder à boa-fé; (Incluído pela Lei n. 13.874, de 2019) IV - for mais benéfico à parte que não redigiu o dispositivo, se identificável; e (Incluído pela Lei n. 13.874, de 2019) V - corresponder a qual seria a razoável negociação das partes sobre a questão discutida, inferida das demais disposições do negócio e da racionalidade econômica das partes, consideradas as informações disponíveis no momento de sua celebração. (Incluído pela Lei n. 13.874, de 2019)”)

⁹ BUNAZAR, Mauricio. A declaração de direitos da liberdade econômica e seus impactos no regime jurídico do contrato de direito comum. *Revista Brasileira de Direito Contratual*, Porto Alegre: Lex Magister, v. 1, p. 32-44, out./dez. 2019.

10 Art. 131 do Código Comercial de 1850: “Sendo necessário interpretar as cláusulas do contrato, a interpretação, além das regras sobreditas, será regulada sobre as seguintes bases: 1 - a inteligência simples e adequada, que for mais conforme à boa fé, e ao verdadeiro espírito e natureza do contrato, deverá sempre prevalecer à rigorosa e restrita significação das palavras; 2 - as cláusulas duvidosas serão entendidas pelas que o não forem, e que as partes tiverem admitido; e as antecedentes e subsequentes, que estiverem em harmonia, explicarão as ambíguas; 3 - o fato dos contraentes posterior ao contrato, que tiver relação com o objeto principal, será a melhor explicação da vontade que as partes tiverem no ato da celebração do mesmo contrato; 4 - o uso e prática geralmente observada no comércio nos casos da mesma natureza, e especialmente o costume do lugar onde o contrato deva ter execução, prevalecerá a qualquer inteligência em contrário que se pretenda dar às palavras; 5 - nos casos duvidosos, que não possam resolver-se segundo as bases estabelecidas, decidir-se-á em favor do devedor”.



O inciso V incluiu a “racionalidade econômica das partes” como critério hermenêutico. Como ensina Enzo Roppo, o contrato é a veste jurídica de uma operação econômica, meio para determinado fim.¹² Em sendo assim, é fundamental que ao intérprete seja dado partir da análise do fim imediato das partes para, com isso, extrair do negócio jurídico o sentido mais próximo ao da intenção das partes consubstanciada na declaração.

Se uma disposição contratual for suscetível de duas interpretações, por exemplo, e uma delas evidentemente conduzir a uma consequência econômica irrazoável, é dizer, a uma consequência que nenhum agente econômico ativo e probo almejava, deverá ser abandonada em favor da interpretação que leve ao resultado mais racional, isto é, àquele que qualquer outro agente econômico, no lugar das partes, teria almejado.

Dentre as alterações promovidas pela Lei da Liberdade Econômica no regime da interpretação e integração do negócio jurídico, a mais notável consta do § 2º do art. 113, o qual permite às partes, *livremente*, pactuar regras de interpretação, e integração dos negócios jurídicos, *diversas daquelas previstas em lei*.¹³

Como já apontado por este segundo autor, por mais paradoxal que pareça, é fundamental que se pergunte se há [e, em caso afirmativo, qual é] limite para a disposição das partes acerca das regras sobre interpretação e, principalmente, integração dos negócios jurídicos, uma vez que o art. 113 parece encerrar, ao menos parcialmente, norma cogente.¹⁴

Quanto às regras de interpretação previstas no Código Civil, pode-se apontar a dos arts. 112, 113 e 114. Quanto às

¹² ROPPO, Enzo. *O contrato*. Coimbra: Almedina, 2009. p. 11.

¹³ Sem *itálico* no original. Não há distinção entre integrar o negócio jurídico e colmatar lacunas.

¹⁴ BUNAZAR, Maurício. A declaração de direitos da liberdade econômica e seus impactos no regime jurídico do contrato de direito comum, cit.



regras do art. 112 e 114, não parece haver óbice a que as partes¹⁵ expressamente as afastem ou mesmo as conformem segundo seus interesses, por exemplo, estabelecendo que o contrato deve ser interpretado seguindo-se estritamente o sentido literal das palavras empregadas¹⁶ ou – já agora em referência ao art. 114 – estabelecendo que no âmbito daquele contrato determinada renúncia deverá ser interpretada extensivamente, abrangendo todas as posições jurídicas direta ou indiretamente decorrentes da posição jurídica ativa à qual se está a renunciar.

No que tange ao *caput* do art. 113, as partes podem estabelecer que o negócio jurídico deverá ser interpretado exclusivamente pelos seus termos, é dizer, sem referência aos usos do local da celebração; poderão, ainda, estabelecer que os usos a serem considerados para a interpretação sejam os observados em praça diversa daquela em que se celebrou o negócio jurídico.

Quanto ao conteúdo cogente, encerra-se na imposição de se interpretar o negócio jurídico conforme a boa-fé, que consta do *caput* do art. 113 e é – inutilmente – repetida no inciso III do seu § 1º. As normas sobre a boa-fé têm caráter cogente, de modo que não podem ser afastadas pelo exercício da autonomia privada das partes.¹⁷ A questão é, na verdade, cerebrina. Só mesmo em puro exercício intelectual se imagina que as partes estabeleçam em determinada cláusula algo como “este contrato não deve ser interpretado de boa-fé”.

O que realmente pode ocorrer – e de fato ocorre na prática contratual – é as partes estabelecerem critérios

¹⁵ Toma-se como paradigma de negócio jurídico o contrato, mas as conclusões são extrapoláveis aos negócios jurídicos unilaterais.

¹⁶ Em contratações cujo objeto é complexo, tem se tornado comum introduzir no instrumento contratual um glossário que deve vincular a interpretação do contrato.

¹⁷ TARTUCE, Flávio. *Direito civil: teoria geral dos contratos e contratos em espécie*. 13. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 98-99; GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: contratos e atos unilaterais*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 54-55; e, no direito italiano, destaca-se: CASTRONOVO, Francesco. *Autonomia contrattuale e disponibilità dell'integrazione*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2017. p. 64 e s.

interpretativos que potencialmente esvaziam o conteúdo fundamental do art. 113. Nesta hipótese, a disposição contratual será nula por contrariar norma imperativa.

Quanto aos critérios de integração do negócio jurídico, tradicionalmente a doutrina aponta que:

“A integração é processada, primeiramente, segundo procedimentos integrativos, isto é, operações do pensamento sistematizadas ao longo dos séculos pela Ciência Jurídica: extensão analógica, argumentação *a maiore, ad minus, a contrario*, redução ou correção teleológica, que, embora orientados *prima facie* para o preenchimento de lacunas da lei também servem, com as devidas adaptações, para a integração de lacunas contratuais. Há, ainda regras específicas ou típicas (quando o legislador se ocupa em fornecer a regra integrativa, *e.g.*, o art. 488 do Código Civil, para o estabelecimento do preço na compra e venda, quando as partes não o fixarem); e, há, por igual, regras gerais integrativas das declarações negociais, como, por exemplo, o art. 239 do Código Civil português, nos termos do qual, ‘Na falta de disposição especial, a declaração negocial deve ser integrada de harmonia com a vontade que as partes teriam tido se houvessem previsto o ponto omissio, ou de acordo com os ditames da boa-fé, quando seja outra a solução por eles imposta’. No sistema brasileiro, cumpre esse papel, concernentemente à boa-fé integrativa, o art. 422 do Código Civil”.¹⁸

As partes poderão limitar ou mesmo proibir, por exemplo, a aplicação da analogia ou da redução teleológica – neste último caso para, por exemplo, garantir maior segurança por meio da literalidade – ou os demais critérios apontados pela autora; não poderão, contudo, afastar a incidência de deveres anexos dado o caráter cogente da boa-fé.¹⁹ Isso não significa afirmar que as partes não tenham algum poder de conformação dos

¹⁸ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 565-566.

¹⁹ Uma cláusula de acordo integral que dispusesse que os deveres das partes são única e exclusivamente os previstos no instrumento contratual não seria eficaz para afastar a incidência dos deveres anexos. Sobre o tema, fundamental a obra de CASTRO-NOVO, Francesco. *Autonomia contrattuale e disponibilità dell'integrazione*, cit.



deveres anexos. Nada impedirá – ao contrário, é conduta recomendável – que estabeleçam critérios para conferir maior densidade normativa²⁰ a esses deveres.

Por ocasião de um contrato de compra e venda de participação societária, por exemplo, nada impede que as partes estabeleçam que certos aspectos estratégicos não estão abrangidos pelo dever de informação;²¹ ou afastem o dever geral de sigilo – comumente qualificado como dever de proteção – sobre certos aspectos e em dadas circunstâncias.

A alteração legislativa é louvável. A segurança jurídica, pressuposto da liberdade econômica, robustece-se com a possibilidade, agora expressamente reconhecida, de as partes controlarem em maior medida os critérios de interpretação e integração de seus negócios jurídicos.

3. OS CONTRATOS PARITÁRIOS E AS REPERCUSSÕES DA LEI DA LIBERDADE ECONÔMICA

Em *Eguaglianza e libertà*, Norberto Bobbio faz constatação tão óbvia quanto genial: a liberdade indica um estado e a igualdade, uma relação.²²

Por mais louváveis que sejam as tentativas de harmonizá-los, os ideais de liberdade e igualdade são intrinsecamente conflitivos, não sendo exagero afirmar que políticas públicas equalizadoras invariavelmente implicam decréscimo de liberdade enquanto a ausência ou a insuficiência de marcos regulatórios estatais muitas vezes conduzem ao recrudescimento de

²⁰ Na feliz expressão de Humberto Ávila. Cf. ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 19. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2019.

²¹ O Enunciado n. 27 da I Jornada de Direito Comercial organizada pelo Conselho da Justiça Federal estabelece que: “Não se presume violação à boa-fé objetiva se o empresário, durante as negociações do contrato empresarial, preservar segredo de empresa ou administrar a prestação de informações reservadas, confidenciais ou estratégicas, com o objetivo de não colocar em risco a competitividade de sua atividade”.

²² BOBBIO, Norberto. *Eguaglianza e libertà*. Torino: Einaudi, 1995. p. VII.



Encontrar um ponto de equilíbrio entre as vantagens da liberdade e as virtudes da igualdade é um importante desafio dos sistemas de direito positivo privado, desafio esse do qual o Brasil se desincumbiu.

Com efeito, ao lado do chamado contrato de direito comum, que, em regra, pressupõe relação de equilíbrio entre as partes, o direito privado nacional conta com regimes jurídicos diversos que arrancam justamente da presunção de vulnerabilidade de uma das partes. Entre esses, podemos citar os contratos de trabalho, de consumo, de locação etc. A Lei da Liberdade Econômica pressupõe a existência de equilíbrio entre as partes e, portanto, aplica-se precipuamente aos contratos de direito comum.

Quanto ao conceito de contrato de direito comum, em primeira aproximação, pode-se afirmar que é contrato de direito comum todo aquele disciplinado exclusivamente pelo Código Civil. No entanto, como há tempos fez notar a doutrina,²³ há pelo menos dois regimes jurídicos distintos aos quais se pode subordinar um contrato de direito comum.²⁴

Com efeito, o contrato pode ser paritário ou por adesão; sendo por adesão, estará submetido ao regime jurídico dos arts. 423 e 424 do Código Civil, não se lhe aplicando as regras dos arts. 113, § 2º, e 421-A. A essa conclusão se chega a partir da simples leitura desses dispositivos. Quanto ao § 2º do art. 113, ele expressamente menciona a livre pactuação das partes; em relação ao art. 421-A, o próprio *caput* limita sua incidência aos contratos paritários e simétricos.

Como ensina a doutrina, “dá-se o nome de contrato paritário aos que se estruturam e ganham conteúdo através das negociações prévias dos figurantes em situação de igualdade (par

²³ ZANETTI, Cristiano de Souza. *Direito contratual contemporâneo: a liberdade contratual e sua fragmentação*. São Paulo: Método, 2008.

²⁴ BUNAZAR, Mauricio. A declaração de direitos da liberdade econômica e seus impactos no regime jurídico do contrato de direito comum, cit.



a par)”.²⁵ Essa conceituação, contudo, não abrange toda a noção de contrato paritário. A essência do contrato paritário não está na existência de negociações prévias entre as partes e nem na efetiva participação de ambas na formação do clausulado, mas sim na existência de poder efetivo de ambas as partes de influenciar significativamente sua elaboração.

De modo algo incoerente com o campo de incidência das alterações que impôs ao regime jurídico dos contratos privados, a Lei da Liberdade Econômica, no inciso IV do § 1º do art. 113, estabeleceu a chamada interpretação *contra proferentem* ou *contra stipulatorem* em contratos paritários.

A doutrina, de modo geral, fundamenta a interpretação *contra proferentem* no princípio *clare loqui*, o qual, *grosso modo*, impõe o dever de clareza quando de uma manifestação de vontade, carreando ao declarante os ônus de sua obscuridade.²⁶

Esse “ônus de falar claramente” – como a ele se refere Betti²⁷ – faz todo o sentido nas contratações por adesão, em que uma das partes, unilateralmente, predispõe à outra as cláusulas contratuais. Nos contratos paritários, presumidamente equilibrados, a regra não faz sentido.

Ora, como já apontado, os contratos paritários caracterizam-se justamente pelo poder efetivo de ambas as partes de influenciar significativamente a elaboração do clausulado, incluindo-se nesse poder o de corrigir obscuridades; à falta de clareza de um dos contratantes contrapõe-se a omissão negligente ou, agora, talvez até mesmo oportunística da outra, que se beneficiará de um “defeito” redacional que poderia ter evitado.

Não é essa, no entanto, a opinião de Emilio Betti, que, ao

²⁵ ASSIS, Araken de *et al.* *Comentários ao Código Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. v. 5. p. 51.

²⁶ Sobre o tema da interpretação *contra proferentem*, confira-se GERI, Lina Bigliazzi. *Il Codice Civile: commentario*. Artt. 1362-1371. Milano: Giuffrè, 2013. p. 359 e s.

²⁷ BETTI, Emilio. *Interpretação da lei e dos atos jurídicos*. Tradução Karina Jannini. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 389.



comentar o artigo 1.370²⁸ do Código Civil italiano, entende-a aplicável a qualquer cláusula inserida no interesse de uma das partes, ainda que o contrato não seja por adesão.²⁹ Bigliazzi Geri, porém, dá conta de que essa interpretação de Betti acabou por ser descartada pela doutrina e pela jurisprudência italianas.³⁰ Em contratos paritários, regras de favorecimento a uma das partes tendem a desequilibrar suas posições, gerando resultado oposto ao que deve ser buscado pelo Direito.

Seja como for, a regra do inciso IV do § 1º do art. 113 tem natureza dispositiva, podendo ser afastada pelas partes. Exceção feita a esse dispositivo, a Lei da Liberdade Econômica privilegia e protege a liberdade contratual dos agentes econômicos que se encontram em posições simetricamente equivalentes e, com isso, colabora para o incremento da segurança jurídica e para o desenvolvimento das atividades produtivas.

4. O NOVO ART. 421-A DO CÓDIGO CIVIL E OS CONTRATOS AGRÁRIOS

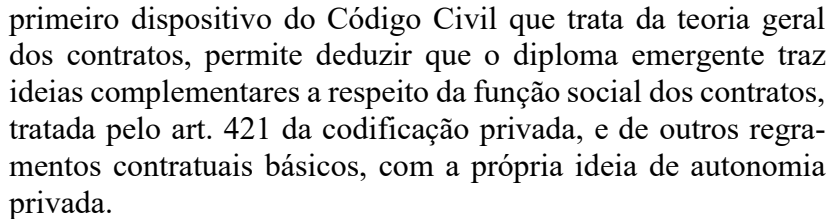
O novo art. 421-A do Código Civil não constava, nos seus exatos termos, da Medida Provisória n. 881, uma vez que os seus conteúdos estavam colocados nos arts. 480-A e 480-B, totalmente fora de contexto, pois o art. 480 trata de revisão de contratos unilaterais.³¹ A inserção, como complemento do

²⁸ “As cláusulas inseridas nas condições gerais do contrato ou em módulos ou formulários predispostos por um dos contratantes interpretam-se, na dúvida, favor do outro.”

²⁹ BETTI, Emilio. *Interpretação da lei e dos atos jurídicos*, cit., p. 390.

³⁰ GERI, Lina Bigliazzi. *Il Codice Civile*, cit., p. 359.

³¹ Conforme o art. 480 do Código Civil, “se no contrato as obrigações couberem a apenas uma das partes, poderá ela pleitear que a sua prestação seja reduzida, ou alterado o modo de executá-la, a fim de evitar a onerosidade excessiva”. Seu conteúdo complementa os dispositivos anteriores, inseridos na seção que trata da “resolução por onerosidade excessiva”, trazendo a possibilidade de, antes da sua extinção, rever o contrato, preservando a autonomia privada. Como se sabe, a conservação do negócio jurídico é comumente relacionada à função social do contrato em sua eficácia interna. Nesse sentido, o Enunciado n. 22, aprovado na *I Jornada de Direito Civil* do Conselho da Justiça Federal: “a função social do contrato, prevista no art. 421 do novo Código



Conforme o *caput* do novo comando, “os contratos civis e empresariais presumem-se paritários e simétricos até a presença de elementos concretos que justifiquem o afastamento dessa presunção, ressalvados os regimes jurídicos previstos em leis especiais”. Quanto à diferença entre contratos civis e empresariais, sabe-se que o Código Civil de 2002 unificou o seu tratamento, não se justificando diferenciação entre ambos, a respeito das normas jurídicas incidentes na atual realidade jurídica. No que concerne aos contratos empresariais – aqueles em que as partes figuram como empresários –, aplica-se, assim, a teoria geral dos contratos prevista na codificação material, entre os arts. 421 e 480. Sobre a necessidade de se elaborar uma teoria própria para os contratos empresariais, a propósito, está sendo debatida no Senado Federal a necessidade ou não de um novo Código Comercial tratar desse tema. Estamos totalmente filiados à corrente que sustenta impropriedade nessa divisão, que somente retomaria confusões históricas a respeito dessa *summa divisio*, gerando mais incertezas e inseguranças jurídicas contratuais, em momento em que não se desejam tais instabilidades.³²

³² Como destacado por José Fernando Simão, Marcello Kairalla e Pablo Malheiros Cunha Frota em artigos publicados no informativo *Migalhas*, nas colunas do Instituto Brasileiro de Direito Contratual (IBDCONT). Veja-se em: SIMÃO, José Fernando; KAIRALLA, Marcello. A desnecessidade de uma teoria geral da obrigação empresarial e os equívocos do projeto de Código Comercial. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-contratuais/315377/a-desnecessidade-de-uma-teoria-geral-da-obrigacao-empresarial-e-os-equivocos-do-projeto-de-codigo-comercial>. Acesso em: 25 nov. 2020; FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. A interpretação do negócio jurídico empresarial no projeto de Código Comercial do Senado Federal n. 487/2013. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-contratuais/315377/a-desnecessidade-de-uma-teoria-geral-da-obrigacao-empresarial-e-os-equivocos-do-projeto-de-codigo-comercial>.





Ou, ainda, como se retira de acórdão publicado no *Informativo* n. 583 da Corte, que trata justamente de contrato agrário celebrado por uma grande empresa como arrendatária:

"RECURSOS ESPECIAIS. CIVIL. DIREITO AGRÁRIO. LOCAÇÃO DE PASTAGEM. CARACTERIZAÇÃO COMO ARRENDAMENTO RURAL. INVERSÃO DO JULGADO. ÓBICE DAS SÚMULAS 5 E 7/STJ. ALIENAÇÃO DO IMÓVEL A TERCEIROS. DIREITO DE PREFERÊNCIA. APLICAÇÃO DO ESTATUTO DA TERRA EM FAVOR DE EMPRESA RURAL DE GRANDE PORTE. DESCABIMENTO. LIMITAÇÃO PREVISTA NO ART. 38 DO DECRETO 59.566/66. HARMONIZAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE E DA JUSTIÇA SOCIAL. SOBRELEVO DO PRINCÍPIO DA JUSTIÇA SOCIAL NO MICROSSISTEMA NORMATIVO DO ESTATUTO DA TERRA. APLICABILIDADE DAS NORMAS PROTETIVAS EXCLUSIVAMENTE AO HOMEM DO CAMPO. INAPLICABILIDADE A GRANDES EMPRESAS RURAIS. INEXISTÊNCIA DE PACTO DE PREFERÊNCIA. DIREITO DE PREFERÊNCIA INEXISTENTE. 1. Controvérsia acerca do exercício do direito de preferência por arrendatário que é empresa rural de grande porte. 2. Interpretação do direito de preferência em sintonia com os princípios que estruturam o microssistema normativo do Estatuto da Terra, especialmente os princípios da função social da propriedade e da justiça social. 4. Proeminência do princípio da justiça social no microssistema normativo do Estatuto da Terra. 5. Plena eficácia do enunciado normativo do art. 38 do Decreto 59.566/66, que restringiu a aplicabilidade das normas protetivas do Estatuto da Terra exclusivamente a quem explore a terra pessoal e diretamente, como típico homem do campo. 6. Inaplicabilidade das normas protetivas do Estatuto da Terra à grande empresa rural. 7. Previsão expressa no contrato de que o locatário/arrendatário desocuparia o imóvel no prazo de 30 dias em caso de alienação. 8. Prevalência do princípio da autonomia privada, concretizada em seu consectário lógico consistente na força obrigatória dos contratos ('pacta sunt servanda'). 9. Improcedência do pedido de preferência, na espécie. 10. RECURSOS ESPECIAIS PROVIDOS" (STJ, REsp 1.447.082/TO, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgado em 10/05/2016, DJe 13/05/2016)

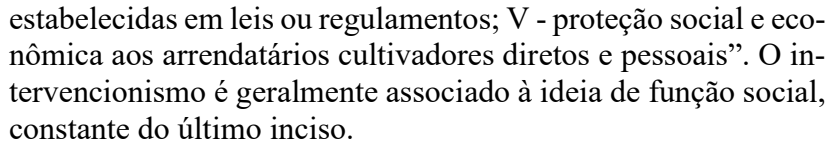


Esse último acórdão é de grande importância para a proposta deste artigo, justamente porque os contratos agrários típicos, o arrendamento e a parceria, têm especial proteção e regulamentação pelo Estatuto da Terra (Lei n. 4.504/1964), pela Lei n. 4.947/1966 e pelo Decreto n. 59.566/1966. As três normas são excessivamente protetivas e intervencionistas, não só em vistas de tutelar o produtor em sentido amplo, que desenvolve a atividade agrária, mas também para proteger a produção em si.³⁴ O julgado afasta tal proteção, tratando as partes como iguais e não como desiguais, como tradicionalmente encarado pela doutrina do Direito Agrário.

Como é notório, o *contrato de Direito Agrário* visa a disciplinar o uso e posse da terra. Trata-se de um contrato de Direito Privado, submetendo-se a todos os princípios que lhe são correlatos (autonomia privada, função social do contrato, força obrigatória – com fortes mitigações –, boa-fé objetiva e relatividade dos efeitos). O próprio Estatuto da Terra, em seu art. 92, § 9º, estabelece a aplicação subsidiária do disposto no Código Civil, uma vez que a codificação de 2002, como um "Código Civil Urbano", não trata especificamente desses negócios.

Na linha da citada intervenção, o art. 13 da Lei n. 4.947/1966 preceitua que “os contratos agrários regulam-se pelos princípios gerais que regem os contratos de Direito comum, no que concerne ao acordo de vontade e ao objeto, observados os seguintes preceitos de Direito Agrário: I – arts. 92, 93 e 94 da Lei n. 4.504, de 30 de novembro de 1964, quanto ao uso ou posse temporária da terra; II – arts. 95 e 96 da mesma Lei, no tocante ao arrendamento rural e à parceria agrícola, pecuária, agroindustrial e extrativa; III - obrigatoriedade de cláusulas irrevogáveis, estabelecidas pelo IBRA, que visem à conservação de recursos naturais; IV - proibição de renúncia, por parte do arrendatário ou do parceiro não proprietário, de direitos ou vantagens

³⁴ Como se retira de: MARQUES, Benedito Ferreira. *Direito agrário brasileiro*, cit., p. 175-177.



Não se olvide, ademais, que o art. 13 do Decreto n. 59.566/1966 trata das *cláusulas obrigatórias nos contratos agrários*, que são presumidas nos negócios verbais (art. 11, *caput*, do mesmo regulamento), consagrando-se as *condições gerais dos contratos agrários*. Em suma, são obrigatórias: *a)* as cláusulas que assegurem a proteção ambiental, nos termos do art. 225 da CF/1988; *b)* as cláusulas que assegurem a proteção do arrendatário e do parceiro-outorgado, como parte mais fraca da relação contratual; *c)* as cláusulas que assegurem os prazos mínimos previstos em lei: 3 anos para arrendamento que envolva lavoura temporária ou pecuária de pequeno ou médio porte; 5 anos para arrendamento que envolva lavoura permanente ou pecuária de grande porte; 7 anos no caso de atividade que envolva atividade florestal; *d)* a cláusula de fixação, em quantia certa, do preço do arrendamento em dinheiro ou no seu equivalente em frutos e produtos; e das condições de partilha dos frutos, produtos e lucros havidos da parceria; *e)* a cláusula que estabelece as bases de renovação do contrato; *f)* a cláusula que enuncia os parâmetros para indenização das benfeitorias; *g)* a cláusula que prevê a concordância do arrendador ou do parceiro-outorgante para a obtenção de crédito rural e *h)* a cláusula de cumprimento das proibições constantes do Estatuto da Terra. Tem-se, portanto, também nessas condições gerais, a concretização da ideia da função social do contrato.

No que diz respeito a esse princípio, Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, foi uma das primeiras autoras a escrever sobre o tema, aplicando-o ao contrato agrário, como mitigação da força obrigatória e pela proteção retirada desse último comando.³⁵ Ademais, destaque-se que José Fernando Lutz

³⁵ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Direito civil: estudos*. Belo



Coelho propõe uma visão dos contratos agrários a partir dos princípios sociais contratuais constantes do Código Civil de 2002, notadamente da função social do contrato e da boa-fé objetiva, sendo certo que a codificação privada confirmaria essa necessidade de intervenção.³⁶

Diante de todas essas afirmações doutrinárias e além do que consta do último julgado, a *Lei da Liberdade Econômica* poderia alterar esse panorama, notadamente em se tratando de contrato agrário firmado entre empresários, com livre pactuação e em negócios paritários? Qual o impacto do art. 421-A do Código Civil, introduzido pela nova norma, para os contratos agrários?

Voltando ao seu *caput*, como visto, consagra ele uma presunção relativa ou *iuris tantum* de paridade e de simetria econômica nessas figuras. Todavia, sendo evidenciado que o contrato é de adesão – o que pode decorrer não só de prova construída pela parte interessada, mas também das práticas e da realidade do meio social e do mercado, inclusive no âmbito das atividades agrárias –, afasta-se essa presunção, o que justifica a incidência das regras protetivas do aderente aqui antes estudadas (arts. 113, § 1º, inciso IV, 423 e 424 do CC).

Sobre os costumes, as práticas e a realidade de mercado, sabe-se que em diversas localidades do Brasil não existem muitas opções para a venda da produção, estando os produtores à mercê de grandes compradores, que ditam e impõem os conteúdos dos contratos. Não se pode dizer, nessas situações, que se tem um contrato ou negócio paritário, não sendo o caso de se aplicar o art. 421-A do Código Civil.

Acrescentamos que a nova norma também exclui expressamente o tratamento previsto em leis especiais, caso do Código de Defesa do Consumidor, que, no seu art. 4º, inciso I, consagra

Horizonte: Del Rey, 2000.

³⁶ COELHO, José Fernando Lutz. *Contratos agrários: uma visão neagraria*. Curitiba: Juruá, 2008.



a presunção absoluta ou *iure et de iure* de vulnerabilidade dos consumidores.³⁷ A nova *Lei da Liberdade Econômica* não traz qualquer impacto para os contratos de consumo, sendo dirigida aos contratos civis em geral, não submetidos à Lei n. 8.078/1990. A propósito, quando da conversão da Medida Provisória n. 881 foram realizadas tentativas de alteração dos arts. 28 e 39 do CDC, mas elas acabaram por não prosperar, o que traz esse indicativo de que a nova lei não impacta nos negócios de consumo.

O novo art. 421-A do Código Civil ainda prevê, no seu inciso I, que está garantida às partes contratuais a possibilidade de estabelecer parâmetros objetivos para a interpretação das cláusulas negociais e de seus pressupostos de revisão ou de resolução. Trata-se, como se sabe, de reprodução parcial do Enunciado n. 23 da *I Jornada de Direito Comercial*, *in verbis*: "em contratos empresariais, é lícito às partes contratantes estabelecer parâmetros objetivos para a interpretação dos requisitos de revisão e/ou resolução do pacto contratual". Como antes exposto, norma em sentido próximo consta do analisado novo art. 113, § 2º, do Código Civil, o que acaba sendo até uma repetição desnecessária de conteúdo. Assim, as partes de um contrato civil podem fixar previamente quais são os eventos que podem gerar imprevisibilidade ou extraordinariedade para um determinado negócio, para os fins de rever ou resolver o contrato, e nos termos do que consta dos arts. 317 e 478 da codificação privada. Podem ainda, estabelecer quais os percentuais de onerosidade excessiva, em face de todo o contrato, aptos a motivar a revisão ou mesmo a extinção da avença.

A nossa posição, para que fique bem claro, é que essas

³⁷ CDC. "Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: (Redação dada pela Lei n. 9.008, de 21.3.1995). [...]. I - reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo".



novas regras, analisadas até aqui, podem sim ser aplicadas a contratos agrários, desde que haja efetiva paridade entre as partes, ou seja, não se trata de contratos de adesão, mas de negócios paritários ou amplamente negociados.

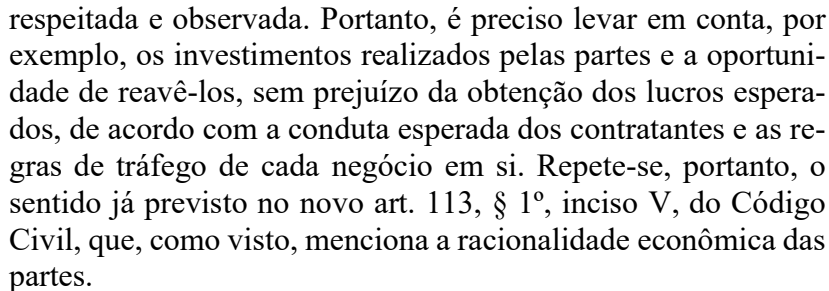
Entretanto, ressalve-se, mais uma vez, que, mesmo nesses últimos contratos, caso haja lesão a norma cogente ou de ordem pública, a última previsão contratual interpretativa pode não prevalecer, por força do antes citado art. 3º, inciso VIII, da própria Lei n. 13.874/2019. Ilustre-se com uma cláusula de revisão ou de interpretação que procure afastar as regras de limitação ou de redução equitativa da cláusula penal em um contrato agrário, previstas nos arts. 412 e 413 do Código Civil.³⁸

Reafirme-se que o controle do julgador deve ser maior caso haja um contrato de adesão, mesmo que celebrado entre empresários do setor agrário, por força do art. 424 do CC/2002, que estabelece a nulidade de qualquer cláusula que implique a renúncia do aderente a direito resultante da natureza do negócio. Como concreção importante, vale lembrar que, nos termos do art. 95, inciso VIII, do Estatuto da Terra, o arrendatário tem direito de ser indenizado por benfeitorias, com destaque para as necessárias, que são essenciais ao bem principal.³⁹ Se a renúncia a essa regra for imposta em um contrato de adesão, haverá nulidade absoluta dessa previsão negocial.

Seguindo nos estudos, conforme o art. 421-A, inciso II, do CC/2002, a alocação de riscos definida pelas partes deve ser

³⁸ CC/2002. "Art. 412. O valor da cominação imposta na cláusula penal não pode exceder o da obrigação principal". "Art. 413. A penalidade deve ser reduzida equitativamente pelo juiz se a obrigação principal tiver sido cumprida em parte, ou se o montante da penalidade for manifestamente excessivo, tendo-se em vista a natureza e a finalidade do negócio".

³⁹ Lei n. 4.504/1964. "Art. 95. Quanto ao arrendamento rural, observar-se-ão os seguintes princípios: [...]. VIII - o arrendatário, ao termo do contrato, tem direito à indenização das benfeitorias necessárias e úteis; será indenizado das benfeitorias voluptuárias quando autorizadas pelo proprietário do solo; e, enquanto o arrendatário não for indenizado das benfeitorias necessárias e úteis, poderá permanecer no imóvel, no uso e gozo das vantagens por ele oferecidas, nos termos do contrato de arrendamento e das disposições do inciso I deste artigo; (Redação dada pela Lei n. 11.443, de 2007)".



Mais uma vez, entendemos que é até viável que a norma incida em contratos agrários paritários, notadamente entre grandes empresas. Todavia, mesmo nesses negócios, se essa alocação de riscos gerar enriquecimento sem causa de uma parte perante a outra, se acarretar onerosidade excessiva, se afrontar a função social do contrato, a boa-fé objetiva ou outro preceito de ordem pública, poderá ser desconsiderada, tida como nula ou ineficaz.

De todo modo, quanto à parceria agrícola, é preciso observar o teor do art. 96, § 1º, do Estatuto da Terra, que traz regras específicas sobre o risco na parceria rural, que não podem ser afastadas, por se tratar de preceitos cogentes. De início, o dispositivo conceitua esse negócio da seguinte forma: "parceria rural é o contrato agrário pelo qual uma pessoa se obriga a ceder à outra, por tempo determinado ou não, o uso específico de imóvel rural, de parte ou partes dele, incluindo, ou não, benfeitorias, outros bens e/ou facilidades, com o objetivo de nele ser exercida atividade de exploração agrícola, pecuária, agroindustrial, extrativa vegetal ou mista; e/ou lhe entrega animais para cria, recria, invernagem, engorda ou extração de matérias-primas de origem animal, mediante partilha, isolada ou cumulativamente, dos seguintes riscos: I - caso fortuito e de força maior do empreendimento rural; II - dos frutos, produtos ou lucros havidos nas proporções que estipularem, observados os limites percentuais estabelecidos no inciso VI do *caput* deste artigo; III - variações de preço dos frutos obtidos na exploração do empreendimento



rural". Assim, nota-se uma divisão dos riscos entre as partes, o que não pode ser convencionado em sentido contrário, mesmo em havendo um negócio paritário, por força do tão citado art. 3º, inciso VIII, da *Lei da Liberdade Econômica*.

Como última previsão do novo comando em estudo, o inciso III do art. 421-A repete o parágrafo único do art. 421 ao estabelecer que “a revisão contratual somente ocorrerá de maneira excepcional e limitada”. Entendemos que, no sistema do Código Civil, notadamente pelos tratamentos constantes dos arts. 317 e 478, essa revisão já tem caráter excepcional, pela necessidade de se atender a um grande número de requisitos legais, notadamente a presença da imprevisibilidade.⁴⁰ Assim, não há qualquer novidade nessas afirmações inseridas pela *Lei da Liberdade Econômica*.

Em se tratando de contratos agrários, existem julgados anteriores que afastaram a revisão dos contratos de compra de safra, justamente pela ausência dos requisitos autorizadores dos arts. 317 e 478, sobretudo pela falta do elemento da imprevisibilidade.⁴¹ Esses julgados demonstram justamente os entraves

⁴⁰ CC/2002. "Art. 317. Quando, por motivos imprevisíveis, sobrevier desproporção manifesta entre o valor da prestação devida e o do momento de sua execução, poderá o juiz corrigi-lo, a pedido da parte, de modo que assegure, quanto possível, o valor real da prestação". "Art. 478. Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação".

⁴¹ Por todos, veja-se: “DIREITO CIVIL E AGRÁRIO. COMPRA E VENDA DE SAFRA FUTURA A PREÇO CERTO. ALTERAÇÃO DO VALOR DO PRODUTO NO MERCADO. CIRCUNSTÂNCIA PREVISÍVEL. ONEROSIDADE EXCESSIVA. INEXISTÊNCIA. VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO, BOA-FÉ OBJETIVA E PROIBIDADE. INEXISTÊNCIA. – A compra e venda de safra futura, a preço certo, obriga as partes se o fato que alterou o valor do produto agrícola não era imprevisível. – Na hipótese afigura-se impossível admitir onerosidade excessiva, inclusive porque a alta do dólar em virtude das eleições presidenciais e da iminência de guerra no Oriente Médio – motivos alegados pelo recorrido para sustentar a ocorrência de acontecimento extraordinário – porque são circunstâncias previsíveis, que podem ser levadas em consideração quando se contrata a venda para entrega futura com preço certo. – O fato de o comprador obter maior margem de



existentes para a revisão de contratos submetidos ao Código Civil, e, como a legislação agrária não tem regras específicas quanto à revisão do objeto principal, para os negócios agrários acabam sendo aplicados os dispositivos da codificação geral privada. Em suma, a *Lei da Liberdade Econômica* em nada inova ao estabelecer a excepcionalidade da revisão contratual.

Por tudo o que foi aqui exposto, portanto, não se pode negar que o conteúdo do art. 421-A do Código Civil pode sim ser aplicado aos contratos agrários, com ressalvas importantes, nos casos em que se tem um negócio de adesão ou em que uma regra específica deva ser observada.



REFERÊNCIAS

ASSIS, Araken de *et al.* *Comentários ao Código Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. v. 5.

ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 19. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2019.

BETTI, Emilio. *Interpretação da lei e dos atos jurídicos*.

lucro na revenda, decorrente da majoração do preço do produto no mercado após a celebração do negócio, não indica a existência de má-fé, improbidade ou tentativa de desvio da função social do contrato. – A função social infligida ao contrato não pode desconsiderar seu papel primário e natural, que é o econômico. Ao assegurar a venda de sua colheita futura, é de se esperar que o produtor inclua nos seus cálculos todos os custos em que poderá incorrer, tanto os decorrentes dos próprios termos do contrato, como aqueles derivados das condições da lavoura. – A boa-fé objetiva se apresenta como uma exigência de lealdade, modelo objetivo de conduta, arquétipo social pelo qual impõe o poder-dever de que cada pessoa ajuste a própria conduta a esse modelo, agindo como agiria uma pessoa honesta, escorreita e leal. Não tendo o comprador agido de forma contrária a tais princípios, não há como inquirar seu comportamento de violador da boa-fé objetiva. Recurso especial conhecido e provido” (STJ, REsp 803.481/GO, Rel. Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 28/06/2007, DJ 01/08/2007, p. 462).



critérios para a sua aplicação. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

PENTEADO, Luciano de Camargo. *Integração de contratos incompletos*. 2013. Tese (Livre-Docência) – Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, 2013.

ROPPO, Enzo. *O contrato*. Coimbra: Almedina, 2009.

SIMÃO, José Fernando; KAIRALLA, Marcello. A desnecessidade de uma teoria geral da obrigação empresarial e os equívocos do projeto de Código Comercial. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/columa/migalhas-contratuais/315377/a-desnecessidade-de-uma-teoria-geral-da-obrigacao-empresarial-e-os-equivocos-do-projeto-de-codigo-comercial>. Acesso em: 25 nov. 2020.

TARTUCE, Flávio. *Direito civil: teoria geral dos contratos e contratos em espécie*. 13. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

ZANETTI, Cristiano de Souza. *Direito contratual contemporâneo: a liberdade contratual e sua fragmentação*. São Paulo: Método, 2008.



1 INTRODUÇÃO



om o crescimento desenfreado do mundo ocidental, diversas escolhas foram tomadas e dezenas de revoluções foram travadas. No seu decorrer, o advento do desenvolvimento grandioso do capitalismo fez com que se tornasse transparente as condutas impulsivas do ser humano, que acabam por torna-lo negligente quanto a uma série de fatores que vem a assombrar o presente e continuará emanando no futuro.

Os primeiros sinais da negligência, e, pode-se dizer, da ignorância, exercidos pela espécie foram através da mudança drástica do ambiente visual das cidades. Os centros de negócio foram se aglomerando e dando vida a grandes mercados de negócio, cujo estes se localizavam em pontos específicos do globo, ou seja, nas ‘grandes potências’. Percebendo a mutação geográfica e os surtos frequentes de doenças, o ser humano passou então a se perguntar como suas condutas propiciaram tais modificações, lhe trazendo tantos malefícios, embora o setor da economia tenha ratificado uma extensa lista de benefícios.

No entanto, convém gizar, que a mente do ser humano é um quebra-cabeças difícil de ser decifrado, quem dirá compreendido. Os pensamentos relacionados ao caos que começara a se instalar eram conflituosos e incompreendidos, mas, após alguns anos de aperfeiçoamento e continuidade da depredação que já estava em trâmite, chegou-se a uma resposta intuitiva e deu-se um nome ao problema.

A melhor maneira de se exemplificar a evolução do pensamento do ser humano é através da análise dos períodos das Revoluções Industriais. O homem passou, ainda, de forma indireta, a compreender os malefícios que havia promovido para com o ambiente em que vivia, o planeta Terra. As grandes produções do capitalismo estavam extraindo matéria-prima sem se





deprecação do ambiente e, ainda, tornou, de certa forma, instável o crescimento do capitalismo, pois haviam muitas cabeças e uma promessa que não poderia satisfazer a todos. Nesse momento, a discussão se funde entre preservação e reorganização. Surge, então, a ideia de utilizar os recursos propiciados pela natureza na medida de sua necessidade, atentando-se à reutilização destes e, quando possível, à reposição dos mesmos ao ambiente. A sustentabilidade tomou lugar de pesquisa e admiração, fazendo com que pesquisadores comesçassem, finalmente, a questionar a possibilidade real de reestruturação das cidades sob a luz dos princípios de preservação norteados à época.

Foi através das conflituosas e espaçosas evoluções do ser humano em sua compreensão com o seu habitat natural que se tornou possível à caracterização da ideia de uma cidade inteligente, essa que ainda é muito debatida pelos pesquisadores da área. Para alguns, acredita-se que o investimento instituído nessas iniciativas esteja sendo mal utilizado por conta dos resultados produzidos nas últimas décadas. No entanto, devido a presente situação do cenário mundial urbano, a implantação e confiança nos projetos inteligentes continuam por se desflorar no meio de tanta divergência. Afinal, o ser humano está correndo contra o relógio e precisa encontrar soluções possíveis para diminuir a propagação de seus danos.

Nesse trabalho, pretende-se analisar diferentes projetos de cidades inteligentes que tomaram forma nos últimos anos, ou que ainda irão tomar forma pelos anos subsequentes, observando suas peculiaridades e propondo a importação dessas para o engajamento no Brasil, dentro de suas possibilidades.

2 UMA BREVE EVOLUÇÃO HISTÓRICA SOBRE CIDADES INTELIGENTES NO CENÁRIO OCIDENTAL

Antes que se discuta sobre a cidade inteligente propriamente dita, é necessário que se compreenda o trâmite que se



transcorreu até a atualidade. Generalizadamente, pautas de cunho ambiental passaram a ser discutidas na década de 1960, como, por exemplo, se entende pelos registros da legislação brasileira. No entanto, o debate da matéria ambiental apenas se solidificou na década de 1970, com o advento da preocupação dos governantes dos países integrantes das Nações Unidas quanto ao meio ambiente, através da realização da Conferência de Estocolmo, em 1972³. Porém, todo o avanço da sociedade ocidental deve ser interpretado de forma contrária a etimologia da palavra. Não se trata de um passo culminante que resultará em um ótimo resultado, trata-se, na verdade, de um passo, seguido por muitos outros passos, para que se chegue em um estágio de argumentação, para que seja, então, refutado e desmembrado através dos tempos, podendo, por fim, se alcançar a integralidade da palavra e denominar-se avanço. Portanto, não é de surpreender que, quase 4 décadas após a Conferência de Estocolmo, o mundo ainda não tenha avançado de forma alguma.

Doutra forma, com a discussão relacionada à matéria ambiental tomando força com o advento de Estocolmo, propiciando um debate ávido durante a década de 1980, acabou por direcionar a civilização ocidental ao seu segundo grande marco histórico, a Rio-92. Nesse momento, o Brasil se manifesta expressamente e se torna, de forma popular, um país integrante do mapa *mundi*, bem como passa a tratar das questões ambientais de forma mais engajada, visto que suas contribuições para a discussão existentes na década de 1960 não se tratavam especificamente na proteção do meio ambiente. Sua participação opaca em Estocolmo foi demasiadamente importante, mas não tão importante quanto sua transparência na Rio-92⁴. Aparentemente, o

³ NAZO, Georgette Nacarato; MUKAI, Toshio. *O direito ambiental no Brasil: evolução histórica e a relevância do direito internacional do meio ambiente*. Revista de Direito Ambiental: RDA, v. 7, n. 28, out/dez. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. Disponível em <bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/download/47761/45557> Acesso em 10/11/2018

⁴ MOREIRA, Paula Gomes. *A conferência das Nações Unidas sobre o meio ambiente*



país estava pronto para tomar as rédeas do problema global, bem como seu problema interno. Importante apontar que o Brasil é um país continental, considerado o quinto maior do mundo em extensão, e, em seu território, especificamente 60% do mesmo, abriga uma das maiores florestas do mundo, a Floresta Amazônica. Tal detenção torna imprescindível a atuação do país no diálogo, principalmente no diálogo internacional.

Noutra esteira, foi com o interesse dos líderes mundiais sobre a preservação do meio ambiente, visto a transparente mudança climática que passou a afetar o planeta, e o grave crescimento das marginais das grandes cidades, é que se abriu espaço para uma discussão mais solidificada e lapidada sobre o termo das cidades inteligentes e suas vertentes, como as cidades resilientes, os bairros verdes, entre outros modelos. Atenção, relata-se sobre uma ampla abrangência da discussão pois, curiosamente, o tratamento do objeto das cidades inteligentes vem datado anteriormente ao, como é divertido de se denominar, ‘*big bang* do meio ambiente’.

Embora, é importante que se tenha em mente que a motivação por trás do engajamento dos líderes mundiais sobre a pauta possui uma datação extremamente anterior a quaisquer registros legislativos ou de pesquisas do último século. Como bem explicitado durante a introdução do presente trabalho, um dos pontos históricos que podem exemplificar de forma clara o divisor de águas da discussão na seara ambiental, diretamente ou indiretamente relacionadas, seriam as expressivas mudanças ocorridas no mundo ocidental através da Revolução Industrial.

De acordo com Vania Siciliano Aieta, o movimento se tratou de uma revolução tecnológica, mesmo tendo sido descrita apenas como uma revolução econômica. No entanto, foi através da automatização das máquinas que o ser humano se deparou

e desenvolvimento e seu legado na política ambiental brasileira. Anais do seminário nacional da pós-graduação em Ciências Sociais – UFES, v.1, n.1. Vitória: 2011. Disponível em <<http://periodicos.ufes.br/SNPGCS/article/view/1522>> Acesso em 11/11/2018



com uma mudança brusca nos padrões de trabalho na sociedade, entre outros, o que encorajou um grande êxodo rural e trouxe modificações alarmantes aos centros de negócios, ou seja, as cidades⁵.

Logo, é possível compreender a demora na evolução do diálogo ambiental, pois a Revolução Industrial trouxe modificações visíveis nas cidades quase que imediatamente, mas a preocupação com o estado dessas se deu anos mais tarde, demonstrando o caráter da espécie em não proceder à preocupação para com o dano até que ele já esteja imensurável.

Porém, é notável a conduta da espécie, de qualquer modo, em demonstrar a devida inquietude para com a situação do seu habitat natural e urbano, visto que foi apenas através de seus líderes que a discussão da pauta tomou rumo na década de 1970 e se consolidou na década subsequente.

Discutido isso, é de se observar que, dois anos antes da Conferência de Estocolmo, na inauguração da década de 1970, o italiano Paolo Soleri iniciou seu projeto de criação de uma cidade protótipo, influenciada pelo modelo anterior do genovês Giovanni Francia, batizada de Arcosanti, o que demonstra uma preocupação mais aguda quanto às cidades e seus moldes.

Soleri idealizou seu modelo, com localidade no estado do Arizona, nos Estados Unidos da América, pretendendo oferecer uma habitação saudável para 5.000 pessoas. Um de seus princípios norteadores era proporcionar uma vida cotidiana que resgatasse o mínimo possível de seus recursos através do meio ambiente, utilizando-se de fontes de energia solar e, ainda, mencionava a pretensão de cultivação das necessidades biológicas de alimentação do ser humano pelos próprios moradores⁶.

⁵ AIETA, Vania Siciliano. *Cidades Inteligentes: uma proposta de inclusão dos cidadãos rumo à ideia de “Cidade Humana”*. Revista de Direito da Cidade, v.8, n.4, Rio de Janeiro: 2016. Disponível em <www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rdc/article/download/25427/19155> Acesso em 11/11/2018

⁶ AIETA, Vania Siciliano. *Cidades Inteligentes: uma proposta de inclusão dos cidadãos rumo à ideia de “Cidade Humana”*. Revista de Direito da Cidade, v.8, n.4, Rio



Apesar de possuir as melhores e mais corretas intenções quanto ao caso concreto, Soleri admitiu o fracasso do seu projeto e abriu um importante diálogo sobre as *transition towns*, que não serão abordadas nesse trabalho.

O exemplo da cidade inteligente de Arcosanti é crucial para compreender a evolução dos projetos inteligentes, pois demonstra os pontos que puderam ser desenvolvidos plenamente e, ainda, proporciona a análise técnica das suas falhas para gerar o aprimoramento dos mesmos. Mesmo não sendo pioneiro em sua seara, Soleri foi capaz de se manter, de certa forma, essencial no cenário da evolução.

Diante de tudo o acima exposto, o assunto sobre as iniciativas de cidades inteligentes se tornou pauta em conversas de diversas bifurcações da sociedade, abrangendo tanto os pesquisadores quanto os governos e as grandes empresas, sendo esses inseridos na óptica das ciências exatas e das ciências sociais. Tal mobilidade proporcionou que diversas cidades inteligentes fossem colocadas em prática e pudessem emergir nos dias de hoje, dentro de suas falhas e avanços particulares.

Com isso, a iniciativa das cidades inteligentes passou a ser colocada em prática de modo decisivo, demonstrando perseverança e dedicação dos seus idealizadores em construir, de fato, uma cidade inteligente propriamente dita e eficientemente funcional em todos os seus pontos.

Hoje há diversos projetos de cidades inteligentes em curso e, ainda, outros que já estão praticamente finalizados, demonstrando avidamente os impactos positivos nos sistemas das cidades e na melhoria da qualidade de vida da população a qual essas abrangem. Por isso se mostra necessário a continuidade do debate para que, no futuro, novas cidades inteligentes possam propiciar um novo padrão de vida, bem como novas experiências para a população e um meio ambiente mais sustentável,

de Janeiro: 2016. Disponível em <www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rdc/article/download/25427/19155> Acesso em 11/11/2018



governança local, as mudanças de comportamento e atitudes, a revisão dos objetivos do planejamento do uso do solo, entre outros. Tal vertente compreende que o alto desempenho em aspectos do desenvolvimento da sustentabilidade possuem um custo muito alto, o que impede sua execução em muitas cidades e, com isso, usam como alternativa a realização de ações visando eficiência por redução de consumo e desperdício, dando apoio a serviços com baixas emissões de carbono e revitalizando o ambiente urbano através da promoção da compacidade do uso do solo, o compartilhamento de equipamentos e a valorização do espaço público.⁷

Noutra esteira, uma cidade inteligente, a qual reconhece por *smart sustainable city*, ou seja, uma cidade inteligente sustentável, tem como objeto dar foco à alta tecnologia de ponta que o mercado tem a oferecer. Nesse ramo, equipamentos e sistemas modernos são utilizados nas cidades, especialmente nos setores de energia, mobilidade e gestão de resíduos, para que se possam alcançar altos índices de desempenho em aspectos como a emissão de gases do efeito estufa e destinação de resíduos.⁸

Mais ainda, Leite dita que, por mais diferentes que as vertentes sejam, ambas pretendem organizar as cidades para que elas contribuam com o desenvolvimento sustentável como um todo e que, dessa forma, juntas constituem um conceito de cidade sustentável.⁹

Já na percepção da IBM de Portugal, por António Pires dos Santos, cidade inteligente é aquela que “*impulsiona o crescimento económico sustentável através de uma análise integrada de informações de todas as agências da cidade e*

⁷ LEITE, Carlos. *Cidades Sustentáveis. Cidades Inteligentes. Desenvolvimento sustentável num planeta urbano* / Carlos Leite, Juliana di Cesare Marques Awad. Bookman. Porto Alegre: 2012.

⁸ LEITE, Carlos. *Cidades Sustentáveis. Cidades Inteligentes. Desenvolvimento sustentável num planeta urbano* / Carlos Leite, Juliana di Cesare Marques Awad. Bookman. Porto Alegre: 2012.

⁹ *Idem*

*departamentos para tomar melhores decisões e antecipar problemas, resolvendo-os de forma proactiva e minimizando o seu impacto, aplicando uma coordenação dos recursos existentes e dos processos para responder aos eventos de uma forma rápida e eficaz”.*¹⁰

No entanto, para Ana Guedes, Joana Mota, Mariana Tavares e Renato Abreu, a compreensão de uma cidade inteligente deve se dar através de um modelo, esse que foi dividido em 5 elementos.

Primeiramente, deve ser *orientada para as pessoas*, o que chamam de uma estratégia inteligente que pretende melhorar a qualidade de vida das mesmas através da utilização de tecnologia como um meio facilitador do processo¹¹.

Sequencialmente, deve haver um *quadro de referências estratégico*, pois a implementação de uma cidade inteligente requer uma reflexão prévia por parte da sua população e seus governantes, considerando o ponto de partida e o destino que se deseja para sua cidade no futuro¹².

Na cidade inteligente, a *informação deve ser como a chave*, visto que o modelo inteligente resulta de um intercâmbio de informações que será incorporado no processo da tomada de decisões. Entende-se, nesse caso, que uma conduta cautelosa quanto a quantidade de informações levará a decisões mais inteligentes¹³.

Dito isso, a cidade inteligente deverá ser *comprometida com a participação ativa*, ou seja, é imprescindível a participação real das esferas do sistema público e privado, algo que permite um equilíbrio entre as exigências do desenvolvimento

¹⁰ GUEDES, Ana; MOTA, Joana; TAVARES, Mariana, ABREU, Renato. *Cidades Inteligentes – “Smart Cities”. Infra-estrutura tecnológica: caracterização, desafios e tendências*. Faculdade de Engenharia da Universidade do Porto, Projeto FEUP. Porto: 2014/2015. Disponível em <https://paginas.fe.up.pt/~projfeup/submit_14_15/uploads/relat_GI7.pdf> Acesso em 06/05/2019

¹¹ *Idem*

¹² *Idem*

¹³ *Idem*



econômico e da sustentabilidade, proporcionando uma gestão automática e eficiente das infraestruturas e dos serviços urbanos¹⁴.

Por fim, tem-se a necessidade de a cidade inteligente ser *mensurável*, levando em conta a demora da planificação de uma cidade, devendo, então, atentar-se a necessidade de criação de metas que possam ser avaliadas através de sistemas de indicadores e monitorização, que ajudem na gestão da cidade e na alteração do plano, caso seja necessário.¹⁵

Para Vania Siciliano Aieta, uma cidade inteligente é um modelo de cidade onde se modificam as relações entre os cidadãos e as instituições, a economia e entre os próprios indivíduos. Segundo ela, para que haja uma mudança na cidade é necessário a prática de três elementos, sendo eles o elemento econômico, o social e o ambiental, observando que esses elementos não devem ser considerados incomunicáveis entre si. Tais elementos possuem inovações tecnológicas que os sobrepõem, mesmo que tenham como ponto de partida matrizes diferentes. Ainda, aponta que o conceito de cidade inteligente pode nunca encontrar uma definição capaz de satisfazer os executores das mudanças a serem exercidas nas cidades.¹⁶

Segundo Caio Guimarães Souza, Leonardo Ribas M. das Neves e Renan Araujo Lage, uma cidade inteligente deve apresentar bom desempenho em seis categorias específicas: na governança inteligente, na formulação de cidadãos inteligentes, na obtenção de um ambiente inteligente, na mobilidade inteligente,

¹⁴ GUEDES, Ana; MOTA, Joana; TAVARES, Mariana, ABREU, Renato. *Cidades Inteligentes – “Smart Cities”*. *Infra-estrutura tecnológica: caracterização, desafios e tendências*. Faculdade de Engenharia da Universidade do Porto, Projeto FEUP. Porto: 2014/2015. Disponível em <https://paginas.fe.up.pt/~projfeup/submit_14_15/uploads/relat_GI7.pdf> Acesso em 06/05/2019

¹⁵ *Idem*

¹⁶ AIETA, Vania Siciliano. *Cidades Inteligentes: uma proposta de inclusão dos cidadãos rumo à ideia de “Cidade Humana”*. Revista de Direito da Cidade, v.8, n.4, Rio de Janeiro: 2016. Disponível em <www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rdc/article/download/25427/19155> Acesso em 11/11/2018



na economia inteligente e na fruição de um modo de vida inteligente¹⁷.

No entanto, atentam que existe uma divergência entre os pesquisadores da área, uns compreendem a cidade inteligente como aquela em que se utiliza essencialmente os equipamentos de TICs (Tecnologia da Informação e das Comunicações) no progresso das cidades, quando, noutra esteira, outros entendem que o capital humano, as relações sociais e o cuidado com o meio ambiente são, de fato, os principais fatores determinantes da sustentabilidade do desenvolvimento urbano.¹⁸

De acordo com Soledad Pellicer, Guadalupe Santa, Andres L. Bleda, Rafael Maestre, Antonia J. Jara e Antonio Gomez Skarmeta, uma cidade inteligente é um sistema urbano que utiliza equipamentos de TICs (Tecnologia da Informação e das Comunicações) para fazer com que a infraestrutura e seus serviços públicos se tornem mais interativos, acessíveis e eficientes. Uma cidade inteligente deve ser aquela que estará comprometida com o seu ambiente, tanto em termos culturais quanto em elementos históricos, onde a infraestrutura é equipada com os mais avançados elementos urbanos¹⁹.

Apontam que sua origem basilar se dá em dois fatores, sendo eles o aumento da população mundial e sua crescente migração de áreas rurais para centrais urbanas e a preocupação com o estoque de recursos naturais restantes, o que pode comprometer o suplemento global nos próximos anos, junto com

¹⁷ SOUZA, Caio Guimarães; NEVES, Leonardo Ribas M. das; LAGE, Renan Araujo. *Cidades Inteligentes*. Grupo de Teleinformática e Automoção da Universidade Federal do Rio De Janeiro. Rio de Janeiro: 2012. Disponível em <https://www.gta.ufrj.br/grad/12_1/cid_inteligente/index.html> Acesso em 11/11/2018

¹⁸ *Idem*

¹⁹ PELLICER, Soledad; SANTA, Guadalupe; BLEDA, Andres L.; MAESTRE, Rafael; JARA, Antonio J.; SKARMETA, Antonio Gomez. *2013 Seventh International Congress on Innovative Mobile and Internet Services in Ubiquitous Computing*. IEEE. Taiwan: 2013. Disponível em <<https://ieeexplore.ieee.org/stamp/stamp.jsp?tp=&arnumber=6603712>> Acesso em 06/05/2019



preocupações sobre o ambiente e a mudança do clima. Defendem, ainda, que o conceito de cidade inteligente é uma ferramenta poderosa para endereçar a mudança urbana que deve ser executada de forma eficiente em sua gestão de infraestrutura e serviços, enquanto a mesma satisfaz as suas necessidades, bem como as de seus cidadãos.²⁰

Portanto, é possível compreender que, apesar das diversas opiniões elaboradas pelos pesquisadores da área, uma cidade inteligente pode ser compreendida como aquela na qual todos os elementos de uma cidade como conhecemos hoje – social, econômico e ambiental –, devem se comunicar e interligar para trabalhar juntos, utilizando-se de tecnologia de ponta e o mínimo possível de extração de recursos naturais, sem deixar de observar suas possibilidades de reposição na natureza.

É importante que haja um conjunto de redes diretamente conectadas funcionando ao mesmo tempo para que a iniciativa possa se inserir na denominação de cidade inteligente. Busca-se com as cidades inteligentes a construção de um meio ambiente saudável, sustentável e moderno para todos os seus habitantes, de forma que seja possível impedir a ocorrência de novos danos e se crie um mecanismo de prevenção e precaução plenamente eficaz.

4 OS DESDOBRAMENTOS DAS CIDADES INTELIGENTES

Utilizando-se da pesquisa realizada no trabalho de Vania Siciliano Aieta, a visão panorâmica de uma cidade inteligente deve ser denominada como uma “cidade humana”, nomenclatura essa que se compreende ter emergido em seu pensamento pela necessidade de demarcação dos diversos modelos de cidades inteligentes existentes.

Existem, de fato, cidades sustentáveis que não são

²⁰ *Idem*



baseadas inteiramente nas iniciativas inteligentes, como serão vistas nesse trabalho. Por isso, a autora em seu grandioso trabalho expôs uma classificação didática sobre as bifurcações de cidade inteligente, isolando o termo para que esse não seja confundido com os outros.

Para a autora, a iniciativa inteligente desenvolvida pelo genovês Paolo Soleri é, na verdade, considerada uma cidade solar. Da análise de seu trabalho é possível compreender que a nomenclatura usada pela mesma tem origem no planejamento principal do projeto, engajando, também, o plano particular de quem o idealizou. É de se frisar que o genovês é considerado um dos maiores cientistas e estudiosos das aplicações de energia solar e que, na sua idealização, a ferramenta da qual utilizaria para almejar seu objetivo principal de tornar a cidade mais sustentável, sem utilizar recursos extraídos do meio ambiente que pudessem não ser facilmente retornáveis, seria a produção de energia através de equipamento captador de energia solar²¹.

Noutro ponto, apresenta-se a nomenclatura das cidades verdes, cujo exemplo utilizado para referência e ligação direta ao título foi o projeto do bairro de Vauban, em Freiburg, na Alemanha. Diferentemente da primeira nomenclatura, não se encontra uma relação com o plano particular de seus idealizadores, pois o projeto por si só é referencial o suficiente.

É importante observar que a iniciativa do projeto se deu por conta dos próprios cidadãos de Freiburg, município que realizou a compra da área de Vauban. Foi através desses que a prefeitura do município deu aval para a mobilização do projeto, porém, a contratação dos profissionais se deu exclusivamente por parte dos organizadores.

Mesmo que a prefeitura não tenha se envolvido diretamente com o projeto e apenas tenha se assegurado da garantia

²¹ AIETA, Vania Siciliano. *Cidades Inteligentes: uma proposta de inclusão dos cidadãos rumo à ideia de “Cidade Humana”*. Revista de Direito da Cidade, v.8, n.4, Rio de Janeiro: 2016. Disponível em <www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rdc/article/download/25427/19155> Acesso em 11/11/2018



de padrões de eficiência energética e de ecossustentabilidade bem elevados para a aprovação do projeto, a partir dos resultados propiciados pela iniciativa se percebe uma mudança de comportamento posterior. Após o interesse dos cidadãos em construir um bairro mais sustentável, notou-se que o cuidado com as áreas verdes públicas se tornou prioridade para o município, bem como a criação de novas ciclovias e limitação do tráfego em todos os níveis, diminuindo o limite de velocidade²².

O bairro verde de Vauban acabou por se destacar de forma positiva em relação as suas diversas “casas passivas” muito coloridas que elevaram de forma considerável o moral da vizinhança, causando melhorias nos níveis de socialização dos habitantes e instigando-os a conviver em um modelo de vida mais alternativo. Também, foi em Vauban que se construíram os primeiros edifícios autossuficientes do ponto de vista energético, ou seja, tais edifícios produzem energia por si própria através da tecnologia solar fotovoltaico²³.

Por outro lado, a autora ainda expressa a diferença das cidades resilientes, no entanto, não prontificadamente as caracteriza, portanto, se passa a se utilizar a conceitualização extraída de trabalho diverso, onde se compreende que essas cidades são aquelas onde há uma capacidade ou uma maior capacidade de retornar aos *status quo* do ambiente após a ocorrência de uma catástrofe ambiental²⁴.

Ao exemplificar uma cidade resiliente, a autora comenta sobre o grandioso projeto *Making Cities Resilient* (construindo cidades resilientes), que foi lançada em 2010 pela Agência das Nações Unidas e que se dedica à redução das calamidades. Nisso, menciona os avanços atingidos pela cidade de Veneza, na

²² *Idem*

²³ *Idem*

²⁴ BUHRING, Marcia Andrea. *Cidades resilientes a catástrofes: o exemplo de Porto Alegre*. A cidade: uma construção interdisciplinar. EDUCS. Caxias do Sul: 2016. Disponível em <<https://www.ucs.br/site/midia/arquivos/ebook-a-cidade.pdf>> Acesso em 11/11/2018



Itália, integrante do dito projeto, que foi avaliada em 2012 pela ONU como *best practice* (melhor prática) de boa política para redução de risco de calamidades naturais em âmbito lagunar²⁵.

Finalmente retratando cidades inteligentes, Aieta apresenta o desenvolvimento de sua pesquisa de forma que as cidades sejam observadas como um modelo inclusivo no sentido literal da palavra. Trata-se de uma iniciativa onde se procura reaproximar o homem, o cidadão e o ambiente uns dos outros, através de uma educação ambiental.

A autora, ainda, incita que a postura dos cidadãos é demasiada importante e que, muitas vezes, apenas essa seja necessária para que haja uma mudança brusca na sociedade e reaproxime o homem como cidadão do meio ambiente. Um exemplo, no caso concreto, seria a cidade de Nova York, onde não se trata especificamente de uma cidade que aderiu ao todo a uma iniciativa inteligente, mas pode ser considerada como uma cidade mais verde, visto que 77% dos habitantes de Manhattan não possuem automóveis e 82% destes atende seus compromissos diários a pé, de bicicleta, de ônibus ou de metrô²⁶.

Através da análise do trabalho em comento, é possível compreender o que a autora percebe como uma “cidade humana”. Demonstrou-se transparente através de sua pesquisa que o termo é mais do que satisfatório quando se tem de falar sobre cidades inteligentes. É necessário que seja levado em consideração todos os aspectos e todos os reflexos que uma iniciativa tem em uma cidade, não apenas do ponto de vista do agente que está sofrendo as mudanças, mas principalmente de seus habitantes que irão, ou não, ajudar a conduzi-las.

5 A CIDADE INTELIGENTE DE SONGDO, NA CORÉIA DO

²⁵ AIETA, Vania Siciliano. *Cidades Inteligentes: uma proposta de inclusão dos cidadãos rumo à ideia de “Cidade Humana”*. Revista de Direito da Cidade, v.8, n.4, Rio de Janeiro: 2016. Disponível em <www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rdc/article/download/25427/19155> Acesso em 11/11/2018

²⁶ *Idem*



SUL

Sabendo-se do crescimento econômico positivo e dos grandes índices de poluição encontrados na Coreia do Sul, não é de se surpreender que as autoridades estatais tenham tido interesse na iniciativa da cidade inteligente.

Historicamente, a criação de Songdo não se deu, inicialmente, por conta da necessidade imediata de se obter uma cidade inteligente. É de se observar que no fim da década de 1970, especificamente o ano de 1979, houve a execução de um plano básico para a recuperação das águas superficiais públicas pelo governo sul-coreano²⁷. Portanto, há de observar que se trata de uma cidade erguida sobre um loteamento aterrado pelo Estado, numa área equivalente a 600 hectares de terra recuperada do Mar Amarelo²⁸.

No entanto, foi em meados da década de 2000 que a idealização passou a tomar forma no país de forma diretamente aplicada quanto às políticas inteligentes, visando à criação de uma zona econômica livre – esta, no caso, batizada de Incheon Free Economic Zone – IFEZ (Zona de economia livre de Incheon) –, a consolidação de um importante centro para logística de negócios internacionais e de lazer para atrair empresas estrangeiras. Dito isso, é possível frisar que, não só os líderes estatais enxergam a iniciativa como um meio de transformar suas cidades mais sustentáveis, mas também como é possível extrair benefícios ambientais com o advento de mobilizações no entorno do investimento no setor da economia²⁹.

²⁷ GOMES, Francisco Moraes; AGUIAR, Alexandre de Oliveira e; CAMPOS, Valéria Nagy de Oliveira. *Songdo: Inteligente e Sustentável? Críticas e perspectivas*. I Simpósio Brasileiro Online de Gestão Urbana. ANAP. São Paulo: 2017. Disponível em <<https://www.amigosdanatureza.org.br/eventos/data/inscricoes/1793/form9776406.pdf>> Acesso em 10/06/2019

²⁸ PANASSOLO, Lorenzo. *Cidades Inteligentes: conheça Songdo*. UNISINOS. São Leopoldo: 2018. Disponível em <<http://www.unisinis.br/noticias/inovacao/cidades-inteligentes-conheca-songdo>> Acesso em 16/06/2019

²⁹ GOMES, Francisco Moraes; AGUIAR, Alexandre de Oliveira e; CAMPOS, Valéria



ou seja, a tecnologia de ponta necessária para prevenir eventuais falhas sem que toda a integridade do projeto desmorone.

Mais ainda, outra característica distinta entre ambos os projetos é de que Soleri apostava em uma abordagem de construção vinda da mão de obra dos próprios cidadãos, enquanto Songdo transparentemente trabalha com uma visão mais panorâmica, onde governo, cidadãos e instituições, bem como empresas privadas, trabalham juntos ao utilizar os utensílios que lhe foram fornecidos para trazer à vida sua iniciativa inteligente. Ponto esse que pode ser compreendido através dos resultados obtidos com a iniciativa inteligente promovida na cidade de Barcelona, na Espanha, que será trabalhada mais tarde.

Noutra esteira, quando se fala na tecnologia de ponta que Songdo teve a oportunidade de utilizar através do grande investimento em seu projeto, é de se destacar que ao se tratar do seu planejamento é importante frisar que toda sua idealização se deu por trás da utilidade de diversos conceitos de inteligência e sustentabilidade. Não se atendo apenas a exemplos concretizados e projetos falhos do passado, as autoridades sul-coreanas apostaram fortemente nessa ideia de conceituação diversificada, o que se compreende como um modo de transformar sua iniciativa em um modelo inclusivo, como pensava Aieta.

Dito isso, é de se incumbir de nomear alguns dos conceitos inteligentes e sustentáveis pensados pela iniciativa. Com isso, é possível nomear os conceitos de definição do uso do solo, especialmente em áreas verdes, sobre a construção de edifícios com certificado *LEED – Leadership in Energy and Environmental Design* (liderança em energia e design de ambiente), bem como a promoção do incentivo a mudança de hábitos considerados comuns e automáticos para a sociedade, tendo esses como o incentivo a realizar sua locomoção para atender seus compromissos através de caminhadas e utilização de bicicletas – importante frisar que, para que tal conceito seja posto em prática, a administração do projeto possui um plano para a redução das



Dentre outros fatores, também é de se examinar que o desenvolvimento do pensamento por trás da infraestrutura da criação da cidade teve como objeto principal o redirecionamento

³³ *Idem*



da dimensão de vida da população³⁴. Em outras palavras, todos os planos e decisões construídos e formados através de extensa e exaustiva pesquisa foram pensados para os futuros moradores da cidade inteligente, bem como às pessoas que apenas terão residência profissional na mesma.

O intuito de tal infraestrutura é propiciar que todos os grupos integrantes da sociedade a tomar conta da cidade possuam uma qualidade vida nos parâmetros ideais da iniciativa inteligente. Para isso, tem-se reportado a utilização de tecnologias, recursos e inovações no âmbito dos sistemas de transporte, informação e comunicações, abrangendo, ainda, os sistemas de águas, esgotos e resíduos, bem como o sistema de preocupação com consumo energético.

Como bem observado, Songdo possui uma nomenclatura extensa de setores que a compõe e a possibilitam ser chamada de uma cidade inteligente. A necessidade desses, como já discutido, ajuda, também, a melhor compreender os objetivos acessórios da iniciativa. Ora, muitos projetos acabam por cair na tentação da simplificação de áreas e comunicações informativas, mas a administração por traz da ideologia de Songdo fez questão que o mesmo não ocorresse. Um dos motivos de tal empenho seria a análise da situação como uma “válvula de escape”. Assim, a iniciativa não corre tantos riscos de ser falha em pontos determinantes – lembrando, sempre, que as redes estão interligadas e umas fazem parte das outras, independente dos seus atributos principais ou nomenclatura se relacionarem em espécie e natureza ou não.

Uma das particularidades mais interessantes que demonstram a ambição e competitividade do governo sul-coreano em utilizar-se dos melhores pontos da economia para lhe gerar um aumento positivo é a implantação de uma escola internacional onde o inglês é o idioma oficial. Mais ainda, há um projeto para um hospital de alta tecnologia voltado para diagnósticos

³⁴ *Idem*



médicos e tecnologias de tratamento³⁵. É transparente a sede por inteligência que vem sendo demonstrada pelos administradores por trás da idealização.

Tal disposição em relação aos planos para o hospital supracitado vem, ainda, relacionada a uma ideia futura da aplicação do mercado da telemedicina³⁶. Uma opção viável para cidadãos inteligentes poderem aprimorar suas vidas de forma mais rápida e eficaz, sem a necessidade de diminuir ou avariar profissões como tantos acreditam que a tecnologia faça.

Em suma, os papéis de Songdo em assumir tais compromissos de desenvolvimento e construção são para consolidar internacionalmente a possibilidade de seres humanos e tecnologia trabalharem juntos por um bem comum sem que haja uma calamidade sobre o tema “revolução das máquinas” mais uma vez.

Uma maneira de exemplificar claramente o convívio mútuo entre o ser humano e a tecnologia dentro de uma cidade é o sistema de sensores de subsolo que foi empreendido e aplicado na construção urbana de Songdo. O objetivo dos respectivos sensores é monitorar a densidade e frequência do tráfego automotivo dentro da cidade para que, automaticamente, um algoritmo preparado para o caso concreto trabalhe em soluções em tempo real para o mapeamento do tempo necessário de funcionamento dos semáforos de trânsito³⁷.

A previsão de conclusão de Songdo vem mudando constantemente com o decorrer dos anos, porém, espera-se que a cidade esteja integralmente finalizada no ano de 2020. Entre seus dados geográficos, importante nominar que a cidade se encontra

³⁵ GOMES, Francisco Moraes; AGUIAR, Alexandre de Oliveira e; CAMPOS, Valéria Nagy de Oliveira. *Songdo: Inteligente e Sustentável? Críticas e perspectivas*. I Simpósio Brasileiro Online de Gestão Urbana. ANAP. São Paulo: 2017. Disponível em <<https://www.amigosdanatureza.org.br/eventos/data/inscricoes/1793/form9776406.pdf>> Acesso em 10/06/2019

³⁶ PANASSOLO, Lorenzo. *Cidades Inteligentes: conheça Songdo*. UNISINOS. São Leopoldo: 2018. Disponível em <<http://www.unisinis.br/noticias/inovacao/cidades-inteligentes-conheca-songdo>> Acesso em 16/06/2019

³⁷ *Idem*



à 65km da capital sul-coreana, Seul, e, ainda, à 12,3km do Aeroporto Internacional de Incheon, consistindo atualmente de cerca de mais de 90 mil habitantes³⁸.

6 A CIDADE INTELIGENTE DE BARCELONA, NA ESPANHHA

A história da transformação de Barcelona é datada bem antes, mesmo sendo considerada a apenas alguns anos como um ótimo exemplo de uma cidade inteligente operante e que atinge seus objetivos principais e acessórios. Seu remodelamento começou cedo, na década de 1980, quando as cabeças por trás do grande projeto idealizaram um futuro melhor para a cidade que, no momento, se encontrava numa crise econômica e com um déficit enorme de infraestrutura. Para os idealizadores, era necessário reorganizar uma cidade que era demasiadamente construída em área urbana e com muito pouca colaboração entre os setores público e privado³⁹.

No entanto, seus primeiros projetos para a reorganização da cidade eram muito fracos, algo que pode ser visto através da preparação para as Olimpíadas de 1992, pois estes estavam focados apenas em questões de reestruturação urbana, ou seja, suas edificações. Tal episódio reforçou a necessidade de se atentar aos projetos inteligentes, momento esse onde a iniciativa da cidade inteligente entrou em prática⁴⁰.

Para Barcelona, sua cidade inteligente implica em tecnologia de ponta intensiva e uma cidade avançada que conecta as pessoas e as informações. Trata-se de elementos da cidade usando novas tecnologias para que seja criado uma cidade mais

³⁸ *Idem*

³⁹ BAKICI, Tuba; ALMIRALL, Esteve; WAREHAM, Jonathan. *A Smart City Initiative: the Case of Barcelona*. Journal of the Knowledge Economy, vol. 4, n. 2. Springer. Berlin: 2013. Disponível em <<https://link.springer.com/content/pdf/10.1007%2F978-3-319-13132-0-0084-9.pdf>> Acesso em 01/06/2019

⁴⁰ *Idem*



Inicialmente, o obstáculo encontrado pelos idealizadores seria de como interligar tais equipamentos inteligentes às diferentes redes afiliadas da cidade, como, por exemplo, o transporte, a energia e a melhoria da tecnologia já existente. Essencialmente, o projeto iniciou com a participação das autoridades governamentais. Foi estabelecida uma equipe de estratégia no gabinete do prefeito, o que torna a atuação da administração pública do município mais transparente e ajuda os funcionários municipais a se comunicarem e explicarem ao público a necessidade de desenvolvimento de novos aplicativos inteligentes ou soluções publicamente complexas. Não só conquistando o público, o mecanismo utilizado pela autoridade governamental tornou possível o diálogo entre os diversos departamentos do setor

⁴² CISCO. *A iniciativa Cidade inteligente de Barcelona orientada pela IoE reduz as contas de abastecimento de água, aumenta as receitas de estacionamento, cria empregos e muito mais.* San Jose: 2014. Disponível em <https://www.cisco.com/c/dam/m/pt_br/ie/public_sector/pdfs/Jurisdictions/Barcelona_Jurisdiction_Profile_final.pdf> Acesso em 01/06/19



público-administrativo da cidade que, historicamente, trabalhava de modo isolado e causava divergências quando da aplicação de projetos pela falta de informação e envolvimento⁴³.

Mais ainda, a necessidade de trabalhar em conjunto com os outros setores da sociedade se demonstrou eficaz após a melhoria no diálogo entre o setor público. O município da cidade de Barcelona passou a trabalhar com corporativas privadas, muitas dessas são grandes empresas multinacionais, porém, não deixando de considerar pequenos empreendedores⁴⁴.

A porta voz do movimento, Julia Lopez, coordenadora da estratégia e do Escritório Internacional de TIC para Habitat Urbano de Barcelona, expressou que o ponto chave do desenvolvimento do projeto foi a unificação e união entre os demais setores. O produto da idealização, na sua perspectiva, não seria possível, ou não atingiria seus parâmetros atuais, se não houvesse uma atuação conjunta⁴⁵. A iniciativa e boa comunicação da prefeitura da cidade em se adaptar para lidar com os setores privados, informando e explicitando de forma clara os objetivos da mesma, propiciou a concretização do movimento que mobilizou e mudou Barcelona, a deixando indistinguível do caos instalado na década de 1980.

Segundo Tuba Bakici, Almirall Esteve e Jonathan Wareham, um dos pontos a se destacar na reestruturação da cidade foram a criação de distritos inteligentes (*smart districts*) e a iniciativa de laboratórios vivos (*living labs inniative*), onde se propôs a transformação da área industrial em um lugar para novas empresas inovativas e inspirou as empresas a testar e desenvolver novas soluções iniciativas como produtos ou serviços em

⁴³ *Idem*

⁴⁴ CISCO. *A iniciativa Cidade inteligente de Barcelona orientada pela IoE reduz as contas de abastecimento de água, aumenta as receitas de estacionamento, cria empregos e muito mais*. San Jose: 2014. Disponível em <https://www.cisco.com/c/dam/m/pt_br/ioe/public_sector/pdfs/Jurisdictions/Barcelona_Jurisdiction_Profile_final.pdf> Acesso em 01/06/19

⁴⁵ *Idem*



Outrora, segundo os autores Tomas Gea, Josep Paradells, Mariano Lamarca e David Roldán, em resumo, o objetivo da iniciativa da cidade inteligente de Barcelona é definir, gerenciar e desenvolver um modelo de referência de uma rede de plataformas de mapeamento e sensor de dados para uma cidade inteligente, visando a validação do mesmo em uma cidade potência, como Barcelona em si. Seu objetivo principal é permitir que esse modelo em desenvolvimento seja adotado por várias outras cidades ao redor do mundo, demonstrando a efetiva competitividade da cidade⁵⁰.

Barcelona pretende se tornar uma referência em cidades inteligentes ao aumentar sua eficiência e fortalecer sua competitividade. Sua preocupação quanto às demais cidades do globo é notável, motivo esse que talvez tenha engajado mais ainda a prefeitura do município em ser o mais transparente possível. Diferente de outros projetos, Barcelona é clara ao demonstrar sua intenção de dividir sua tecnologia e avanços, algo demasiado importante na seara da iniciativa, pois apenas assim será possível alcançar um mundo mais sustentável.

Doutro modo, os respectivos autores ainda apresentam outros 4 objetivos secundários da iniciativa de Barcelona de uma forma mais diluída. Primeiramente, apresentam a pretensão da criação de um modelo e validação de uma rede de comunicações (*backhaul*) para uma variedade de redes de sensores de diferentes fabricantes. Apontam o objetivo de definir e validar uma estrutura baseada em padrões abertos, evitando soluções proprietárias, bem como o desenvolvimento de uma plataforma que é completamente aplicável a pequenas e grandes cidades, incluindo áreas metropolitanas. Por fim, indicam o ponto onde os

⁵⁰ GEA, Tomas; PARADELLS, Josep; LAMARCA, Mariano; ROLDÁN, David. *Smart cities as an application of Internet of Things: Experiences and lessons learnt in Barcelona*. 2013 Seventh International Conference on Innovative Mobile and Internet Services in Ubiquitous Computing. IEEE. Taiwan: 2013. Disponível em <<https://ieeexplore.ieee.org/stamp/stamp.jsp?tp=&number=6603732&>tag=1>> Acesso em 04/06/2019



Outro aspecto notável da cidade foi a implantação de linhas de ônibus ortogonais, visando uma mobilidade livre de emissões poluidoras ao ar e ambiente da cidade, incluindo 500 táxis híbridos, 294 veículos elétricos públicos, 262 pontos de recarga para esses, 130 motocicletas elétricas e 400 veículos elétricos privados⁵⁴. Tal preocupação do plano inteligente da cidade remonta a importância de cidades inteligentes e/ou de outras bifurcações da abrangência da palavra ascenderam no passado, como a cidade de Curitiba, no Brasil, que é reconhecida há anos

⁵⁴ *Idem*



pelo seu ótimo sistema de trânsito.

Extremamente preocupados e atenciosos quanto à questão da informação, o que transparece mais ainda a ânsia dos idealizadores e do governo municipal de clareza e diluição de todo e qualquer material a ser tratado em ramo municipal sobre a iniciativa, se mobilizou a abertura de um programa intitulado Governo Aberto⁵⁵.

Através desse programa, a iniciativa inteligente de Barcelona passou a atingir mais do que seus setores de comunicação governamentais, estando completamente ao alcance de qualquer cidadão da cidade que necessitasse de sua utilização. Foram instalados 44 quiosques cuja denominação se lia como “Atenção ao cidadão”, incluindo, ainda, o lançamento de um portal de dados abertos que permitem aos cidadãos e as empresas a possibilidade de desenvolvimento de aplicativos que abordem as necessidades dos moradores da cidade para que suas experiências sejam aprimoradas⁵⁶.

O desempenho dos idealizadores e da administração governamental da cidade possibilitou que o projeto se concretizasse e hoje Barcelona seja reconhecida como um ótimo exemplo de uma cidade inteligente solidificada e competitiva, ou seja, trata-se de um projeto de longa data bem mobilizado e investido, com o devido suporte da população e todos os setores integrantes de sua sociedade, atingindo, por fim, seu objetivo principal.

A lição que Barcelona passa para outras cidades emergentes é a da perseverança e da abertura do diálogo entre os diversos setores da cidade. Não é possível que se adquira uma cidade inteligente sem a utilização de redes de comunicação interligadas que trabalham juntas para um bem comum de tudo e

⁵⁵ *Idem*

⁵⁶ CISCO. *A iniciativa Cidade inteligente de Barcelona orientada pela IoE reduz as contas de abastecimento de água, aumenta as receitas de estacionamento, cria empregos e muito mais*. San Jose: 2014. Disponível em <https://www.cisco.com/c/dam/m/pt_br/ioe/public_sector/pdfs/Jurisdictions/Barcelona_Jurisdiction_Profile_final.pdf> Acesso em 01/06/19





passar por uma série de melhorias no seu sistema operacional. Na verdade, é interessante se atentar ao fato de que a sua vertente está mais acomodada no ramo das cidades resilientes, de acordo com o entendimento de Aieta, porém, como também já visto, tal nomenclatura não deixa de ser considerada menos inteligente por se encaixar em uma bifurcação menos concentrada tecnologicamente.

Reconhecida como uma das cidades mais arborizadas do país, antes das iniciativas inteligentes, era de se considerar de que Porto Alegre se tratava de uma cidade que sofria muito com enchentes decorrentes de chuvas fortes que açoitavam seu território. Situação essa, que deixava a cidade em nível de calamidade muitas vezes durante sua temporada anual de chuvas, é que foi considerada como uma das chaves para a exploração de iniciativas inteligentes. Em poucos anos, a cidade se viu livre de um dos seus maiores problemas públicos, pois com a utilização de redes de resiliência, que serão tratadas a seguir, cada vez que as fortes chuvas caíam sobre o seu território, a administração dos setores públicos, bem como a população das zonas mais afetadas, estavam mais preparadas, podendo, então, retornar ao seu *status quo* com maior facilidade.

A iniciativa inteligente, o “Desafio Porto Alegre Resiliente” – bifurcação da aplicação da participação da cidade no programa *100 Resilient Cities* (100 cidades resiliente) da Fundação Rockefeller, esse que a rendeu o título oficial de reconhecimento de uma cidade resiliente –, que se propagou no território de Porto Alegre, seguiu o eficiente modelo de redes interligadas para uma melhor comunicação entre os diversos setores abrangentes da cidade⁵⁷.

Tais redes são denominadas como Redes de Resiliência e estão espalhadas em 17 regiões distintas da cidade. O principal

⁵⁷ BUHRING, Marcia Andrea. *Cidades resilientes a catástrofes: o exemplo de Porto Alegre*. A cidade: uma construção interdisciplinar. EDUCS. Caxias do Sul: 2016. Disponível em <<https://www.ucs.br/site/midia/arquivos/ebook-a-cidade.pdf>> Acesso em 11/11/2018

objetivo dessas redes é promover uma ação integrada entre as organizações da sociedade civil, as universidades e a liderança comunitária nas discussões sobre os pontos fortes e fracos de cada região, gerando, por fim, uma melhoria no plano ideal da cidade⁵⁸.

Quando da aplicação da cidade para participação no programa da Fundação Rockefeller, foi necessária a apresentação de uma defesa por um representante da iniciativa. Durante essa defesa, foram apresentados 4 cenários a serem trabalhados, ou que já tenham sido trabalhados, pela administração da iniciativa, sendo eles: a pretensão em ampliar o índice de tratamento de esgotos da cidade de 27% para 77%, retomando a balneabilidade do Guaíba e atuando no reassentamento de comunidade em áreas de risco, sob a direção do Projeto Integrado Socioambiental – PISA; o oferecimento de informações georreferenciadas sobre a cidade, consistindo em ferramental fundamental para toda a ação que acontece junto a mesma, sob a supervisão do Observatório da Cidade de Porto Alegre – ObservaPOA; a pretensão em procurar novas formas de olhar a cidade no processo de aprendizagem, ou seja, um modo inclusivo aprimorado de educação ambiental, que será dirigido pelo Laboratório de Inteligência do Ambiente Urbano – LIAU; e, por fim, a apresentação do Centro Integrado de Comando – CEIC, um espaço criado para a realização de vídeo-monitoramento 24 horas aos diversos setores de serviços relacionados à segurança pública, defesa civil, trânsito, clima e tempo da cidade, visando uma recuperação das 75 áreas de risco reconhecidas em seu território⁵⁹.

Dentre outros projetos vislumbrados na iniciativa, é interessante a forma como se ressalta o Sistema de Controle de Trânsito Adaptativo em Tempo Real, que, em outras palavras, se

⁵⁸ *Idem*

⁵⁹ BUHRING, Marcia Andrea. *Cidades resilientes a catástrofes: o exemplo de Porto Alegre*. A cidade: uma construção interdisciplinar. EDUCS. Caxias do Sul: 2016. Disponível em <<https://www.ucs.br/site/midia/arquivos/ebook-a-cidade.pdf>> Acesso em 11/11/2018



traduz como um sistema de sinais de semáforos inteligente. A pretensão dos idealizadores é a instalação dessa tecnologia para promover uma melhor locomoção no tráfego de automóveis dentro da cidade⁶⁰, visto que seu tráfego tem se tornado conflituoso e denso nas últimas décadas com o acúmulo de automóveis e a desvalorização do transporte público oferecido tanto pelas empresas privadas da cidade, quanto pela empresa pública.

Mais ainda, a cidade de Porto Alegre é equipada com um sistema integrado de gestão de ativos, com funcionalidade de controle de manutenção, tratamento de alertas emitidos por sensores – o que é demasiado importante ao se tratar de uma cidade com histórico de enchentes e, também, para alerta das populações que vivem próximas às margens do Guaíba em caso de transbordamento do rio –, e registro de encaminhamento de falhas para resolução das agências de serviços vinculadas à prefeitura. Há, também, uma extensa rede de fibra ótica com mais de 1000 km de extensão que permeia a cidade e leva acesso à internet a todas as unidades dos setores públicos da prefeitura⁶¹.

Para garantir que a população não seja deixada de fora, foi desenvolvida uma plataforma digital onde os cidadãos podem registrar suas opiniões e demandas sobre os setores que devem atender na gerencia de iluminação, segurança e conservação de espaços públicos, por exemplo. Outro modo encontrado pela cidade de fazer com que a população esteja completamente incluída na iniciativa inteligente é a disponibilização de internet gratuita no entorno de todos os prédios cujas fibras óticas já retratadas tenham sido instaladas⁶².

Também localizada na região sul do Brasil, no estado do

⁶⁰ WEISS, Marcos Cesar; BERNARDES, Roberto Carlos; CONSONI, Flavia Luciane. *Cidades inteligentes: casos e perspectivas para as cidades brasileiras*. Revista Tecnológica da Fatec Americana, v. 5, n.1. FATEC. Americana: outubro-2016/março-2017. Disponível em <http://www.redbcm.com.br/arquivos/Bibliografia/cidades_inteligentes_casos_e_perspectivas_para_as_cidades.pdf> Acesso em 17/06/2019

⁶¹ *Idem*

⁶² *Idem*



Paraná, a cidade de Curitiba pode ser descrita como o maior orgulho do país em questões da seara inteligente e sustentável. No entanto, diferente de Porto Alegre e Rio de Janeiro, há de se destacar que Curitiba é uma cidade planejada, ou seja, pode-se utilizar Brasília como um exemplo de clareza de ótica.

Sua evolução histórica é datada bem antes, algo que deixa Porto Alegre e Rio de Janeiro com uma postura bem atrasada. Curitiba é considerada um modelo mundial de urbanização, respeito ao meio ambiente e, acima de tudo, reconhecida com louvor sobre seu eficaz sistema de transporte⁶³, fato esse que nos leva a entender sua influência no mundo das cidades inteligentes, pois quando se pensa em um tráfego de automóveis ideal a referência é imediata à Curitiba.

Na década de 1980, a administração pública do município passou a realizar investimentos no planejamento e na execução de modernizações dos sistemas de infraestruturas já existentes, priorizando seu objetivo inteligente principal: a mobilidade dentro da cidade.

A iniciativa inteligente de Curitiba conta com um sistema viário e de transporte urbano, um centro de monitoramento de segurança pública e um centro de informações estratégicas – também conhecido como “sala de situação”. Também, há uma extensa rede de fibras óticas, projeto esse que é similar ao desenvolvido na cidade de Porto Alegre, porém, outrora, as fibras se interconectam com equipamentos públicos ao invés das centrais dos setores do sistema de administração pública, priorizando, ainda, as edificações da rede de saúde pública da cidade, bem como os sistemas de monitoramento em tempo real das

⁶³ WEISS, Marcos Cesar; BERNARDES, Roberto Carlos; CONSONI, Flavia Luciane. *Cidades inteligentes: casos e perspectivas para as cidades brasileiras*. Revista Tecnológica da Fatec Americana, v. 5, n.1. FATEC. Americana: outubro-2016/março-2017. Disponível em <http://www.redbcm.com.br/arquivos/Bibliografia/cidades_inteligentes-_casos_e_perspectivas_para_as_cidades.pdf> Acesso em 17/06/2019



frotas dos ônibus⁶⁴.

Visando uma comunicação clara e diluída com seus cidadãos, a iniciativa inteligente instituída disponibiliza acesso gratuito à internet em diversas ruas, essas que são denominadas de Cidadania, sendo tal acesso propiciado de forma sem fio em várias áreas e vias públicas.

O desenvolvimento e propagação do trabalho realizado através do plano inteligente instituído por Curitiba já inspirou diversas outras cidades em âmbito mundial que almejam o controle de seus tráfegos de automóveis. Os resultados positivos adquiridos com a implementação do sistema de transporte da cidade foi a base necessária que o governo da cidade de Bogotá, na Colômbia, precisava para trazer à vida o TransMilenio⁶⁵.

Seu desempenho internacional não só a beneficiou como beneficiou, também, o Brasil e as diversas outras nações ao redor do globo que puderam analisar os projetos exercidos em Curitiba e transformar suas cidades em cidades mais inteligentes. A crise do acúmulo de usuários de automóveis não escolhe país determinados, está em todos os lugares e é consequência, também, do advento da Revolução Industrial, séculos antes.

Noutra esteira, também incumbe frisar que o desempenho de Curitiba na seara ambiental e no âmbito inteligente reforça a ideia de que é possível que um país continental, ainda em desenvolvimento, tem toda a capacidade existente no plano das ideias e no plano das coisas de atingir melhorias e propor uma qualidade de vida mais digna e eficiente aos seus cidadãos.

Quando relacionada a títulos, no ano de inauguração da década de 2010 a cidade foi citada em uma importante pesquisa publicada pela revista Forbes. Tal publicação tratava-se de uma análise de cidades inteligente emergentes no cenário global, cuja cidade brasileira atingiu a incrível terceira colocação. Dois anos mais tarde, através de um ranking realizado pelo Conselho

⁶⁴ *Idem*

⁶⁵ *Idem*



Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico – CNPq, a cidade atingiu a grandiosa primeira colocação entre as cidades brasileiras digitais. Lembrando, ainda, que a cidade paranaense é considerada uma das 10 cidades mais inteligentes do mundo, atingindo a sétima colocação na listagem⁶⁶.

Diferentemente das duas últimas cidades inteligentes brasileiras retratadas, a cidade do Rio de Janeiro é localizada na região sudeste do país, no estado de mesmo nome, e é mundialmente conhecida como “Cidade Maravilhosa”, reconhecimento esse que levou a UNESCO a declarar a cidade como Patrimônio Cultural da Humanidade pelo seu pelo paisagístico urbano.

Andando lado-a-lado com Porto Alegre em questões de desenvolvimento temporal, a iniciativa inteligente no Rio de Janeiro começou apenas na década de 2010, ou seja, trata-se de um plano demasiado novo e, portanto, tende a passar por situações mais complexas quando da sua adaptação.

Por se tratar de uma cidade litorânea e por possuir um clima diferenciado das outras duas cidades comentadas, o Rio de Janeiro detém algumas peculiaridades que devem ser tratadas que, com certeza, não são tão abundantes quando posto em comparação com Porto Alegre e Curitiba. Tais peculiaridades podem se entender como as condições do mar, a previsão, precaução e prevenção a chuvas fortes que frequentemente geram deslizamentos em uma cidade onde a maioria de sua população de baixa renda reside irregularmente nas costas dos seus morros, bem como outros incidentes possíveis de impactar a cidade.

Eis então que, no ano de 2010, foi criado o Centro de Operações Rio – COR, instituição encarregada em monitorar o cotidiano da cidade durante as 24 horas do dia, integrando 30

⁶⁶ WEISS, Marcos Cesar; BERNARDES, Roberto Carlos; CONSONI, Flavia Luciane. *Cidades inteligentes: casos e perspectivas para as cidades brasileiras*. Revista Tecnológica da Fatec Americano, v. 5, n.1. FATEC. Americana: outubro-2016/março-2017. Disponível em <http://www.redbcm.com.br/arquivos/Bibliografia/cidades_inteligentes-_casos_e_perspectivas_para_as_cidades.pdf> Acesso em 17/06/2019



órgãos e agências governamentais diferentes. O objetivo desse centro é mapear um gerenciamento eficaz para momentos de crise, desde sua antecipação, redução e preparação até sua resposta imediata a ocorrências que podem prejudicar a vida cotidiana dos cidadãos e empresas⁶⁷.

Todas as informações captadas pelo COR são compartilhadas em tempo real para as concessionárias e órgãos públicos integrantes da rede inteligente da cidade, tendo a capacidade de captar imagens de mais de 500 câmeras instaladas por todo o território, bem como o compartilhamento de dados que se dá através de conferência sem fio de sensores distribuídos em pontos estratégicos⁶⁸.

Para o Rio, um dos pontos mais importantes para que a iniciativa prospere é obter um bom diálogo com os cidadãos e promover a inclusão necessária destes. A aposta dos idealizadores da iniciativa, em parceria com a prefeitura do município, é na inclusão digital. Para que isso seja atingido, a cidade desenvolveu um projeto denominado “Rio Digital 15 Minutos”, que contempla a construção de uma rede de Praças e Naves do Conhecimento por todo o território, para que se garanta a existência de espaços digitais e públicos de fácil acesso a toda a população. Por estimativa, o projeto tinha a pretensão da confecção de 40 unidades até o ano de 2016, porém não há detalhes sobre a conclusão dessas além da confirmação de entrega de duas Praças do Conhecimento e cinco Naves do Conhecimento.

8 UMA ANÁLISE CRÍTICA E A POSSIBILIDADE DE IMPLEMENTAÇÃO DE ASPECTOS DE CIDADES

⁶⁷ *Idem*

⁶⁸ WEISS, Marcos Cesar; BERNARDES, Roberto Carlos; CONSONI, Flavia Luciane. *Cidades inteligentes: casos e perspectivas para as cidades brasileiras*. Revista Tecnológica da Fatec Americana, v. 5, n.1. FATEC. Americana: outubro-2016/março-2017. Disponível em <http://www.redbcm.com.br/arquivos/Bibliografia/cidades_inteligentes_casos_e_perspectivas_para_as_cidades.pdf> Acesso em 17/06/2019



INTELIGENTES ESTRANGEIRAS PARA ENGAJAMENTO NO BRASIL

Há diversos aspectos que devem ser observados quando da análise das cidades inteligentes estudadas no trabalho em comento, em especial sobre duas das cidades inteligentes brasileiras, Porto Alegre e Rio de Janeiro.

Por todo o acima exposto é pacífico o entendimento de que as redes inteligentes que devem ser interligadas uma com as outras, para que o funcionamento da iniciativa inteligente seja eficiente o suficiente e gere resultados positivos e esperados de um projeto tão grandioso e complexo, é uma das ferramentas indispensáveis do plano. Em outras palavras, quando se imagina a figura das respectivas redes é possível assimilá-las a engrenagens de uma máquina, enquanto a cidade em si é a máquina em sua integridade.

Se não há um sistema de redes no plano inteligente, é possível que se torne muito mais conflituoso e complexo fazer com que haja um trabalho em conjunto entre os setores da cidade. Entretanto, não é especificamente disso que se tratam os exemplos trazidos em comento, mas sim sobre um elemento completamente indispensável para que as engrenagens operem normalmente de forma eficaz. Esse elemento não é muito aplicado no território brasileiro e, ainda, percebe-se como a sua falta afeta as iniciativas inteligentes que buscam consolidação no espaço ao lado de Curitiba – lembrando que a respectiva cidade não está isenta de críticas, apenas não aparenta se encaixar na presente situação.

De acordo com o ordenamento jurídico da República Federativa do Brasil, em sua Constituição Federal do ano de 1988, popularmente referida como “Constituição Cidadã”, foi pautada a proteção de um importante princípio na sociedade brasileira.



Os dispostos em seus artigos 5º, XXXIII⁶⁹; 37, § 3º, II⁷⁰ e 216, § 2º⁷¹, são referentes ao princípio da informação, este que garante ao cidadão a possibilidade de sua participação na sociedade, principalmente quando relativas à preservação ambiental.

Pois bem, basta uma viagem de pequena escala, tanto para Porto Alegre quanto para o Rio de Janeiro, para perceber que há algo de errado com as iniciativas inteligentes colocadas em prática. Tudo isso porque o princípio da informação não é executado em sua integralidade no país, mesmo com a força máxima da Constituição Federal.

Um dos reflexos mais comuns da má execução do princípio é o desconhecimento total das iniciativas inteligentes nas

⁶⁹ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

XXXIII - todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado; (Regulamento) (Vide Lei nº 12.527, de 2011)

⁷⁰ Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

(...)

§ 3º A lei disciplinará as formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta, regulando especialmente: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

(...)

II - o acesso dos usuários a registros administrativos e a informações sobre atos de governo, observado o disposto no art. 5º, X e XXXIII; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998) (Vide Lei nº 12.527, de 2011)

⁷¹ Art. 216. Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem:

(...)

§ 2º Cabem à administração pública, na forma da lei, a gestão da documentação governamental e as providências para franquear sua consulta a quantos dela necessitem. (Vide Lei nº 12.527, de 2011)



idades, bem como uma rede de sistemas despreparada para lidar com a população e instruí-la sobre seu trabalho. Por exemplo, mesmo com a melhoria nos casos de enchentes em Porto Alegre e com a existência de uma sirene, cujo motivo de seu toque seja para avisar os moradores das localidades próximas às margens do rio que evacuem no risco de uma iminente situação em que o rio venha a transbordar, as pessoas atingidas por esses eventos não fazem a mínima ideia de qual conduta deve ser adotada, como devem se mobilizar frente uma catástrofe e para onde devem se dirigir em busca de ajuda e/ou refúgio.

Já em relação ao Rio de Janeiro, é de conhecimento público a quantidade de deslizamentos que ocorrem todos os anos nos morros, não só da cidade como dos demais municípios do estado. Tratando-se de uma iniciativa que, em tese, deve estar preparada para a prevenção de tais eventos, como é possível que iniciativa falhe com a população atingida?

Dentre outros aspectos, o princípio da informação não só abrange o ramo discutido nos exemplos supracitados, mas também abrange o ramo da educação. A população brasileira como um todo não possui educação ambiental, somando isso à má execução do princípio se obtém como resultado a impossibilidade de geração de interesse sobre as iniciativas inteligentes. Para exemplificar, basta fazer uma pesquisa rápida nos mecanismos de busca online sobre o assunto e analisar o pensamento particular do cidadão na sessão de comentários. A população é desacreditada de que qualquer tipo de seara inteligente funcione no país e, ainda, se preocupam com o gasto econômico para com essas devido as frequentes crises que açoitam o país.

Para o cidadão brasileiro imaginar a vida em longo prazo é complexo, pois se trata de um povo munido a falhas, sem confiança alguma no sistema. Algo tão assolador e que apenas traz prejuízos para a sociedade pode ser resolvido de uma simples forma: através da boa gerência e da boa execução do princípio da informação. Dito isso, não há porque duvidar da possibilidade



de implementação de aspectos de cidades inteligentes estrangeiras no país.

Sistemas transparentes e funcionais utilizados para a construção de Songdo e a reorganização de Barcelona podem trazer benefícios inimagináveis para as cidades brasileiras. Por exemplo, o interessante sistema de sensores de subsolo aplicado em Songdo para o controle do tráfego faria uma diferente exponencial na cidade de São Paulo, bem como nas outras capitais cujo sofrimento no trânsito é demais.

No entanto, é necessário que se abra o diálogo sobre os pontos retratados. Se não há uma plena execução eficaz do princípio da informação na sociedade, é inevitável que os conflitos para a dissipação de projetos de cunho inteligente e sustentável se perdurem no tempo e deterioremem toda a evolução prática que já foi atingida.

9 CONSIDERAÇÕES FINAIS

É de se reconhecer que o papel da iniciativa das cidades inteligentes está em trazer melhorias para a vida em sociedade e proporcionar o resgate do meio ambiente danificado negligente-mente pelo homem.

O desenvolvimento dessas, porém, é lento e extenso, devendo ser compreendido e dotado de certa paciência e perseverança. Seu aprimoramento pode ser considerado de longa data, ou, em linguagem popular exagerada, pode ser considerado como eterno. No entanto, o importante a se levar das descobertas feitas sobre as cidades inteligentes são os benefícios e as necessidades que o mundo e a sua população se deparou após uma árdua história de evolução econômica desenfreada e depredação do ambiente.

Importante destacar que, como esperado, a evolução das iniciativas inteligentes são mais positivas quando implementadas em países já desenvolvidos, especialmente por conta do



investimento econômico que pode ser adicionado, e, mais ainda, pela a execução plena do princípio da informação e a preocupação na transparência dos projetos.

Entretanto, apesar de todas as falhas e conquistas obtidas nas iniciativas inteligentes realizadas em solo brasileiro, é de se observar que o país é mais do que capaz de alcançar o ritmo, a evolução e os resultados de qualquer outro país desenvolvido. Basta a exigência da execução do princípio da informação para que outras áreas sejam melhores desenvolvidas e abram espaço para a discussão do assunto, não só na sua seara ambiental, mas expandindo para todos os outros setores, como bem se deve ser.

Os benefícios que uma iniciativa inteligente pode trazer para o país são transparentes através do caso de Curitiba, mas podem ser muito mais a partir de uma mudança de postura radical quanto à discussão da pauta.

Noutra esteira, mesmo que muitos estudiosos do caso ainda estejam indecisos quanto a quem uma cidade inteligente estaria atendendo e se elas, de fato, geram benefícios para a sociedade, através da pesquisa realizada, é de se compreender que a resposta para essa pergunta está no interesse dos idealizadores e dos governos das localidades onde as iniciativas serão aplicadas. A visão da iniciativa é o que a define e, até então, não foram encontrados estudos de cidades inteligentes que não se baseiam na inclusão de algum grupo da sociedade em sua participação.

Destarte as divergências existentes, acredita-se que o horizonte perante as cidades inteligentes é vasto, um espaço em branco pronto para ser preenchido e discutido de forma civilizada e visando ao bem comum, tanto para a sociedade quanto para o meio ambiente.

Em tempos onde desastres ambientais ocorrem com cada vez mais frequência ao mesmo tempo em que a temperatura do planeta aumenta devido aos danos causados no passado e perpetuados no presente, a necessidade de se manter o diálogo vivo é mais do que imensurável.



Por todo o acima exposto, espera-se que a idealização, promoção e execução das iniciativas de cidades inteligentes desflorem em lugares onde ainda não houve uma propagação e, ainda, que atinjam o seu ápice em lugares onde a informação não é executada corretamente.

O futuro está assentado na pauta de cidades inteligentes como um modo de preservação das espécies e do planeta Terra.



REFERÊNCIAS

- AIETA, Vania Siciliano. Cidades Inteligentes: uma proposta de inclusão dos cidadãos rumo à ideia de “Cidade Humana”. Revista de Direito da Cidade, v.8, n.4, Rio de Janeiro: 2016. Disponível em <www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rdc/article/download/25427/19155> Acesso em 11/11/2018
- BAKICI, Tuba; ALMIRALL, Esteve; WAREHAM, Jonathan. A Smart City Initiative: the Case of Barcelona. Journal of the Knowledge Economy, vol. 4, n. 2. Springer. Berlin: 2013. Disponível em <<https://link.springer.com/content/pdf/10.1007%2Fs13132-012-0084-9.pdf>> Acesso em 01/06/2019
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em 17/06/2019
- BUHRING, Marcia Andrea. Cidades resilientes a catástrofes: o exemplo de Porto Alegre. A cidade: uma construção interdisciplinar. EDUCS. Caxias do Sul: 2016. Disponível em <<https://www.ucs.br/site/midia/arquivos/ebook-a-cidade.pdf>> Acesso em 11/11/2018

- CISCO. A iniciativa Cidade inteligente de Barcelona orientada pela IoE reduz as contas de abastecimento de água, aumenta as receitas de estacionamento, cria empregos e muito mais. San Jose: 2014. Disponível em <https://www.cisco.com/c/dam/m/pt_br/ioe/public_sector/pdfs/Jurisdictions/Barcelona_Jurisdiction_Profile_final.pdf> Acesso em 01/06/19
- GEA, Tomas; PARADELLS, Josep; LAMARCA, Mariano; ROLDÁN, David. Smart cities as an application of Internet of Things: Experiences and lessons learnt in Barcelona. 2013 Seventh International Conference on Innovative Mobile and Internet Services in Ubiquitous Computing. IEEE. Taiwan: 2013. Disponível em <<https://ieeexplore.ieee.org/stamp/stamp.jsp?tp=&arnumber=6603732&tag=1>> Acesso em 04/06/2019
- GOMES, Francisco Moraes; AGUIAR, Alexandre de Oliveira e; CAMPOS, Valéria Nagy de Oliveira. Songdo: Inteligente e Sustentável? Críticas e perspectivas. I Simpósio Brasileiro Online de Gestão Urbana. ANAP. São Paulo: 2017. Disponível em <<https://www.amigosdanatureza.org.br/eventos/data/inscricoes/1793/form9776406.pdf>> Acesso em 10/06/2019
- GUEDES, Ana; MOTA, Joana; TAVARES, Mariana, ABREU, Renato. Cidades Inteligentes – “Smart Cities”. Infra-estrutura tecnológica: caracterização, desafios e tendências. Faculdade de Engenharia da Universidade do Porto, Projeto FEUP. Porto: 2014/2015. Disponível em <https://paginas.fe.up.pt/~projfeup/submit_14_15/uploads/relat_GI7.pdf> Acesso em 06/05/2019
- LEITE, Carlos. Cidades Sustentáveis. Cidades Inteligentes. Desenvolvimento sustentável num planeta urbano / Carlos Leite, Juliana di Cesare Marques Awad. Bookman. Porto Alegre: 2012.
- MOREIRA, Paula Gomes. A conferência das Nações Unidas



sobre o meio ambiente e desenvolvimento e seu legado na política ambiental brasileira. Anais do seminário nacional da pós-graduação em Ciências Sociais – UFES, v.1, n.1. Vitória: 2011. Disponível em <<http://periodicos.ufes.br/SNPGCS/article/view/1522>> Acesso em 11/11/2018

NAZO, Georgette Nacarato; MUKAI, Toshio. O direito ambiental no Brasil: evolução histórica e a relevância do direito internacional do meio ambiente. *Revista de Direito Ambiental: RDA*, v. 7, n. 28, out/dez. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. Disponível em <bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/download/47761/45557> Acesso em 10/11/2018

PANASSOLO, Lorenzo. Cidades Inteligentes: conheça Songdo. UNISINOS. São Leopoldo: 2018. Disponível em <<http://www.unisinis.br/noticias/inovacao/cidades-inteligentes-conheca-songdo>> Acesso em 16/06/2019

PELLICER, Soledad; SANTA, Guadalupe; BLEDA, Andres L.; MAESTRE, Rafael; JARA, Antonio J.; SKARMETA, Antonio Gomez. A Global Perspective of Smart Cities: A Survey. 2013 Seventh International Congress on Innovative Mobile and Internet Services in Ubiquitous Computing. IEEE. Taiwan: 2013. Disponível em <<https://ieeexplore.ieee.org/stamp/stamp.jsp?tp=&arnumber=6603712>> Acesso em 06/05/2019

SOUZA, Caio Guimarães; NEVES, Leonardo Ribas M. das; LAGE, Renan Araujo. *Cidades Inteligentes*. Grupo de Teleinformática e Automoção da Universidade Federal do Rio De Janeiro. Rio de Janeiro: 2012. Disponível em <https://www.gta.ufrj.br/grad/12_1/cid_inteligente/index.html> Acesso em 11/11/2018

WEISS, Marcos Cesar; BERNARDES, Roberto Carlos; CONSONI, Flavia Luciane. Cidades inteligentes: casos e perspectivas para as cidades brasileiras. Revista



Tecnológica da Fatec Americano, v. 5, n.1. FATEC. Americana: outubro-2016/março-2017. Disponível em <http://www.redbcm.com.br/arquivos/Bibliografia/cidades_inteligentes-_casos_e_perspectivas_para_as_cidades.pdf> Acesso em 17/06/2019



O MANDADO DE INJUNÇÃO COMO ARGUMENTO ESTRATÉGICO PARA O AVANÇO DO ATIVISMO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Henrique Augusto Figueiredo Fulgêncio¹

Resumo: Neste artigo, buscamos compreender, de forma mais precisa, o papel desempenhado pelo Mandado de Injunção (MI) no movimento de expansão dos poderes do Supremo Tribunal Federal (STF), observado ao longo das últimas décadas. Trata-se de tentativa de conciliar dois diagnósticos aparentemente divergentes: de um lado, a avaliação abrangente de que o STF tem ampliado excessivamente sua autoridade em detrimento dos demais Poderes, o que seria evidenciado pela possibilidade de utilização do MI para suprir as omissões legislativas; e, de outro, a constatação empírica de que a atuação do STF na sede específica do MI tem sido insatisfatória, uma vez que serviu, até agora, para regulamentar poucos direitos, em benefício de grupos sociais determinados. Partindo de informações extraídas de investigação quantitativa realizada sobre o MI, bem como da análise de casos qualitativamente relevantes, em que o STF proferiu decisões com efeitos aditivos em processos de outras espécies, o presente artigo argumenta que a drástica modificação dos efeitos do MI implementada pelo STF a partir de 2007 revelou-se exitosa, na verdade, para o fim de fortalecer o próprio STF, e não para aprimorar o funcionamento do MI como garantia voltada à concretização generalizada de direitos.

¹ Doutor e mestre em Direito pela Universidade de Brasília. Coordenador da Pós-graduação da Escola da Advocacia-Geral da União. Vice Editor da Revista da Advocacia-Geral da União. Membro do Grupo de Pesquisa em Política e Direito da Universidade de Brasília e membro da Advocacia-Geral da União.



Palavras-chave: Mandado de Injunção. Supremo Tribunal Federal. Omissão inconstitucional. Ativismo judicial. Diálogo constitucional.

THE WRIT OF INJUNCTION AS A STRATEGIC ARGUMENT FOR ADVANCING THE ACTIVISM OF THE FEDERAL SUPREME COURT

Abstract: In this article, we seek to understand, more precisely, the role played by the Writ of Injunction (WI) in the movement to expand the powers of the Federal Supreme Court (FSC), observed over the past decades. It is an attempt to reconcile two apparently divergent diagnoses: on the one hand, the comprehensive assessment that the FSC has excessively expanded its authority to the detriment of the other Powers, which would be evidenced by the possibility of using the WI to fill legislative omissions; on the other, the empirical finding that the FSC's performance at the specific field of the WI has been unsatisfactory, since it has served, so far, to regulate few rights, to the benefit of certain social groups. Based on information extracted from quantitative research on the WI, as well as the analysis of qualitatively relevant cases, in which the FSC rendered judgments with additive effects in processes of other kinds, this article argues that the drastic modification of the effects of WI implemented by the FSC as of 2007 proved successful, in fact, to strengthen the FSC itself, and not to improve the functioning of the WI as a guarantee aimed at the generalized realization of rights.

Keywords: Writ of Injunction. Federal Supreme Court. Unconstitutional omission. Judicial activism. Constitutional dialogue.

1 INTRODUÇÃO



par de sua tradicional posição de preeminência em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário, o Supremo Tribunal Federal (STF) tem desempenhado papel central no processo político nacional. Nos últimos anos, praticamente todas as controvérsias políticas de maior relevância ou repercussão foram submetidas à avaliação do tribunal, que, em alguns casos, proferiu decisões sobre temas que nem sequer constavam da agenda governamental ou a respeito dos quais os demais Poderes constituídos ainda não haviam deliberado de forma expressa e específica².

Esse movimento de singular expansão da autoridade do STF em relação às instâncias inferiores do Judiciário e, especialmente, em detrimento dos outros Poderes estatais foi identificado há mais de uma década por Oscar Vilhena Vieira³, que cunhou o termo *supremocracia* para designá-lo. Em sua perspectiva, o STF tornou-se “[...] uma instituição singular em termos comparativos, seja com sua própria história, seja com a história de cortes existentes em outras democracias, mesmo as mais proeminentes”⁴. Essa percepção é partilhada pelo jurista português Carlos Blanco de Moraes⁵, em cujas palavras “o STF é uma corte constitucional sem paralelo entre as demais [...]” e “[...] que se tornou a mais poderosa do mundo à custa do enfraquecimento dos demais poderes e de uma certa nominalização da Constituição”.

Embora a autoridade do STF esteja sendo desafiada de

² ARGUELHES, Diego Wernick; RIBEIRO, Leandro Molhano. Criatura e/ou criador: transformações do Supremo Tribunal Federal sob a Constituição de 1988. *Revista Direito GV*, Rio de Janeiro, v. 12, n. 2, p. 405-440, maio/ago. 2016.

³ VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 4, n. 2, p. 441- 464, jul./dez. 2008.

⁴ Ibidem, p. 444.

⁵ MORAIS, Carlos Blanco de. Supremo não tem hesitado em derrogar tacitamente a Constituição Federal. Entrevistador: Brenno Grillo. *Consultor Jurídico*, São Paulo, 2 abr. 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-abr-02/entrevista-carlos-blanco-moraes-professoruniversidade-lisboa>. Acesso em: 26 fev. 2021.



maneira mais enfática na legislatura em curso, seja por meio de propostas destinadas a modificar o processo de indicação dos seus membros e a limitar seus poderes de deliberação e decisão, seja mediante ameaças de descumprimento aos seus julgados por agentes públicos de outros Poderes, o diagnóstico da *supremocracia* permanece, em linhas gerais, atual.⁶ O ministro Dias Toffoli, desde sua posse na presidência do STF, tem discursado em defesa da harmonia entre os Poderes, do diálogo institucional e da autocontenção do Judiciário⁷, mas o tribunal não parece disposto a abrir mão do exercício de uma versão forte do controle judicial⁸, que inclui a possibilidade de fixação de critérios normativos pelo próprio STF em temas destituídos de regulamentação legal, bem como de substituição do resultado de deliberações parlamentares por diretrizes estabelecidas judicialmente.

Dentre os fatores apontados como responsáveis pela concentração de poderes no STF sob a Constituição de 1988, Vieira⁹ menciona a concessão de competências superlativas ao tribunal. Nesse ponto, o jurista salienta a atribuição conferida ao STF de julgar as omissões inconstitucionais dos demais Poderes e, por meio do Mandado de Injunção (MI), assegurar implementação imediata e direta aos direitos fundamentais dependentes de regulamentação.

Não obstante o destaque recebido no diagnóstico sobre a *supremocracia*, a história do MI no STF tem se revelado frustrante até o momento, especialmente para quem depositava

⁶ VIEIRA, Oscar Vilhena. Por que me preocupo com a autoridade do Supremo Tribunal Federal. *Consultor Jurídico*, São Paulo, 11 jan. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-jan-11/oscar-vilhena-vieira-me-preocupo-autoridade-stf>. Acesso em: 26 fev. 2021.

⁷ DIAS, Marina. Toffoli cita problemas de juízes na política e defende autocontenção do Judiciário. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 14 maio 2019. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2019/05/toffoli-cita-problemas-de-juizes-na-politica-e-defende-autocontencao-do-judiciario.shtml>. Acesso em: 26 fev. 2021.

⁸ TUSHNET, Mark. *Weak courts, strong rights: judicial review and social welfare rights in comparative constitutional law*. Princeton: Princeton University Press, 2008.

⁹ VIEIRA, 2008.



nesse instituto suas esperanças por um rompimento com a tradição brasileira de violação dos direitos sociais e por uma reestruturação, conduzida pela Constituição, da nossa sociedade em bases mais igualitárias. Mesmo depois de superado o entendimento que limitava seus efeitos à mera declaração da omissão e à cientificação do órgão em mora¹⁰, o MI permaneceu produzindo resultados muito aquém dos que lhe foram projetados durante a Assembleia Constituinte de 1987-1988, quadro que também não foi alterado pela superveniência da Lei n. 13.300/2016, responsável pela regulamentação do instituto.

Essa constatação é embasada em pesquisa empírica que tem por objeto os MIs impetrados perante o STF ao longo das primeiras três décadas de vigência da Constituição¹¹. De modo sintético, essa investigação revelou que as decisões de procedência proferidas pelo STF em sede de MI trataram de pouquíssimos temas e produziram regulamentações normativas que favorecem, basicamente, categorias de servidores públicos e de trabalhadores que possuem empregos formais. De fato, os 3.697 MIs julgados procedentes pelo tribunal entre 05/10/1988 e 05/10/2019 versaram sobre 9 assuntos distintos, tendo contribuído, de maneira relevante, para a regulamentação legal de 3 temas constitucionais (aviso prévio proporcional, anistia política concedida aos aeroviários e definição do número de representantes dos Estados na Câmara dos Deputados), além de ensejar a definição, em caráter precário, de parâmetros normativos

¹⁰ O entendimento original do STF, que impunha referidos limites ao MI, fora fixado em 23/11/1989, no julgamento da Questão de Ordem suscitada no MI 107. Embora tenha sofrido adaptações ao longo dos anos que se seguiram, essa compreensão somente foi superada em 2007, quando o STF, ao julgar procedentes MIs sobre os direitos de aposentadoria especial e de greve de servidores públicos (MI 721, julgado em 30/08/2007; e MIs 670, 708 e 712, julgados em 25/10/2007), estabeleceu parâmetros normativos provisórios para viabilizar sua concretização.

¹¹ FULGÊNCIO, Henrique Augusto Figueiredo. *O Mandado de Injunção na Constituinte e no Supremo Tribunal Federal: expectativas, resultados, críticas e perspectivas*. 2018. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2018.



provisórios para o exercício de outros 3 direitos (greve, aposentadoria especial dos servidores e criminalização da homotransfobia). Além de constituírem um conjunto muito reduzido de temas, nenhum deles é imediatamente relacionado à melhoria da situação de marginalidade enfrentada pelos brasileiros miseráveis ou realmente pobres, que correspondem a mais de um quarto da população do País¹²; e apenas 1 diz respeito a grupos sociais minoritários.

Diante disso, questiona-se: como conciliar a insatisfatória atuação do STF na sede específica do MI com o diagnóstico abrangente de excessiva expansão dos poderes do tribunal ao longo das duas últimas décadas? A importância do MI para esse movimento de expansão se circunscreve aos resultados pontuais mencionados anteriormente? Ou, em vez disso, procede a afirmação de que o MI acabou se tornando um complicador desnecessário à realização dos direitos constitucionais, razão pela qual deveria ser revogado¹³?

As questões ora suscitadas não encontram respostas categóricas nos dados fornecidos pela pesquisa empírica mencionada acima, a qual possui enfoque quantitativo. De modo diverso, a presente investigação adota abordagem qualitativa, em que se acomodam perguntas de pesquisa e objetivos mais abertos e fluidos, e cujo percurso não é direcionado com rigorosa precisão desde seus passos iniciais. Não se pretende, portanto, oferecer respostas taxativas a perguntas bem delimitadas, a partir de hipóteses previamente especificadas, mas sim desenvolver

¹² De acordo com a Síntese de Indicadores Sociais apresentada em 2017 pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, utilizando-se a linha de corte de 5,5 dólares por dia de rendimento domiciliar *per capita*, 25,4% da população brasileira se encontra em situação de pobreza. (IBGE. *Síntese de indicadores sociais*: uma análise das condições de vida da população brasileira - 2017. Rio de Janeiro: IBGE, 2017. Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101459.pdf>. Acesso em: 26 fev. 2021).

¹³ BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.



uma possibilidade promissora de compreensão a respeito do papel e da importância do MI no movimento de concentração de poderes no STF.

A pesquisa assume, destarte, caráter preponderantemente especulativo¹⁴, orientando-se ao oferecimento de hipóteses sobre tais problemas abrangentes e que ainda não foram satisfatoriamente investigados. De forma sintética, a ideia é apresentar possibilidades de respostas às perguntas de pesquisa que sejam compatíveis com as indicações provenientes dos dados estatísticos existentes sobre o MI e com as informações extraídas de casos qualitativamente relevantes, nos quais o STF proferiu decisões com efeitos aditivos em instrumentos processuais diversos do MI.

O objetivo de aprimorar a compreensão acerca do significado do MI parte, especialmente, de *rastros teóricos* deixados por dois juristas, cujas perspectivas sobre o instituto em exame são exploradas nas duas seções do desenvolvimento deste artigo. Na primeira delas, toma-se, como elemento central, a afirmação de Barroso¹⁵ segundo a qual o MI não passaria de um complicador desnecessário à concretização dos direitos, cuja revogação seria necessária. Esse entendimento, baseado na premissa de que qualquer juízo seria competente para integrar a ordem jurídica nos casos concretos em que constatada a existência de lacuna normativa, é confrontado com a compreensão que prevaleceu no âmbito da Constituinte de 1987-1988 e que é defendida por teóricos que diferenciam os institutos da lacuna legal e da omissão inconstitucional, em articulação com a evolução observada na hermenêutica jurídica e no constitucionalismo durante o século XX. Já a última seção é destinada ao desenvolvimento do raciocínio esboçado por Benvindo¹⁶ no sentido de que o MI serviu de

¹⁴ ARGUELHES; RIBEIRO, op. cit.

¹⁵ BARROSO, 2006.

¹⁶ BENVINDO, Juliano Zaiden. Mandado de injunção em perigo: os riscos da abstração de seus efeitos no contexto do ativismo judicial brasileiro. *Observatório da Jurisdição Constitucional*, Brasília, ano 5, p. 1-22, 2011/2012. Disponível em:



forte argumento estratégico para consolidar a expansão da autoridade do STF, não obstante sejam muito poucos os direitos efetivamente regulamentados em decorrência da utilização desse instituto.

2 A ASSIMILAÇÃO ENTRE AS CATEGORIAS DA LACUNA LEGAL E DA OMISSÃO INCONSTITUCIONAL COMO FUNDAMENTO TEÓRICO DA TRIVIALIZAÇÃO DO MANDADO DE INJUNÇÃO

Em edições anteriores de sua obra sobre *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, Luís Roberto Barroso¹⁷ sustentou que o MI já havia esgotado seu ciclo histórico, tendo se tornado um instrumento prescindível, se não um verdadeiro óbice, à concretização dos direitos constitucionais. A afirmação de Barroso¹⁸ parte da premissa de que, diante de lacuna normativa capaz de impedir o exercício de um direito, caberia ao juízo competente para o caso integrar a ordem jurídica, tal como determina o art. 4º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro, à época denominada Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro e que corresponde ao Decreto-Lei n. 4.657/1942.¹⁹ Barroso²⁰ propôs, nessa linha, a incorporação de norma parecida à constante desse dispositivo legal no texto do art. 5º, § 1º, da Constituição, o que permitiria ao julgador, nas hipóteses de falta de norma regulamentadora, formular a regra que disciplinaria o caso concreto submetido à sua apreciação.

Propostas bastante semelhantes à de Barroso foram debatidas no âmbito da Assembleia Constituinte. Aliás, o texto do

https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2523878. Acesso em: 26 fev. 2021.

¹⁷ BARROSO, 2006.

¹⁸ Ibidem.

¹⁹ Referido dispositivo legal dispõe que, “quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”.

²⁰ BARROSO, 2006.



Anteprojeto elaborado pela Comissão Afonso Arinos já previa que “na falta ou omissão da lei o juiz decidirá o caso de modo a atingir os fins da norma constitucional”²¹. Essa previsão foi reproduzida pelo deputado Darcy Pozza (PDS) no Anteprojeto do Relator da Subcomissão dos Direitos e Garantias Individuais²², mas acabou não permanecendo no Anteprojeto da própria Subcomissão²³, documentos esses que também contemplavam sugestões para o MI. Na fase posterior do processo constituinte, a matéria voltou a ser tratada no âmbito da Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher. Mediante a aprovação de emendas dos constituintes Michel Temer (PMDB), José Ignácio Ferreira (PMDB) e Stélio Dias (PFL), o Anteprojeto dessa Comissão admitiu que as lacunas fossem supridas nos casos concretos “[...] à luz dos princípios fundamentais da Constituição e das Declarações Internacionais de Direitos de que o País seja signatário”²⁴.

As propostas descritas partiam da ideia de que todas as normas constitucionais ou, ao menos, aquelas que consagram direitos fundamentais deveriam ser autoaplicáveis, de modo que os métodos tradicionais de integração seriam suficientes para

²¹ BRASIL. Comissão Provisória de Estudos Constitucionais (1985-1986). Anteprojeto Constitucional, elaborado pela Comissão Provisória de Estudos Constitucionais, instituída pelo Decreto nº 91.450, de 18 de julho de 1985. *Diário Oficial da União*: seção 1, Brasília, DF, ano 124, n. 185, 26 set. 1986. Suplemento especial, p. 1-61. Disponível em: <http://www.senado.leg.br/publicacoes/anaais/constituante/AfonsoArinos.pdf>. Acesso em: 26 fev. 2021. p. 5.

²² BRASIL. Assembléia Nacional Constituinte (1987-1988). *Anteprojeto do Relator da Subcomissão dos Direitos e Garantias Individuais*. Brasília, 1987c. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/internet/constituicao20anos/DocumentosAvulsos/vol-78.pdf>. Acesso em: 26 fev. 2021.

²³ BRASIL. Assembléia Nacional Constituinte (1987-1988). *Anteprojeto da Subcomissão dos Direitos e Garantias Individuais*. Brasília, 23 maio 1987b. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/internet/constituicao20anos/DocumentosAvulsos/vol-81.pdf>. Acesso em: 26 fev. 2021.

²⁴ BRASIL. Assembléia Nacional Constituinte (1987-1988). *Anteprojeto da Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher*. Brasília, jun. 1987a. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/internet/constituicao20anos/DocumentosAvulsos/vol-69.pdf>. Acesso em: 26 fev. 2021. p. 21.

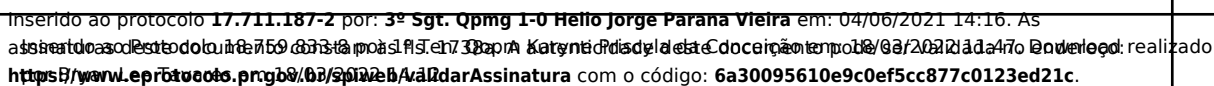


resolver eventuais situações de lacuna, seja em sede de MI, seja no julgamento de outros tipos de processos. Isso ficou claro, por exemplo, nas Emendas n. 15.698 e 16.562, apresentadas pelos deputados Basílio Villani (PMDB) e Antônio Carlos Konder Reis (PDS) ao Projeto de Constituição da Comissão de Sistematização, nas quais se considerou que as previsões de aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais e da possibilidade de suprimento da lacuna pelo juiz do caso concreto esvaziariam de significado o MI, o qual deveria, então, ser suprimido²⁵.

De sua parte, defensores do MI e da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) procuraram diferenciar o instituto da inconstitucionalidade por omissão, que pretendiam incluir na Constituição como uma novidade, das antigas técnicas de integração da lei. Alegavam, também, que a atribuição a todos os juízes de competência para suprir lacunas sobre matéria constitucional envolvia o risco de multiplicação de decisões contraditórias, bem como colocava em risco a separação de Poderes. Entre as duas possibilidades em confronto, o deputado Bernardo Cabral, relator da Comissão de Sistematização, optou pela manutenção dos instrumentos de controle da omissão inconstitucional sob o argumento de serem “[...] novas garantias constitucionais, que devem ser mantidas no texto e enriquecem e aperfeiçoam o ordenamento constitucional”²⁶. Outras tentativas de supressão do MI e de inclusão, no texto constitucional, de dispositivos que admitiam o suprimento das lacunas nos casos concretos foram igualmente rejeitadas nas fases posteriores do processo constituinte.

²⁵ BRASIL. Assembléia Nacional Constituinte (1987-1988). *Projeto de Constituição: emendas oferecidas em Plenário* (Volume III – Emendas 14136 a 20791). Brasília, ago. 1987e. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/internet/constituicao20anos/DocumentosAvulsos/vol-229.pdf>. Acesso em: 26 fev. 2021.

²⁶ BRASIL. Assembléia Nacional Constituinte (1987-1988). *Parecer sobre as Emendas oferecidas em Plenário ao Projeto de Constituição*. Brasília, ago. 1987d. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/internet/constituicao20anos/DocumentosAvulsos/vol-234.pdf>. Acesso em: 26 fev. 2021. p. 465.





lacunas; e, além de outros diplomas normativos posteriores, a Lei de Introdução ao Código Civil, editada com essa designação em 1942. Esses diplomas normativos são mencionados por Gico Junior³¹ em trabalho relacionado às diferentes hipóteses nas quais o Poder Judiciário está autorizado a criar regras pelo ordenamento brasileiro, em que o autor deixa bem marcada a diferença entre as atividades de integração de lacunas legais e de controle de constitucionalidade, as quais tiveram origem em momentos históricos bastante diferenciados e são desempenhadas sob justificativas diversas.

Souza³² também considera que a necessidade de integração do direito é uma ideia antiga, estando presente, por exemplo, no direito romano clássico. Salienta, no entanto, que a questão das lacunas somente foi compreendida como uma questão teórica a partir da concepção do direito como um sistema de normas; até então, era enfrentada como um problema eminentemente prático. A seu ver, referida questão teórica assumiu contornos bem definidos na tensão entre essa concepção sistemática do direito, que o compreende sob o dogma da completude, e os problemas sociais que demandavam soluções novas.

Costa³³ identifica essa tensão com a virada sociológica observada no campo da hermenêutica jurídica na passagem do século XIX para o século XX. Nesse momento, os Estados Liberais entraram em crise, assim como o direito positivo e o discurso jurídico que haviam construído. O sistema liberal não oferecia soluções adequadas para os novos problemas sociais

³¹ GICO JUNIOR, 2018.

³² SOUZA, Luiz Sérgio Fernandes de. Lacunas no direito. In: CAMPILONGO, Celso Fernandes; GONZAGA, Alvaro de Azevedo; FREIRE, André Luiz (coord.). *Enciclopédia jurídica da PUC-SP: Teoria Geral e Filosofia do Direito*. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/159/edicao-1/lacunas-no-direito>. Acesso em: 26 fev. 2021.

³³ COSTA, Alexandre Araújo. *Direito e método: diálogos entre a hermenêutica filosófica e a hermenêutica jurídica*. 2008. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2008.



decorrentes dos processos de industrialização e de urbanização, o que demandava sua modificação. Nesse período, no entanto, a força inercial do sistema existente se mostrou mais forte do que os movimentos de alteração legislativa, de modo a impedir que os textos vigentes fossem formalmente modificados. A saída encontrada pelos juristas para enfrentar essa crise de legitimidade consistiu em lançar mão do discurso hermenêutico, que lhes permitia alterar o direito mediante a atribuição de novos sentidos aos textos preexistentes, bem como por meio da identificação e integração de lacunas.

Não obstante, seja por meio da interpretação das leis vigentes, seja por meio da integração de lacunas, os teóricos vinculados ao positivismo sociológico sustentavam que não cabia aos juízes criar autonomamente o direito, mas apenas revelar o direito espontaneamente surgido na sociedade, com exceção de determinadas vertentes minoritárias e de repercussão prática reduzida. Nessa perspectiva, a atividade de interpretação passou a viabilizar uma espécie de atualização do direito a partir das finalidades sociais implícitas na norma, sem que isso significasse, ao menos de forma declarada, a atribuição aos juízes de liberdade para criar o direito de forma subjetiva e autônoma.

Ainda no relato de Costa³⁴, a estratégia hermenêutica não foi capaz de solucionar a crise descrita, o que somente foi possível por meio da efetiva modificação do direito positivo em bases constitucionais, caracterizada pela transição do Estado Liberal para o Estado Social. Isso ocorreu em momento posterior, notadamente a partir das décadas de 1930 e 1940, quando os elementos de cunho social até então externos ao sistema jurídico foram incorporados em seu âmbito na forma de novos direitos, cuja efetividade dependia de providências positivas por parte do Estado. Nesse contexto de um direito renovado, os desafios enfrentados pela hermenêutica jurídica também foram modificados: “[...] as estratégias de alargamento do direito para além da

³⁴ Ibidem.



legislação passaram a ser substituídas por estratégias de garantia de efetividade da legislação ampliada³⁵. Uma das principais evidências dessa transição, segundo Costa³⁶, foi justamente o abandono do tradicional problema concernente às lacunas, o qual, com exceção de situações muito especiais, deixou de ser relevante “[...] quando o próprio direito legislado passou a atribuir aos cidadãos mais direitos do que o Estado era capaz de assegurar na prática, especialmente levando-se em conta que os direitos de segunda geração somente são garantidos por meio de políticas públicas adequadas”.

Nessa perspectiva, a categoria da lacuna legal foi especialmente importante para a correção de falhas pontuais de uma legislação desatualizada, a qual, embora estivesse em vigor, não era suficiente para cobrir todos os casos submetidos ao Poder Judiciário. Essa atividade corretiva parte, portanto, de uma legislação já existente e é feita caso a caso, sem a pretensão de provocar a criação autônoma de regras abstratas, mas apenas de identificar normas que já faziam parte do direito não legislado. O advento dos direitos sociais e de sua positivação nos textos constitucionais suscitou, entretanto, desafios diferentes.

De acordo com Canotilho³⁷, a transição da modalidade de Estado Liberal para a de Estado Social é caracterizada, dentre outros aspectos, pela proliferação de imposições constitucionais de caráter social e econômico a serem cumpridas pelos órgãos e entidades estatais. De modo semelhante, García-Pelayo³⁸ afirma que o Estado Social constituiu uma tentativa de adaptação do Estado Liberal burguês às condições da civilização industrial e pós-industrial, as quais envolviam problemas cujo

³⁵ Ibidem, p. 318.

³⁶ Ibidem, p. 317.

³⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra: Coimbra Editora, 1982.

³⁸ GARCÍA-PELAYO, Manuel. *As transformações do estado contemporâneo*. Tradução de Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2009.



enfrentamento demandava uma atuação estatal permanente e generalizada. A lei, que, na concepção oferecida pela doutrina clássica da divisão de Poderes, servia precipuamente para proteger a esfera individual e para criar uma ordem geral para a ação de outros atores, teve seu significado ampliado para abranger medidas de legislação governamental adotadas como instrumentos de intervenção permanente do Estado no processo econômico e social. Foi esse contexto que deu ensejo à categoria da omissão inconstitucional, tendo como referência fundamental a Constituição dirigente, caracterizada por veicular imposições legiferantes e por determinar, mediante normas programáticas, a realização de tarefas e a prossecução de fins pelo Estado³⁹.

Assim, embora apresentem pontos de contato e frequentemente recebam as mesmas designações, as categorias da lacuna legal e da omissão inconstitucional não são assimiláveis entre si. A propósito, Moraes⁴⁰ traça com clareza a distinção assumida entre tais categorias no direito português, apesar da aproximação que este lhes confere para possibilitar o controle de constitucionalidade por ação nos casos de norma incompatível com o princípio da igualdade. Para Moraes⁴¹, as omissões absolutas, que correspondem às omissões propriamente ditas, ocorrem nos casos em que a autoridade competente não satisfaz seu dever de editar o ato normativo necessário para dar concretização a uma norma constitucional. Não se trata, portanto, de falhas da legislação passíveis de correção por meio de uma norma isoladamente fabricada no caso concreto, mas de verdadeiros vazios regulatórios, cujo suprimento reclama o exercício de escolha entre opções políticas alternativas. Não podem, por regra, ser colmatadas mediante processos interpretativos ou integrativos, justamente por envolverem a realização de escolhas desse tipo. Já a integração de lacunas, ainda que implique a criação de

³⁹ CANOTILHO, op. cit.

⁴⁰ MORAIS, Carlos Blanco de. *Justiça constitucional: o direito do contencioso constitucional*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2011b. t. 2.

⁴¹ Ibidem.



regras para o caso concreto, costuma ser feita a partir de elementos extraídos do próprio ordenamento jurídico, tal como se observa nas hipóteses de recurso à aplicação analógica de determinada lei, que, no caso das omissões absolutas, simplesmente não existe.

Ademais, as omissões próprias configuram-se como violações de relevância constitucional, cujo reconhecimento envolve uma censura à autoridade competente para editar a norma exigida pela Constituição, ao passo que as lacunas legais são falhas de regulação que contrariam a sistematicidade do ordenamento jurídico, as quais não estão necessariamente associadas às ideias de afronta à Constituição e de uma inação do legislador que mereça censura, o que não ocorre, por exemplo, quando uma lei específica deixa de regular uma situação concreta de difícil previsão. Nesses termos, Morais⁴² entende que a assimilação das omissões inconstitucionais às lacunas legais não passa de um salto lógico, um paralelismo forçado, que, no Brasil, tem servido de justificativa para que qualquer juízo possa, em processos comuns, suprir todos os tipos de omissão, atuando “[...] como um legislador supletivo onde não haja sequer direito decidido, para inovar normativamente ditando políticas sociais públicas à medida de suas pré-compreensões políticas e filosóficas [...]”.⁴³

⁴² MORAIS, Carlos Blanco de. Direitos sociais e controlo de inconstitucionalidade por omissão no ordenamento brasileiro: activismo judicial momentâneo ou um novo paradigma? *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*, Belo Horizonte, ano 5, n. 20, p. 211-243, out./dez. 2011a. p. 228.

⁴³ Embora parta de conceitos diferentes dos ora empregados, Fábio Lima Quintas também sustenta ser inadequada a assimilação entre a superação da omissão legislativa inconstitucional e a integração normativa que identifica a regra adequada para o caso. Em seu entendimento, há, no sistema jurídico brasileiro, uma forma própria de enfrentar as situações de omissão legislativa, o que se faz no âmbito da jurisdição constitucional, e não da jurisdição ordinária. Trata-se, segundo o autor, de uma decorrência da necessidade de “[...] tratar em planos distintos direito e política, aplicação do direito e declaração de inconstitucionalidade, argumentos constitucionais e infra-constitucionais”. (QUINTAS, Fábio Lima. Mandado de injunção no Supremo Tribunal Federal: de acordo com a Lei n. 13.300, de 23 junho de 2016. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 276).

A prática censurada por Morais⁴⁴ foi, a seu ver, especialmente impulsionada pela corrente doutrinária identificada como *neoconstitucionalismo*, da qual Barroso⁴⁵ é um dos mais conhecidos defensores no Brasil. Trata-se, na definição deste autor, de um novo paradigma para o direito constitucional, situado no marco do pós-positivismo, que procura superar a legalidade estrita por meio de uma leitura moral do direito. Essa concepção, em seu entendimento, possui as seguintes características: a) reconhecimento de força normativa à Constituição, compreendendo todas as normas constitucionais como dotadas de imperatividade e suscetíveis de cumprimento forçado; b) expansão da jurisdição constitucional, em detrimento do modelo de supremacia do Poder Legislativo; e c) elaboração de novos conceitos e categorias sobre a interpretação jurídica, agrupados sob a designação de *nova interpretação constitucional*, que compreende o intérprete como coparticipante do processo de criação do direito, estando autorizado a completar o trabalho do legislador por meio da realização de valorações de sentido e de escolhas entre soluções possíveis.

Por sua vez, Morais⁴⁶ considera que o *neoconstitucionalismo* tem servido para respaldar decisões judiciais que: a) desprezam a existência de diferenças muito claras entre as várias normas constitucionais ao defender que todas tenham um regime idêntico de aplicação, embora o texto constitucional exija, expressamente, a intermediação legislativa para a concretização de alguns de seus dispositivos; b) compreendem a separação de Poderes como um estorvo para a realização dos direitos sociais, substituindo-a pela atribuição ao Judiciário da última palavra

⁴⁴ MORAIS, Carlos Blanco de. O controle de inconstitucionalidade por omissão no ordenamento brasileiro e a tutela dos direitos sociais: um mero ciclo activista ou uma evolução para o paradigma neoconstitucionalista? *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, v. 78, p. 153-227, jan./mar. 2012.

⁴⁵ BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito*: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 240, p. 1-42, 2005.

⁴⁶ MORAIS, 2012.



sobre o exercício de funções públicas que a Constituição reserva aos outros Poderes; e, por meio de mecanismos da *nova interpretação constitucional*, tais como a ponderação, c) deixam de lado o texto das regras constitucionais e legais para privilegiar valores morais extraídos, pelo intérprete, de normas principiológicas, sem que tais operações sejam pautadas em critérios metodológicos de caráter científico.

A divergência entre Barroso e Morais se reflete, com nitidez, na concepção que cada um desses autores sustenta a respeito do significado do MI na ordem constitucional brasileira. Morais⁴⁷ parece concordar com a afirmação de Barroso⁴⁸ no sentido de que o MI seria prescindível caso qualquer juiz pudesse, nos casos de sua competência, suprir as omissões inconstitucionais. Para o jurista português, caso pretendesse que os tribunais comuns exercessem essa função, o legislador constitucional nem teria criado mecanismos específicos de controle da omissão. Diferentemente de Barroso⁴⁹, entretanto, que defendia o abandono do instituto e a adoção de uma outra alternativa “[...] de muito maior eficiência [...]”, Morais⁵⁰ não desconsiderou que o texto constitucional efetivamente prevê o MI e a ADO como instrumentos destinados ao controle da inconstitucionalidade por omissão, o que fragiliza a defesa de outras alternativas pelo simples fato de parecerem melhores ou mais eficientes. Assim, enquanto Barroso⁵¹ propõe a assimilação das omissões inconstitucionais às lacunas e a dispersão do poder para supri-las por todo o Poder Judiciário, o que, como visto, foi explicitamente rejeitado pela Assembleia Constituinte, Morais⁵² afasta tal assimilação e se posiciona contrariamente à possibilidade de os juízos comuns exercerem controle de constitucionalidade por omissão

⁴⁷ MORAIS, 2011a.

⁴⁸ BARROSO, 2006.

⁴⁹ Ibidem, p. 113.

⁵⁰ MORAIS, 2011a.

⁵¹ BARROSO, 2006.

⁵² MORAIS, 2011a.



fora dos processos criados para tal fim, especialmente se o exercício dessa função envolver o suprimimento judicial da omissão.

Mais recentemente, Barroso⁵³ amenizou sua posição quanto à desnecessidade do MI e passou a defender que, diante da reabilitação do instituto pela jurisprudência do STF, seria possível cogitar de sua utilidade prática para uniformizar os critérios de integração das lacunas. Essa cogitação não afasta, a seu ver, a conclusão anterior de que qualquer juízo é competente para suprir as lacunas nos casos concretos. Ocorre que o próprio exercício dessa função poderia ensejar decisões conflitantes ou não isonômicas, caso em que o MI, por se tratar de processo cuja competência para julgamento é concentrada em alguns tribunais, poderia servir para a prolação de decisões de caráter geral, em benefício da isonomia. Nessa perspectiva, o MI seria convertido em um instrumento de *abstrativização* e uniformização das decisões dos juízos comuns sobre casos que envolvessem a integração de lacunas.

A proposta de assimilar as omissões inconstitucionais às lacunas legais foi, como visto, rejeitada pela Assembleia Constituinte, que optou, em vez disso, por concentrar o julgamento dos casos de omissão inconstitucional por falta de lei federal no STF, órgão exclusivamente competente para julgar as ADOs e os MIs com esse objeto. Entretanto, conforme reconhece o próprio Barroso⁵⁴, a criação desses dois institutos e a conformação que lhes conferiu o STF não impediram “[...] que juízes e tribunais, na maioria das situações, dessem máxima efetividade às normas constitucionais [...]”. De fato, o próprio STF tem exercido funções aditivas de forma muito mais frequente em outros instrumentos processuais, que não se voltam, especificamente,

⁵³ BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

⁵⁴ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 225.



ao controle de constitucionalidade por omissão.

3 O MANDADO DE INJUNÇÃO COMO VIA PRÓPRIA PARA O CONTROLE DA OMISSÃO INCONSTITUCIONAL E O ATIVISMO SELETIVO E DISSIMULADO PRATICADO PELO SUPREMO EM OUTROS INSTRUMENTOS

Os desestímulos emitidos pelo STF ao uso do MI, consistentes na imposição de excessivas limitações formais de acesso a essa via, no reduzido quantitativo de temas julgados procedentes em sede de MI e nas severas restrições impostas aos efeitos produzidos pelo instituto nos primeiros anos de vigência da Constituição, fizeram dessa garantia constitucional promissora um ambiente hostil às iniciativas dos jurisdicionados. Após um período inicial de intensa experimentação pelos impetrantes, cujas tentativas eram, em geral, prontamente rechaçadas pelo STF, os jurisdicionados passaram a concentrar suas iniciativas nos poucos temas que já haviam sido acolhidos por decisões de procedência do tribunal. Ao mesmo tempo e, por vezes, com sucesso, outras tentativas foram feitas em instrumentos processuais incapazes, em princípio, de propiciar resultados semelhantes aos buscados pela via do MI.

As constatações expostas no parágrafo anterior são embasadas em pesquisa empírica realizada por Fulgêncio e Costa⁵⁵ a respeito do MI. Tais assertivas infirmam, em parte, a hipótese formulada por Arguelhes e Ribeiro⁵⁶ para explicar a suposta queda na utilização da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) quanto à judicialização de questões políticas. Estes autores sugeriram que, em decorrência da (re)descoberta de instrumentos até então subutilizados, a exemplo do MI e da Arguição

⁵⁵ FULGÊNCIO, Henrique Augusto Figueiredo; COSTA, Alexandre Araújo. As funções contemporâneas do Mandado de Injunção: análise empírica sobre o perfil das ações ajuizadas perante o Supremo Tribunal Federal. *Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas*, Pouso Alegre, v. 34, n. 2, p. 451-488, jul./dez. 2018.

⁵⁶ ARGUELHES; RIBEIRO, op. cit.



de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), questões que eram submetidas ao STF por meio das ADIs passaram a ser canalizadas para essas outras modalidades processuais. Na formulação dessa hipótese, Arguelhes e Ribeiro⁵⁷ levaram em conta a explosão do número de MIs ajuizados após 2007, bem como a amplitude conferida pelo STF ao objeto da ADPF. Ao menos no que diz respeito ao MI, podemos certificar que a explicação não procede, dado que referida explosão de impetrações se deve, exclusivamente, ao excessivo número de MIs sobre aposentadoria especial ajuizados após 2007: entre 01/01/2008 e 05/10/2019, cerca de 92% dos MIs ajuizados tratam, exclusivamente, desse tema. Aliás, os próprios autores rejeitaram parcialmente essa hipótese em artigo mais recente⁵⁸, em que constataram a excessiva concentração temática dos MIs ajuizados após 2007 em direitos de servidores públicos.

Mas, além disso, a presente investigação fornece elementos que sugerem o sentido inverso do redirecionamento de demandas inicialmente cogitado por Arguelhes e Ribeiro⁵⁹. Na sequência, enumeramos, em caráter exemplificativo, vários temas que, apesar de descartados em sede de MI, foram objeto de decisões com efeitos aditivos proferidas pelo STF em outros instrumentos processuais, tais como a ADI, a ADPF, o Recurso Extraordinário (RE) e o *Habeas Corpus* (HC). Embora não sejam especificamente destinados ao controle da omissão inconstitucional, esses instrumentos não apenas receberam demandas que já haviam sido objeto de MIs, como também ofereceram respostas mais satisfatórias, do ponto de vista dos postulantes, do que as fornecidas por meio do instituto em exame. Confira-se:

a) revisão geral anual: o STF não julgou procedente nenhum

⁵⁷ Ibidem.

⁵⁸ RIBEIRO, Leandro Molhano; ARGUELHES, Diego Werneck. Nem evolução, nem renascimento? Contingência e captura corporativa em três décadas de mandato de injunção. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 55, n. 219, p. 103-132, jul./set. 2018.

⁵⁹ ARGUELHES; RIBEIRO, op. cit.



dos mais de 140 MIs impetrados sobre o tema; já no Recurso em Mandado de Segurança n. 22.307 (19/02/1997)⁶⁰, estendeu aos servidores, com fundamento no princípio da isonomia e no art. 37, X, da Constituição, o reajuste de 28,86% que havia sido deferido aos militares;

- b) isonomia remuneratória entre cargos distintos: de acordo com a Súmula Vinculante n. 37⁶¹, “não cabe ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores públicos sob o fundamento de isonomia”. Em sede de MI, os processos que veiculavam semelhante pretensão foram rejeitados, em geral, pelos argumentos de que a isonomia é autoaplicável ou apenas vincula o legislador para o futuro, não cabendo ao Judiciário corrigir omissão parcial de lei existente. Esse princípio serviu de fundamento, no entanto, para o STF estender o pagamento de auxílio-moradia aos magistrados de todo o País, por meio de decisão monocrática que deu ensejo à edição da Resolução n. 199/2014 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), a qual somente foi revogada mais de 4 anos depois⁶², logo após a

⁶⁰ Os julgamentos do STF mencionados no presente trabalho podem ser consultados na página de Acompanhamento Processual do sítio eletrônico do tribunal, disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/pesquisarProcesso.asp>; acesso em: 26 fev. 2021. Sendo assim, a citação dessas decisões será realizada mediante referência à classe processual, ao número do processo, à data da conclusão do julgado e, no caso de transcrição literal, ao número da página do documento eletrônico, a não ser em situações excepcionais em que, por não constarem do sítio referido, as decisões serão referidas de forma pormenorizada. De modo semelhante, os atos normativos identificados no texto por meio de sua espécie normativa, número e ano de edição foram extraídos, em sua quase totalidade, do Portal da Legislação do governo federal, disponível em: <http://www4.planalto.gov.br/legislacao>; acesso em: 26 fev. 2021. As normas que não constam desse sítio também serão objeto de referências específicas.

⁶¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Súmula Vinculante n° 37*. Não cabe ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores públicos sob o fundamento de isonomia. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, [2014c]. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=37.NUME.%20E.%20S.FLSV.&base=baseSumulasVinculantes>. Acesso em: 26 fev. 2021.

⁶² BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Resolução n. 199, de 7 de outubro de 2014. A ajuda de custo para moradia no âmbito do Poder Judiciário, prevista no art.

- concessão de reajuste remuneratório à magistratura por meio de lei;
- c) paridade entre servidores ativos e inativos: também inspirada na isonomia, a antiga regra da paridade foi classificada pelo STF como autoaplicável (MI 381, 15/10/1996). Em sede de RE, o STF vem estendendo aos inativos parcelas remuneratórias que haviam sido legalmente deferidas apenas aos servidores ativos, como se depreende do Tema n. 602 de repercussão geral (RE 677.730, 28/08/2014) e das Súmulas Vinculantes n. 20⁶³ e 34⁶⁴;
- d) teto remuneratório: no MI 685 (13/10/2004), o STF não admitiu pedido de utilização do subsídio dos ministros que o compõem como teto para a remuneração dos servidores do Estado de São Paulo. Já na ADI 3.854 (28/02/2007), o tribunal substituiu, apenas para os magistrados, o subteto estadual pelo teto correspondente ao subsídio dos ministros do STF, por meio de interpretação conforme a dispositivo da própria

65, II, da Lei Complementar 35, de 14 de março de 1979, de caráter indenizatório, é devida a todos os membros da magistratura nacional. *Diário de Justiça Eletrônico do Conselho Nacional de Justiça*, Brasília, n. 182, p. 3, 8 out. 2014a. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/atos-normativos?documento=2076>. Acesso em: 26 fev. 2021.

⁶³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Súmula Vinculante n° 20*. A Gratificação de Desempenho de Atividade Técnico-Administrativa - GDATA, instituída pela Lei nº 10.404/2002, deve ser deferida aos inativos nos valores correspondentes a 37,5 (trinta e sete vírgula cinco) pontos no período de fevereiro a maio de 2002 e, nos termos do artigo 5º, parágrafo único, da Lei nº 10.404/2002, no período de junho de 2002 até a conclusão dos efeitos do último ciclo de avaliação a que se refere o artigo 1º da Medida Provisória nº 198/2004, a partir da qual passa a ser de 60 (sessenta) pontos. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, [2009b]. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/seq-sumula768/false>. Acesso em: 26 fev. 2021.

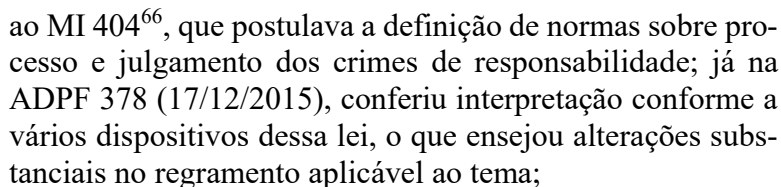
⁶⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Súmula Vinculante n° 34*. A Gratificação de Desempenho de Atividade de Seguridade Social e do Trabalho - GDASST, instituída pela Lei 10.483/2002, deve ser estendida aos inativos no valor correspondente a 60 (sessenta) pontos, desde o advento da Medida Provisória 198/2004, convertida na Lei 10.971/2004, quando tais inativos façam jus à paridade constitucional (EC 20/1998, 41/2003 e 47/2005). Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, [2014b]. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/seq-sumula785/false>. Acesso em: 26 fev. 2021.



Constituição. De modo semelhante, no julgamento do RE 663.696 (28/02/2019), o STF substituiu, em relação aos procuradores municipais, o subsídio do Prefeito pelo subsídio dos Desembargadores, como teto a ser observado em relação a tais servidores;

- e) base de cálculo do adicional de insalubridade devido a servidor público: em sede de MI, o STF negou conhecimento a vários pedidos de regulamentação do referido adicional, previsto no art. 7º, XXIII, da Constituição, de modo a que fosse calculado com base na respectiva remuneração em vez de ter como parâmetro o salário mínimo; no RE 687.395 (04/02/2014), o tribunal supriu omissão total, autorizando o cálculo do adicional a partir do vencimento básico do servidor, no caso de não haver critério legalmente fixado;
- f) aposentadoria compulsória e regras para remoção dos titulares de cartórios: ambos os temas também foram objeto de MIs descartados. Quanto à aposentadoria compulsória, o STF determinou sua incidência sobre os notários (RE 178.236, 07/03/1996), apesar da Lei n. 8.935/1994 prever, de maneira expressa, que tais agentes poderiam se aposentar por invalidez ou facultativamente. Esse entendimento somente foi alterado após a edição da Emenda Constitucional n. 20/1998. Em relação aos concursos de remoção, o STF estabeleceu diversas regras sobre a matéria, a exemplo de critérios para a pontuação dos títulos (ADI 4.178, 04/02/2010); e considerou válida a Resolução n. 81/2009 do CNJ⁶⁵, que disciplina pormenorizadamente o tema (ADI 3.580, 20/05/2015);
- g) *impeachment*: por considerar que a matéria estava regulamentada pela Lei n. 1.079/1950, o STF negou conhecimento

⁶⁵ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Resolução n. 81, de 9 de junho de 2009. Dispõe sobre os concursos públicos de provas e títulos, para a outorga das Delegações de Notas e de Registro, e minuta de edital. *Diário de Justiça Eletrônico do Conselho Nacional de Justiça*, Brasília, n. 79, p. 5-7, 16 jun. 2009a. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/104>. Acesso em: 26 fev. 2021.



- h) perda do mandato antes do trânsito em julgado: o MI 604 (14/09/1999) foi impetrado por prefeito cujo mandato havia sido cassado pela Câmara de Vereadores e, diante disso, pedia que a matéria fosse regulamentada à semelhança do disposto na Lei de Improbidade Administrativa (Lei n. 8.429/1992), a qual condiciona a perda da função pública ao trânsito em julgado da decisão condenatória. Referido MI foi descartado pelo STF por razões processuais. Na Ação Penal 694 (02/05/2017), o tribunal instituiu nova hipótese de perda automática do mandato por parlamentar condenado criminalmente;
- i) definição do número de vereadores: o MI 398⁶⁷, que versava sobre a regulamentação acerca do número de vereadores de determinado Município, não foi conhecido pelo STF, em cujo entendimento o MI não se revelava um instrumento adequado para tal finalidade. Já no RE 197.917 (24/03/2004), o STF estabeleceu fórmula para o cálculo do número de vereadores dos diversos Municípios, com fundamento nos princípios da isonomia e da razoabilidade, o que ensejou, inclusive, a edição da Resolução n. 21.702/2004 pelo Tribunal Superior Eleitoral⁶⁸;

⁶⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção 398. Impetrante: Câmara de Vereadores de Sapucaia do Sul. Impetrado: Congresso Nacional. Relator: Min. Octavio Gallotti, 1º de julho de 1992. *Diário da Justiça*: seção 1, Brasília, DF, ano 47, n. 148, p. 11418, 4 ago. 1992a.

⁶⁸ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Resolução n. 21.702, de 2 de abril de 2004. Instruções sobre o número de vereadores a eleger segundo a população de cada



- j) cláusula de barreira e propaganda eleitoral: no julgamento da ADIs 1.351 e 1.354 (07/12/2006), o STF modificou os critérios exigidos para o funcionamento parlamentar dos partidos políticos. Além de eliminar a denominada cláusula de barreira, com impacto, inclusive, na distribuição dos recursos do Fundo Partidário, o tribunal transformou normas provisórias em permanentes, de modo a preencher o vácuo normativo que havia criado. Já nas ADIs 5.487 (25/08/2016), 5.488 (31/08/2016) e 4.430 (29/06/2012), o tribunal alterou, mediante interpretação conforme, os critérios de acesso dos partidos novos ao tempo de propaganda eleitoral gratuita e de admissão dos candidatos nos debates promovidos pelas emissoras de rádio e televisão. Em sede de MI, diversos processos relacionados à regulamentação dos direitos dos partidos e candidatos à participação em pleitos eleitorais foram descartados;
- k) demarcação de terras indígenas: no MI 204 (16/05/1991), o impetrante, tendo em vista o conflito entre indígenas e garimpeiros, pleiteou a regulamentação do art. 67 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, que fixara prazo de 5 anos, contados a partir da promulgação da Constituição, para que a União demarcasse todas as terras indígenas. Por não ser índio ou garimpeiro, o STF declarou sua ilegitimidade ativa. Já na ação popular ajuizada por um senador e distribuída como Petição 3.388 (19/03/2009), o STF não apenas referendou a adoção do modelo contínuo de demarcação, como também fixou 19 condicionantes, inclusive sobre o exercício da atividade de garimpagem na reserva;
- l) descriminalização do aborto e prisão domiciliar para gestantes: ambas as questões, além de várias outras, foram suscitadas no MI 6.591 (12/04/2016), descartado pelo STF sob a

município. *Diário da Justiça*: seção 1, Brasília, n. 69, p. 91-92, 12 abr. 2004. Disponível em: <http://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?data=12/04/2004&jornal=4&pagina=91&totalArquivos=368>. Acesso em: 26 fev. 2021.



alegação de ausência de dever de legislar a seu respeito. Pouco meses depois, a primeira turma do STF, ao julgar o HC 124.306 (09/08/2016), declarou a inconstitucionalidade do tipo penal do aborto nos primeiros 3 meses de gestação. Já no ano de 2018, a segunda turma do STF determinou, no HC 143.641 (20/02/2018, p. 8), a substituição da prisão preventiva por domiciliar em favor de todas as “[...] mulheres presas, gestantes, puérperas ou mães de crianças e de pessoas com deficiência, bem assim às adolescentes sujeitas a medidas socioeducativas [...]”. Para tanto, modificou o alcance do art. 318 do Código de Processo Penal (Decreto-Lei n. 3.689/1941) e fixou parâmetros a serem observados nos casos concretos, a ponto de motivar a inclusão do art. 318-A no texto do diploma processual referido;

- m) casamento homoafetivo: sobre o tema, o STF descartou o MI 4.236 (04/03/2013), sob a afirmação de que esse não seria o meio adequado para implementar tal direito. Na ADI 4.277 e na ADPF 132 (ambas de 05/05/2011), o tribunal havia admitido a união estável entre pessoas do mesmo sexo a partir de interpretação conforme a dispositivo legal que a restringia, expressamente, ao casal de homem e mulher. Posteriormente, tendo em conta a união estável homoafetiva, o STF equiparou tal modalidade de organização familiar ao casamento para fins sucessórios (RE 646.721, 10/05/2017). A matéria também foi disciplinada pela Resolução n. 175/2013 do CNJ⁶⁹;
- n) licença à adotante: essa matéria foi versada tanto no MI 156⁷⁰, não conhecido pelo STF por razões processuais, como

⁶⁹ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Resolução n. 175, de 14 de maio de 2013. Dispõe sobre a habilitação, celebração de casamento civil, ou de conversão de união estável em casamento, entre pessoas de mesmo sexo. *Diário de Justiça Eletrônico do Conselho Nacional de Justiça*, Brasília, n. 89, p. 2, 15 maio 2013. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/1754>. Acesso em: 26 fev. 2021.

⁷⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção 156. Impetrante: Maria Adélia De Andrade Neves Camiza. Impetrada: Companhia Estadual de Silos e Armazéns do Rio Grande do Sul. Relator: Min. Sydney Sanches, 28 de janeiro de 1991.



no RE 778.889 (10/03/2016), em que a previsão legal de licença à adotante por 30 dias foi substituída por 120 dias, sob os argumentos de mutação constitucional e interpretação sistemática;

- o) presunção de inocência e direito de recorrer em liberdade: esses temas foram suscitados no MI 71⁷¹, em que se pretendia a regulamentação do art. 5º, LVII, da Constituição. O MI foi, no entanto, descartado pelo STF, que o reputou descabido. Embora considere que tal dispositivo prescinde de regulamentação, o STF já mudou seu entendimento sobre esses temas de maneira significativa: entendia, até 2009, que a norma não impedia a execução provisória da pena após confirmada a condenação em segundo grau; a partir de então, passou a compreender que a pena só poderia ser executada após o trânsito em julgado (HC 84.078, 05/02/2009); em 2016, o STF retomou o entendimento original (HC 126.292, 17/02/2016), que foi novamente superado em 2019, em decorrência do julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADCs) 43, 44 e 54 (07/11/2019), em que se considerou, inclusive, a possibilidade de adoção de uma solução intermediária;
- p) Lei da *Ficha Limpa*: o STF, no julgamento da ADI 4.578 e das ADCs 29 e 30 (16/02/2012), estendeu a incidência da Lei Complementar n. 135/2010 a fatos anteriores ao termo inicial de sua vigência, em decisão controvertida no próprio tribunal e que destoa da literalidade da lei interpretada, a qual se refere, no futuro do subjuntivo, à inelegibilidade dos sujeitos que forem condenados por órgão judicial colegiado. Já no MI 860 (18/08/2008), o tribunal recusou conhecimento, liminarmente, a pedido de regulamentação do direito político

Diário da Justiça: seção 1, Brasília, DF, ano 46, n. 28, p. 747-748, 8 fev. 1991a.

⁷¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção 71. Impetrante: Douglas Alves do Carmo. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relator: Min. Sydney Sanches, 9 de janeiro 1989. *Seção de Arquivo do Supremo Tribunal Federal*. Guia 42.



q) guardas municipais: no MI 735 (31/08/2010), o pedido de regulamentação do exercício da atividade de policiamento ostensivo pelas guardas municipais não foi conhecido, sob o argumento de que o impetrante não possuiria semelhante direito inviabilizado por omissão estatal. Na ADI 5.948 (29/06/2018), o STF estendeu, por decisão cautelar monocrática, o porte de arma de fogo a todos os integrantes das guardas municipais, em aplicação aos princípios da isonomia e da razoabilidade;

r) Defensoria Pública: o STF descartou MIs que versavam sobre a regulamentação da criação e acesso a cargos na Defensoria Pública, mas determinou, no Agravo de Instrumento 598.212 (25/03/2014), a criação da Defensoria Pública em comarca do Estado do Paraná, por considerar caracterizada situação de omissão inconstitucional;

s) acesso à justiça: o STF não examinou o mérito do MI 932 (21/10/2015), em que se postulava a regulamentação do direito das instituições sociais à assistência judiciária. À época da impetração desse MI, em 12/12/2008, esse direito somente era expressamente concedido às pessoas físicas que, nos termos do art. 2º, parágrafo único, da Lei n. 1.060/1950, não podiam arcar com as despesas do processo sem prejuízo do sustento próprio ou de sua família. A despeito da literalidade desse dispositivo, o STF decidiu estendê-lo às pessoas jurídicas, mas, para tanto, estabeleceu critério diferente, exigindo-lhes não apenas a afirmação, mas a efetiva comprovação da insuficiência de recursos, em julgamento proferido em sede de Reclamação (Rcl 1.905, 04/09/2001);



- t) precatórios, correção monetária e compensação de tributos: nas ADIs 4.357 e 4.425 (14/03/2013), em que se examinou o regime de execução mediante precatório, o STF aumentou o conjunto de pessoas que detêm preferência no recebimento de seus créditos em razão da idade; substituiu o índice de atualização monetária e de juros moratórios; modificou a conformação do regime especial de pagamento de precatórios; e delegou competência ao CNJ para apresentar proposta normativa que previsse a utilização de depósitos judiciais para o pagamento de precatórios e a possibilidade de compensação de precatórios vencidos com créditos inscritos em dívida ativa. Temas semelhantes, tais como a regulamentação das hipóteses de recusa da Fazenda ao pagamento dos precatórios (MI 619, 11/02/2005) e da compensação de créditos tributários foram descartados em sede de MI⁷²;
- u) isenção de contribuição previdenciária ao portador de doença incapacitante: o MI 749 (25/06/2014), impetrado por pessoa alegadamente portadora de doenças incapacitantes, não foi conhecido por supostas razões processuais. Na ADI 3.477 (04/03/2015), o STF reconfigurou isenção que havia sido deferida pelo legislador estadual com fundamento no art. 40, § 21, da Constituição. A matéria também está sendo debatida no RE 630.137 (07/10/2010), em que se reconheceu a repercussão geral da questão concernente à autoaplicabilidade desse dispositivo constitucional, embora seu texto contivesse a cláusula “na forma da lei”. O art. 40, § 21, da Constituição restou, posteriormente, revogado pela Emenda Constitucional n. 103/2019.

Como se nota, há, ao menos, algumas dezenas de temas que, não obstante descartados em sede de MI, ensejaram a atuação do STF como legislador positivo em outros instrumentos

⁷² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção 353. Impetrante: Monasa-Consultoria e Projetos Ltda e outro. Impetrado: Congresso Nacional. Relator: Min. Célio Borja, 11 de setembro de 1991. *Diário da Justiça*: seção 1, Brasília, DF, ano 46, n. 182, p. 12806, 19 set. 1991b.



processuais. A enumeração apresentada não pretende ser exaustiva, mas já contempla um conjunto de assuntos bastante superior ao dos temas que foram objeto das decisões de procedência proferidas nos MIs. Esse conjunto seria substancialmente ampliado caso fossem considerados não apenas os temas suscitados em sede de MI, mas todos aqueles em que o STF proferiu decisões com efeitos aditivos em processos de outros tipos.

A esse respeito, é interessante notar que, ao descrever o ativismo judicial observado no Brasil durante as últimas décadas, a literatura costuma citar, como uma manifestação emblemática desse movimento, a *viragem* jurisprudencial verificada a respeito do MI no ano de 2007, quando o STF passou a admitir que as omissões legislativas fossem supridas pelo próprio tribunal.⁷³ No entanto, na especificação dos temas em que essa postura ativista tem se manifestado, quase todas as decisões citadas pelos juristas não foram produzidas por meio dos instrumentos típicos de controle da omissão inconstitucional, ao passo que os exemplos relacionados ao MI ficam circunscritos aos processos sobre greve e aposentadoria especial.

Nessa linha, Vieira⁷⁴ menciona os julgamentos

⁷³ Carlos Alexandre de Azevedo Campos, que compreende o ativismo judicial como o exercício expansivo de poderes políticos-normativos pelos magistrados diante dos demais atores políticos, aduz que a expressão foi utilizada, de modo pioneiro, por Arthur Schlesinger Jr. em artigo publicado no ano de 1947 sobre a Suprema Corte dos Estados Unidos, o qual a apresentou em oposição à ideia de autorrestrrição judicial. Nessa linha, a atuação do Judiciário como legislador positivo, especialmente nos casos de substituição da vontade do legislador, constituiria manifestação do ativismo. (CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. O ativismo judicial contemporâneo no Supremo Tribunal Federal e nas cortes estrangeiras. *Direito Público*, Brasília, ano 13, n. 70, p. 78-103, jul./ago. 2016).

Ronald Dworkin, por sua vez, define o ativismo judicial como uma forma virulenta de pragmatismo jurídico. Em suas palavras, “um juiz ativista ignoraria o texto da Constituição, a história de sua promulgação, as decisões anteriores da Suprema Corte que buscaram interpretá-la e as duradouras tradições de nossa cultura política. O ativista ignoraria tudo isso para impor a outros poderes do Estado seu próprio ponto de vista sobre o que a justiça exige”. (DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 451-45).

⁷⁴ VIEIRA, 2008.



proferidos sobre pesquisas com células-tronco (ADI 3.510, 29/05/2008), fidelidade partidária (MS 26.603, 04/10/2007) e progressão de regime aos presos por crimes hediondos (Rcl 4.335, 20/03/2014) como exemplos de atuação *supremocrática*. Morais⁷⁵ considera que o STF passou a proferir decisões aditivas com maior frequência a partir de 2004, citando como *leading case* a já aludida extensão do reajuste de 28,86% aos servidores públicos civis. O autor faz referência, igualmente, à ADI 3.105 (18/08/2004), em que o STF, com fundamento no princípio da isonomia, modificou a base de cálculo da contribuição previdenciária devida por servidores públicos; à ADI 2.652 (08/05/2003), na qual, também sob o argumento de isonomia, estendeu aos advogados públicos regra que ressalva os advogados privados da incidência de multa; ao caso da interrupção da gravidez de feto anencéfalo (ADPF 54, 12/04/2012); e à jurisprudência, por ele qualificada como emocional, normativa e prestacional, dos tribunais brasileiros relacionada ao direito à saúde, a qual, frequentemente avalizada pelo STF, determina a distribuição de medicamentos, a internação hospitalar e a realização de tratamentos gratuitos, inclusive no exterior, com fundamento direto nas normas programáticas constantes dos art. 6º e 196 da Constituição.

Maia⁷⁶, por sua vez, cita como exemplos de sentenças aditivas os julgamentos sobre o direito de greve e a demarcação da reserva indígena Raposa Serra do Sol. Taschetto⁷⁷ também destaca os julgados sobre greve de servidores, fetos anencéfalos, demarcação da Raposa Serra do Sol, fidelidade partidária e isonomia entre advogados públicos e privados, além da modificação, mediante interpretação conforme e redução parcial de texto,

⁷⁵ MORAIS, 2011b.

⁷⁶ MAIA, Cristiano Soares Barroso. *A sentença aditiva e o Supremo Tribunal Federal: entre o estado de direito e soberania popular*. 2013. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2013.

⁷⁷ TASCHETTO, Fernando Maicon Prado. *As sentenças aditivas e as sentenças substitutivas: direito italiano e brasileiro*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2016.



dos critérios legais de incidência de juros compensatórios e de honorários nas desapropriações por utilidade pública (ADI 2.332, 17/05/2018). Aos julgamentos levantados por tais autores, Campos⁷⁸ adiciona os casos relacionados à união estável homoafetiva e à cláusula de barreira.

A consideração dos múltiplos casos listados acima proporciona uma compreensão mais adequada a respeito do papel desempenhado pelo MI no movimento de expansão dos poderes desempenhados pelo STF ao longo dos últimos anos. Essa compreensão aprimorada parte das seguintes constatações:

- a) a atuação do STF como legislador positivo ocorre com mais frequência fora dos instrumentos específicos de controle da omissão inconstitucional;⁷⁹
- b) nos demais processos, o STF se considera apto a exercer intervenção tão ou mais intensa do que a desempenhada em sede de MI e ADO, atuando, por vezes, em substituição ao próprio legislador constituinte;
- c) diversamente do que se verifica em sede de MI e ADO, a atuação do STF como legislador positivo nos demais processos analisados não ocorre, em regra, de forma declarada, mas é apresentada pelo tribunal como atividade de mera aplicação ou interpretação da Constituição, incluídos os casos em que declara a ocorrência de mutação constitucional e em que utiliza a técnica de interpretação conforme; e
- d) o excessivo rigor formal exigido em sede de MI contrasta com a licenciosidade com que o STF, nos demais processos, profere decisões revestidas de efeitos aditivos, em substituição aos demais Poderes estatais e ao próprio Poder Constituinte.

Esse diagnóstico é reforçado, especialmente quanto às

⁷⁸ CAMPOS, 2016.

⁷⁹ Em investigação empírica sobre as 148 ADOs ajuizadas perante o STF até 05/10/2019, verificamos que, durante esse período, somente foram julgadas procedentes, total ou parcialmente, 36 ações sobre 7 temas distintos.



duas últimas afirmações, pela descrição de Campos⁸⁰ acerca da prática decisória do STF relacionada às sentenças aditivas. Referido autor, que já desempenhou a função de assessor do min. Marco Aurélio no STF⁸¹, entende que as decisões aditivas do tribunal carecem de um padrão de julgamento. Em suas palavras, “[...] dependendo do tema envolvido, [...] os membros do tribunal não suscitam tantas dificuldades em aplicar sentenças aditivas; na verdade, adicionam sentidos normativos sem assumir que proferiram sentenças aditivas”⁸².

Para sustentar sua alegação, Campos⁸³ menciona o julgamento da ADPF 54 (12/04/2012), em que a corrente majoritária, inaugurada pelo min. relator Marco Aurélio, se esforçou para caracterizar sua conclusão como decorrência de mera atividade de interpretação, por meio da qual seria possível concluir pela atipicidade da conduta de interrupção da gravidez de feto anencéfalo. O voto do relator foi acompanhado pela maioria, inclusive pelo min. Luiz Fux, que considerou existente situação de lacuna passível de integração por equidade. Por sua vez, os min. Gilmar Mendes e Celso de Mello contestaram a caracterização do julgamento do STF como caso de mera interpretação ou integração. De maneira enfática, Gilmar Mendes afirmou que o STF nem sempre se atenta para os limites que separam as decisões aditivas dos julgados de interpretação conforme, os quais frequentemente são utilizados pelo tribunal para modificar o sentido normativo de textos legais. Citando os MIs sobre greve de servidores, Gilmar Mendes defendeu abertamente a prolação de decisão aditiva no caso referido, bem como criticou o recurso a

⁸⁰ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. As sentenças manipulativas aditivas: os casos das Cortes Constitucionais da Itália, da África do Sul e do STF. *Revista de Processo*. São Paulo, ano 40, v. 246, p. 403-427, ago. 2015.

⁸¹ HENRIQUES, Adriane da Rocha Callado et al. Um tributo à integridade judicial: 25 anos do ministro Marco Aurélio no Supremo. *Consultor Jurídico*, São Paulo, 15 jun. 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-jun-15/tributo-integridade-judicial-25-anos-marco-aurelio-stf?pagina=3>. Acesso em: 26 fev. 2021.

⁸² CAMPOS, 2015, p. 421.

83 Ibidem.



subterfúgios indesejáveis, tais como a opção pelo não conhecimento da ação, nas hipóteses em que somente a sentença de caráter aditivo é capaz de resolver o problema. Prevaleceu, no entanto, o discurso de que se tratava de mera operação interpretativa.

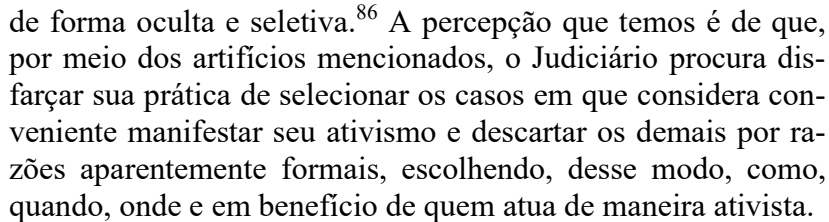
Segundo Campos⁸⁴, este e outros casos de interpretação conforme ou de interpretação constitucional direta revelam que “[...] a maioria dos Ministros nega estar criando judicialmente o direito, se diz incomodada com as sentenças aditivas [...], mas, com frequência enorme, profere votos escancaradamente manipulativos dos sentidos normativos das leis ou inovadores até mesmo da ordem constitucional”. Trata-se, a seu ver, de aspecto problemático dos processos decisórios do STF, que dificulta a identificação de critérios quanto à prolação das sentenças aditivas.

Ao que parece, o STF prefere atuar como legislador positivo em processos que não foram configurados para esse fim específico, ou seja, fora do MI e da ADO, o que lhe permite desempenhar tal função extraordinária de forma oculta, desregrada, seletiva e sem a participação dos órgãos legislativos e executivos como partes do processo. A suposta *viragem* jurisprudencial ocorrida em 2007 a respeito do MI, embora não o tenha transformado em um instrumento efetivo de concretização dos direitos constitucionais, serviu de forte argumento estratégico⁸⁵ para consolidar a expansão da autoridade do Poder Judiciário e para naturalizar sua competência de atuar em substituição aos demais Poderes estatais e ao próprio Constituinte, ainda que de forma não declarada e fora dos instrumentos de controle da omissão inconstitucional.

A questão principal ora suscitada não diz respeito aos instrumentos que podem servir de veículo para a criação judicial de normas, mas à inadequação de um ativismo judicial praticado

⁸⁴ Ibidem, p. 424.

⁸⁵ BENVINDO, 2011/2012.



A falta de critérios decisórios claros é, em si, um problema relevante para o sistema jurídico e assume especial gravidade ao se manifestar no âmbito do controle da omissão inconstitucional.⁸⁷ Diversamente do que sugere Barroso⁸⁸, a dispersão, por todo o Judiciário, do poder de suprir as omissões identificadas em qualquer caso não é, necessariamente, a solução mais efetiva para a concretização dos direitos, tampouco pode ser convertida em um objetivo a ser buscado a qualquer custo, em detrimento, inclusive, do texto expresso da Constituição. A prolação de decisões com efeitos aditivos ou de qualquer outra espécie de julgado que envolva o estabelecimento de regras cuja aplicação não se limite ao caso concreto ameaça a delicada relação de convivência harmônica que deve ser mantida entre os Poderes estatais. De fato, conferir ao Judiciário as funções de apontar as omissões e de expedir as normas necessárias para supri-las põe em risco a própria existência dos Poderes estatais como instâncias separadas e independentes, o que pressupõe a

De fato, nossa preocupação central não é a de limitar a utilização de outros mecanismos processuais para o controle da omissão; consiste, na verdade, em expandir a utilização do MI para casos de omissão que, até agora, só foram explorados por meio de outros institutos ou que sequer têm sido fiscalizados pelo Judiciário. A propósito da possibilidade de atribuição de exclusividade ao MI e à ADO quanto ao controle das omissões legislativas, é oportuno salientar que, até 01/10/2008, a ADO sequer constituía uma classe processual diferenciada da ADI e, desde 06/12/1999, quando publicada a Lei n. 9.882, a ADPF funciona como instrumento subsidiário do controle concentrado exercido pelo STF, podendo abarcar, inclusive, questões de omissão inconstitucional.

⁸⁷ NEVES, Marcelo. Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2013.

⁸⁸ BARROSO, 2012.



delimitação de esferas distintas de atuação para cada um deles.
89

Diante do modelo de separação de Poderes adotado pela Constituição de 1988, é plausível argumentar que as funções referidas sejam desempenhadas pelo Judiciário, mas desde que isso ocorra de modo excepcional e transparente. Dentre as poucas balizas estabelecidas pela Assembleia Constituinte a respeito do MI e da ADO, fica claro que se trata de instrumentos dotados de uma função especial e que, à época, constituía uma novidade, não assimilável à função corriqueira do Poder Judiciário de aplicar normas abstratas preexistentes aos casos concretos; além disso, em relação às hipóteses mais relevantes de omissão inconstitucional, consistentes na falta de leis federais, o art. 102, I, “q”, e § 2º, da Constituição reservou seu julgamento ao STF. Nesses termos, o MI e a ADO correspondem aos âmbitos especificamente delineados pela Constituição para que o STF exerça as delicadas funções de dialogar com os demais Poderes e de, eventualmente, interferir judicialmente no desempenho das funções legislativas e administrativas que lhes são próprias.

A compreensão de que há, ao menos, algumas questões que devem ser reservadas ao MI e à ADO não é, portanto, derivada de inadequado fetichismo com a letra da Constituição ou de suposta pretensão de inviabilizar a efetividade dos direitos constitucionais. Tais institutos não são, como sustentado por Barroso⁹⁰, meros entraves à concretização constitucional ou

⁸⁹ Anderson Vichinkeski Teixeira considera que são de quatro espécies as condutas ativistas que mais lesam a ordem constitucional e a instabilidade institucional: a atuação como legislador positivo, a ofensa ao princípio da separação dos Poderes, a desconsideração de precedentes jurisprudenciais e a prolatação de decisões viciadas por decisionismo político. Por outro lado, considera que o ativismo pode ser positivo para a garantia de direitos fundamentais, desde que não se torne um instrumento de decisão política, mas seja fundamentado em argumentos jurídicos que não desconsiderem a *mens legis* e a *mens legislatoris*. (TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Ativismo judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 8, n. 1, p. 37-58, jan./jul. 2012).

⁹⁰ BARROSO, 2012.



simples mecanismos de generalização de decisões concretas; trata-se, na verdade, de relevantes instrumentos de interação entre os Poderes estatais, situados no limiar dos sistemas jurídico e político. Ao limitar excessivamente o objeto do MI e, ao mesmo tempo, autorizar a criação de normas por qualquer juiz, em qualquer processo, mesmo que dele não participe o Poder envolvido e sob a aparência de exercer mera atividade de interpretação ou aplicação, o Judiciário atribui a si a possibilidade de interferir nas demais funções estatais de forma generalizada, dissimulada e, por conseguinte, arbitrária. Assim, o que deveria ser feito de maneira declarada em sede de MI, que é um instituto projetado para ser célere, informal, acessível a todos e especificamente destinado a combater as omissões, acaba sendo realizado de modo disfarçado e seletivo nos demais processos.

A assimilação entre os institutos da inconstitucionalidade por omissão e da lacuna legal, além de retirar do MI a característica que o particulariza, torna ainda menos nítidas as fronteiras entre as atividades do Poder Judiciário e dos Poderes Legislativo, Executivo e Constituinte. O controle da omissão deixa de ser praticado na via própria, projetada para ser simplificada, célere e acessível a todos, e é atirado na vala comum da jurisdição ordinária, cuja conformação é reconhecidamente hostil aos grupos sociais marginalizados.⁹¹ Nessa hipótese, o que deveria servir para o eliminar o entrave à concretização dos direitos constitucionais contribui, na verdade, para viabilizar o desempenho de um ativismo judicial seletivo, elitista e dissimulado, caracterizado por interferir nas esferas legislativa e administrativa apenas quando isso se mostre conveniente do ponto de vista político. O MI, por sua vez, não foi submetido a efetiva *viragem* jurisprudencial, mas acabou se tornando um instrumento de utilização concentrada em poucos temas, com

⁹¹ LANDAU, David. The reality of social rights enforcement. *Harvard International Law Journal*, Cambridge, v. 53, n. 1, p. 189-247, Winter 2012. Disponível em: https://harvardilj.org/wp-content/uploads/sites/15/2012/01/HILJ_53-1_Landau.pdf. Acesso em: 26 fev. 2021.



destaque para assuntos de interesse dos servidores públicos. Se não serviu para resgatar a efetividade do próprio MI, a modificação jurisprudencial mencionada produziu reflexo indireto de elevada relevância para a atuação do STF nos demais processos, em relação aos quais funciona, com o respaldo da literatura *ne-constitucionalista*, como argumento estratégico para a expansão do ativismo judicial.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

À primeira vista, o diagnóstico de que o STF expandiu excessivamente seus poderes e sua autoridade ao longo das duas últimas décadas, sintetizado sob a expressão *supremocracia*, parece não se conciliar com a constatação empírica de que o MI apresentou, durante esse mesmo período, resultados muito aquém dos projetados para esse instituto. Embora tenha passado por relevante modificação jurisprudencial em relação aos seus efeitos, que foram sensivelmente intensificados a partir de 2007, o MI permaneceu subutilizado pelo STF, o qual, desde então, somente proferiu decisões de procedência em processos dessa espécie a respeito de 4 temas constitucionais específicos. Essas informações transmitem a impressão de que a trajetória do MI no STF, apesar de reiteradamente apontada como uma manifestação emblemática da *supremocracia*, não teria acompanhado esse movimento de fortalecimento exacerbado do tribunal.

Em busca de um diagnóstico mais aprimorado a respeito do papel exercido pelo MI no desenvolvimento da *supremocracia*, verificamos, a partir da análise de casos qualitativamente relevantes da jurisprudência do STF, que a atuação desse tribunal como legislador positivo tem ocorrido, de maneira mais frequente, em outras classes processuais, que não se destinam, especificamente, ao controle da omissão inconstitucional. Nessa linha, identificamos um movimento de migração de temas que já haviam sido suscitados em sede de MI para outros



instrumentos, tais como a ADI, a ADPF, o RE e o HC, nos quais os postulantes obtiveram, do STF, respostas mais satisfatórias do que as fornecidas por meio do instituto em exame.

Além da frequência com que atua nessas outras classes processuais, notou-se que o STF se considera apto a exercer, por meio delas, intervenção tão ou mais intensa do que a desempenhada em sede de MI e ADO, agindo, em determinadas ocasiões, em substituição ao próprio Poder Constituinte. Isso ocorre, por exemplo, nos casos em que o STF declara a ocorrência de mutação constitucional ou em que adota a técnica de interpretação conforme para, na prática, modificar a compreensão até então prevalecente a respeito de determinada norma constitucional, ainda que o novo entendimento encontre sérios obstáculos no texto expresso da disposição *interpretada*. Por meio do emprego de semelhantes artifícios, a atuação do STF como legislador positivo nessas outras modalidades processuais não ocorre, em regra, de forma declarada, mas é apresentada pelo tribunal como sendo uma atividade de mera aplicação ou interpretação da Constituição, diversamente do que se costuma observar em sede de MI e ADO, em que a prolação de decisões aditivas é feita de modo expresso e condicionada ao reconhecimento prévio da existência de omissão normativa.

A utilização indiscriminada de instrumentos processuais diversos para a prolação de decisões com efeitos aditivos é fomentada pela corrente doutrinária identificada como *neoconstitucionalismo*, que se caracteriza, dentre outros aspectos, pela defesa da expansão da jurisdição constitucional e da compreensão do intérprete como coparticipante do processo de criação do direito. Em consonância com tais características, *neoconstitucionalistas* sustentam que as omissões inconstitucionais sejam assimiladas às lacunas legais, como se tais institutos merecessem tratamentos idênticos, o que tem servido de justificativa para que qualquer juízo possa, em processos comuns, suprir todos os tipos de omissão inconstitucional.



Observamos, outrossim, que o excessivo rigor formal exigido em sede de MI, tal como constatado a partir de pesquisa empírica a respeito do instituto, contrasta com a licenciosidade com que o STF, nos demais processos, profere decisões revestidas de efeitos aditivos, em substituição aos demais Poderes estatais e ao próprio Poder Constituinte. Assim, além de retirar do MI a característica que o particulariza, o STF transformou o instituto em exame num ambiente hostil às iniciativas dos jurisdicionados que postulam o exercício do controle da omissão inconstitucional, ressaltados os casos relacionados aos pouquíssimos temas que foram objeto de decisões de procedência nessa sede.

Todos os elementos descritos nos auxiliam a formular uma hipótese explicativa acerca do papel desempenhado pelo MI no movimento de concentração de poderes no STF, a qual já foi esboçada no desenvolvimento deste artigo. A nosso ver, a intensificação dos efeitos produzidos pelo MI, observada a partir do ano de 2007, não o converteu em um instrumento efetivo de concretização dos direitos constitucionais, mas serviu como forte argumento estratégico para consolidar a expansão da autoridade do STF. Em outros termos, a modificação jurisprudencial verificada naquele ano revelou-se exitosa, na verdade, para o fim de fortalecer o STF, e não, propriamente, para aprimorar o funcionamento do MI como garantia fundamental voltada à implementação generalizada de direitos.

De fato, a possibilidade de exercer intervenção judicial mais agressiva, que o STF passou a reconhecer a si próprio a partir de 2007, não foi posta em prática, com a amplitude temática que se esperava, no âmbito do próprio MI. O STF prefere atuar como legislador positivo em processos que não foram configurados para esse fim específico, ou seja, fora do MI e da ADO, o que lhe permite exercer essa função extraordinária de maneira disfarçada, desregrada, seletiva e sem a participação dos órgãos legislativos e executivos como partes do processo. A



suposta *viragem* jurisprudencial ocorrida a respeito do MI serviu, portanto, para naturalizar a atribuição do STF de atuar em substituição aos demais Poderes estatais e ao próprio Constituinte, ainda que de forma não declarada e fora dos instrumentos de controle da omissão inconstitucional.

No entanto, esse entendimento doutrinário e jurisprudencial que admite a prolação indiscriminada de decisões com efeitos aditivos, em qualquer instrumento processual e por qualquer órgão do Poder Judiciário, está sujeito a censuras. Do ponto de vista teórico, sua construção parte de uma compreensão equivocada acerca do instituto da omissão inconstitucional, que não pode ser simplesmente assimilado, mediante um paralelismo forçado, à categoria da lacuna legal. Como visto, o problema da inconstitucionalidade por omissão é muito mais recente do que a questão prática da integração das lacunas do direito, tendo surgido no contexto do constitucionalismo dirigente em resposta a desafios hermenêuticos típicos do sistema jurídico institucionalizado sob o paradigma do Estado Social. Ademais, a omissão propriamente dita não constitui mera falha da legislação passível de correção por meio de uma norma isoladamente fabricada no caso concreto; trata-se de verdadeiro vazio regulatório, cujo suprimento depende do exercício de escolha entre opções políticas alternativas, o que não pode ser feito, por regra, mediante processos interpretativos ou integrativos.

Do ponto de vista prático, a falta de critérios para balizar o exercício do controle judicial sobre a omissão normativa propicia seletividade e insegurança jurídica, além de pôr em risco o delicado equilíbrio que deve ser mantido entre os Poderes estatais. Mesmo que se reconheça a admissibilidade da interferência judicial no desempenho das atividades típicas dos demais Poderes, por meio, inclusive, da fixação de prazo para a atuação do órgão inerte e do suprimento da omissão pelo próprio Judiciário, é necessário sublinhar a excepcionalidade dessa atribuição, que não se confunde com a função jurisdicional corriqueira de

aplicar normas abstratas preexistentes a casos concretos. Para o exercício específico dessa atribuição judicial extraordinária, a Assembleia Constitucional instituiu, de forma inovadora no constitucionalismo brasileiro, o MI e a ADO.

Os institutos referidos não constituem, portanto, meros entraves à concretização constitucional ou simples mecanismos de generalização de decisões concretas; trata-se, na verdade, de relevantes instrumentos de interação entre os Poderes estatais, os quais foram especificamente delineados pelo Constituinte para promover, no âmbito do sistema judicial de controle de constitucionalidade, o diálogo institucional entre o Judiciário e os órgãos omissos. Tais instrumentos diferenciam-se das demais classes processuais por possibilitarem que o controle da omissão inconstitucional ocorra de forma declarada, por decisões com intensidade graduável e com a participação necessária dos órgãos políticos atingidos, o que revela sua especial aptidão para a delicada função de concretizar as disposições constitucionais dependentes de regulamentação. No caso do MI, isso ocorre mediante procedimento simplificado, gratuito e acessível a todos os jurisdicionados.



REFERÊNCIAS

- ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. Criatura e/ou criador: transformações do Supremo Tribunal Federal sob a Constituição de 1988. *Revista Direito GV*, Rio de Janeiro, v. 12, n. 2, p. 405-440, maio/ago. 2016.
- BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.



BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 240, p. 1-42, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

BENVINDO, Juliano Zaiden. Mandado de injunção em perigo: os riscos da abstração de seus efeitos no contexto do ativismo judicial brasileiro. *Observatório da Jurisdição Constitucional*, Brasília, ano 5, p. 1-22, 2011/2012. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2523878. Acesso em: 26 fev. 2021.

BRASIL. Assembléia Nacional Constituinte (1987-1988). *Ante-projeto da Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher*. Brasília, jun. 1987a. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/internet/constituicao20anos/DocumentosAvulsos/vol-69.pdf>. Acesso em: 26 fev. 2021.

BRASIL. Assembléia Nacional Constituinte (1987-1988). *Ante-projeto da Subcomissão dos Direitos e Garantias Individuais*. Brasília, 23 maio 1987b. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/internet/constituicao20anos/DocumentosAvulsos/vol-81.pdf>. Acesso em: 26 fev. 2021.

BRASIL. Assembléia Nacional Constituinte (1987-1988). *Ante-projeto do Relator da Subcomissão dos Direitos e Garantias Individuais*. Brasília, 1987c. Disponível em:



BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Resolução n. 175, de 14 de maio de 2013. Dispõe sobre a habilitação,



celebração de casamento civil, ou de conversão de união estável em casamento, entre pessoas de mesmo sexo. *Diário de Justiça Eletrônico do Conselho Nacional de Justiça*, Brasília, n. 89, p. 2, 15 maio 2013. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/1754>. Acesso em: 26 fev. 2021.

- BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Resolução n. 199, de 7 de outubro de 2014. A ajuda de custo para moradia no âmbito do Poder Judiciário, prevista no art. 65, II, da Lei Complementar 35, de 14 de março de 1979, de caráter indenizatório, é devida a todos os membros da magistratura nacional. *Diário de Justiça Eletrônico do Conselho Nacional de Justiça*, Brasília, n. 182, p. 3, 8 out. 2014a. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/atos-normativos?documento=2076>. Acesso em: 26 fev. 2021.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção 71. Impetrante: Douglas Alves do Carmo. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relator: Min. Sydney Sanches, 9 de janeiro 1989. *Seção de Arquivo do Supremo Tribunal Federal*. Guia 42.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção 156. Impetrante: Maria Adélia De Andrade Neves Camiza. Impetrada: Companhia Estadual de Silos e Armazéns do Rio Grande do Sul. Relator: Min. Sydney Sanches, 28 de janeiro de 1991. *Diário da Justiça*: seção 1, Brasília, DF, ano 46, n. 28, p. 747-748, 8 fev. 1991a.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção 353. Impetrante: Monasa-Consultoria e Projetos Ltda e outro. Impetrado: Congresso Nacional. Relator: Min. Célio Borja, 11 de setembro de 1991. *Diário da Justiça*: seção 1, Brasília, DF, ano 46, n. 182, p. 12806, 19 set. 1991b.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção 398. Impetrante: Câmara de Vereadores de Sapucaia do Sul. Impetrado: Congresso Nacional. Relator: Min. Octavio



BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Súmula Vinculante n.º 37*.
Não cabe ao Poder Judiciário, que não tem função



legislativa, aumentar vencimentos de servidores públicos sob o fundamento de isonomia. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, [2014c]. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=37.NUME.%20E%20S.FLSV.&base=baseSumulasVinculantes>. Acesso em: 26 fev. 2021.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Resolução n. 21.702, de 2 de abril de 2004. Instruções sobre o número de vereadores a eleger segundo a população de cada município. *Diário da Justiça*: seção 1, Brasília, n. 69, p. 91-92, 12 abr. 2004. Disponível em: <http://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?data=12/04/2004&jornal=4&pagina=91&totalArquivos=368>. Acesso em: 26 fev. 2021.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. As sentenças manipulativas aditivas: os casos das Cortes Constitucionais da Itália, da África do Sul e do STF. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 40, v. 246, p. 403-427, ago. 2015.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. O ativismo judicial contemporâneo no Supremo Tribunal Federal e nas cortes estrangeiras. *Direito Público*, Brasília, ano 13, n. 70, p. 78-103, jul./ago. 2016.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra: Coimbra Editora, 1982.

COSTA, Alexandre Araújo. *Direito e método*: diálogos entre a hermenêutica filosófica e a hermenêutica jurídica. 2008. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2008.

DIAS, Marina. Toffoli cita problemas de juízes na política e defende autocontenção do Judiciário. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 14 maio 2019. Disponível em:



- <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2019/05/toffoli-cita-problemas-de-juizes-na-politica-e-defende-auto-contencao-do-judiciario.shtml>. Acesso em: 26 fev. 2021.
- DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- FULGÊNCIO, Henrique Augusto Figueiredo; COSTA, Alexandre Araújo. As funções contemporâneas do Mandado de Injunção: análise empírica sobre o perfil das ações ajuizadas perante o Supremo Tribunal Federal. *Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas*, Pouso Alegre, v. 34, n. 2, p. 451-488, jul./dez. 2018.
- FULGÊNCIO, Henrique Augusto Figueiredo. *O Mandado de Injunção na Constituinte e no Supremo Tribunal Federal: expectativas, resultados, críticas e perspectivas*. 2018. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2018.
- GARCÍA-PELAYO, Manuel. *As transformações do estado contemporâneo*. Tradução de Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. Hermenêutica das Escolhas e a Função Legislativa do Judiciário. *Revista de Direito Empresarial*, Belo Horizonte, ano 15, n. 2, p. 55-84, maio/ago. 2018.
- GODOY, Arnaldo Moraes. A completude do ordenamento jurídico na lei da boa razão: a teoria de Norberto Bobbio e a experiência jurídica pombalina. *Scientia Iuris*, v. 2/3, p. 196- 2011, 1998/1999.
- HENRIQUES, Adriane da Rocha Callado et al. Um tributo à integridade judicial: 25 anos do ministro Marco Aurélio no Supremo. *Consultor Jurídico*, São Paulo, 15 jun. 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-jun-15/tributo-integridade-judicial-25-anos-marco-aurelio-stf?pagina=3>. Acesso em: 26 fev. 2021.
- HESPANHA, António Manuel. *Cultura jurídica europeia*:



- síntese de um milénio. Coimbra: Almedina, 2012.
- IBGE. *Síntese de indicadores sociais*: uma análise das condições de vida da população brasileira - 2017. Rio de Janeiro: IBGE, 2017. Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101459.pdf>. Acesso em: 26 fev. 2021.
- LANDAU, David. The reality of social rights enforcement. *Harvard International Law Journal*, Cambridge, v. 53, n. 1, p. 189-247, Winter 2012. Disponível em: https://harvardilj.org/wp-content/uploads/sites/15/2012/01/HILJ_53-1_Landau.pdf. Acesso em: 26 fev. 2021.
- MAIA, Cristiano Soares Barroso. *A sentença aditiva e o Supremo Tribunal Federal*: entre o estado de direito e soberania popular. 2013. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2013.
- MORAIS, Carlos Blanco de. Direitos sociais e controlo de inconstitucionalidade por omissão no ordenamento brasileiro: activismo judicial momentâneo ou um novo paradigma? *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*, Belo Horizonte, ano 5, n. 20, p. 211-243, out./dez. 2011a.
- MORAIS, Carlos Blanco de. *Justiça constitucional*: o direito do contencioso constitucional. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2011b. t. 2.
- MORAIS, Carlos Blanco de. O controlo de inconstitucionalidade por omissão no ordenamento brasileiro e a tutela dos direitos sociais: um mero ciclo activista ou uma evolução para o paradigma neoconstitucionalista? *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, v. 78, p. 153-227, jan./mar. 2012.
- MORAIS, Carlos Blanco de. Supremo não tem hesitado em derrogar tacitamente a Constituição Federal. Entrevistador: Brenno Grillo. *Consultor Jurídico*, São Paulo, 2 abr. 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017->



- abr-02/entrevista-carlos-blanco-morais-professoruniversidade-lisboa. Acesso em: 26 fev. 2021.
- NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2013.
- QUINTAS, Fábio Lima. *Mandado de injunção no Supremo Tribunal Federal: de acordo com a Lei n. 13.300, de 23 junho de 2016*. São Paulo: Saraiva, 2016.
- RIBEIRO, Leandro Molhano; ARGUELHES, Diego Werneck. Nem evolução, nem renascimento? Contingência e captura corporativa em três décadas de mandado de injunção. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 55, n. 219, p. 103-132, jul./set. 2018.
- SOUZA, Luiz Sérgio Fernandes de. Lacunas no direito. In: CAMPILONGO, Celso Fernandes; GONZAGA, Alvaro de Azevedo; FREIRE, André Luiz (coord.). *Enciclopédia jurídica da PUC-SP: Teoria Geral e Filosofia do Direito*. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/159/edicao-1/lacunas-no-direito>. Acesso em: 26 fev. 2021.
- TASCHETTO, Fernando Maicon Prado. *As sentenças aditivas e as sentenças substitutivas: direito italiano e brasileiro*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2016.
- TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Ativismo judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 8, n. 1, p. 37-58, jan./jul. 2012.
- TUSHNET, Mark. *Weak courts, strong rights: judicial review and social welfare rights in comparative constitutional law*. Princeton: Princeton University Press, 2008.
- VIEIRA, Oscar Vilhena. Por que me preocupo com a autoridade do Supremo Tribunal Federal. *Consultor Jurídico*, São Paulo, 11 jan. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-jan-11/oscar-vilhena-vieira-me>



preocupo-autoridade-stf. Acesso em: 26 fev. 2021.
VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremocracia. Revista Direito GV*,
São Paulo, v. 4, n. 2, p. 441- 464, jul./dez. 2008.



PROTEÇÃO DE DADOS E DIREITOS DA PERSONALIDADE

Henrique Infante Herminio¹

Rafael de Lazari²

Bruno Bastos de Oliveira³

Alencar Frederico Margraf⁴

Resumo: A utilização de dados por entidades públicas e privadas é uma realidade que ganhou força a partir dos avanços da tecnologia da informação. As novas tecnologias, apesar de possibilitarem a realização de inúmeros afazeres de forma prática e eficiente, denotam um viés vulnerável para quem delas se utiliza, contudo, a partir do momento em que a *hiperexposição* das pessoas se apresenta cada vez mais constante. Ao abordar o tema da proteção de dados pessoais, urge a consagração da privacidade como direito fundamental e sua inserção no ramo dos direitos da personalidade, apresentando-se dessa forma como essencial à própria dignidade humana. De tal modo, utilizando-se do método bibliográfico e exploratório, o presente trabalho objetiva

¹ Estudante de Direito pela Universidade de Marília/SP - UNIMAR.

² Advogado, consultor jurídico e parecerista. Pós-Doutor em Democracia e Direitos Humanos pelo Centro de Direitos Humanos da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra/Portugal. Doutor em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica, de São Paulo/SP. Professor da Graduação, do Mestrado e do Doutorado em Direito da Universidade de Marília/SP - UNIMAR.

³ Advogado e Professor. Consultor Jurídico, especialista na área fiscal. Pós-Doutor em Direito pela UNIMAR. Professor Permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito - Mestrado e Doutorado - da UNIMAR. Doutor em Ciências Jurídicas - Direitos Humanos e Desenvolvimento - pela Universidade Federal da Paraíba.

⁴ Professor na Universidade Estadual de Ponta Grossa/PR - UEPG. Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná - UENP.



examinar a proteção da privacidade apontando seus marcos regulatórios no país e os seus principais desafios da atualidade.

Palavras-Chave: Direitos de personalidade. Tecnologia. Proteção de dados pessoais.

DATA PROTECTION AND PERSONALITY RIGHTS

Abstract: The use of data by public and private entities is a reality that has gained strength from the advances in information technology. The new technologies, despite making it possible to carry out numerous tasks in a practical and efficient way, denote a vulnerable bias for those who use them, however, from the moment when the overexposure of people appears more and more constant. When addressing the subject of the protection of personal data, it is urgent to establish privacy as a fundamental right and its insertion in the area of personality rights, thus presenting itself as essential to human dignity itself. In this way, using the bibliographic and exploratory method, the present work aims to examine the protection of privacy by pointing out its regulatory frameworks in the country and its main challenges today.

Keywords: Personality rights. Protection of personal data. Technology.

INTRODUÇÃO



progresso da humanidade reflete-se, dentre outros, no surgimento da *Internet* e no desenvolvimento e invenções no campo das Tecnologias da Informação e Comunicação (TIC), os quais, por sua vez, redefiniram as relações sociais. As transformações no mercado de trabalho, em níveis local e mundial, agregadas à massificação dos meios de comunicação, resultaram



no pluralismo de ideias, na ausência de consensos sobre valores, e no aumento exponencial do consumo de bens e serviços. É certo que a ocorrência dessas transformações sobreveio com a informática e a eletrônica, logo em seus primeiros anos (década de 1950), com a invenção de circuitos integrados (e, posteriormente, com os computadores).

Fenômeno perceptível de transformação, destaca-se, mais uma vez, o desenvolvimento da *Internet*, que teve seu pontapé na Guerra Fria, ocasião na qual fora exclusivamente utilizada para fins militares e científicos. Anos após os conflitos indiretos entre EUA e União Soviética, deu-se sua abertura na década de 1990 para o público, para fins civis. Com isso, se expandiu o direito à informação no *ciberespaço*, um espaço capaz de transmitir informações de um computador a outro, reduzindo de uma vez por todas a questão do “tempo e distância” entre as pessoas, revolucionando as telecomunicações, contribuindo, desse modo, para o desenvolvimento das relações humanas no ambiente virtual.

Todavia, a transmissão de dados e a inteligência artificial, hodiernamente, alcançam situações nas quais são coletadas informações de indivíduos, compreendendo o tema na seara da privacidade e intimidade pessoal (vide, por exemplo, aplicativos que, “inocentemente”, pegam os rostos de pessoas para mostrar o que seriam suas versões mais jovens, mais velhas, ou de outro gênero). Tal facilidade de transmissão de conteúdos - de todo tipo - leva a um aumento exponencial de transferências territoriais de informações, momento no qual passa a ser medida de primeira hora um debate jurídico e social sobre a vulnerabilidade imposta às pessoas.

O panorama jurídico brasileiro não se mostrava categórico em relação a uma tutela da privacidade dos cidadãos - porquanto os dispositivos jurídicos não tratavam *especificamente* da tutela de dados pessoais - até a chegada da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD - Lei nº 13.709/2018). Essa novíssima



Lei busca equilibrar interesses econômicos e sociais, limitando abusos do setor privado e estatal nos processos automatizados, por meio da diminuição da assimetria de informações.

Os dados são, atualmente, insumos para qualquer atividade econômica desenvolvida, possuindo valor econômico no qual são coletados, organizados e trocados por uma rede de fornecedores (por isso, compreende-se a expressão “*data drive economy*”). Longe de se restringirem apenas à seara econômica, as novas tecnologias representam, também, relação preocupante pelos riscos que dela podem advir para a vida privada, imagem e identidade das pessoas. Quanto aspectos econômicos e pessoais referentes aos dados se colocam em posição diametralmente oposta, é que os problemas ocorrem.

Ante o exposto, afunilando a discussão, a proteção de dados pessoais apresenta-se como um dos aspectos mais significativos da liberdade individual. Tendo isso em vista, o presente trabalho tem como objetivo fornecer instrumentos a fim de que se considere o *tratamento de dados pessoais* um novo conceito integrante da personalidade da pessoa, que se manifesta pela sua identidade social e individual, bem como pelo seu corpo físico e eletrônico.

2 PANORAMA DOS DIREITOS DE PERSONALIDADE

O contexto histórico da segunda metade do século XIX foi marcado por inúmeras injustiças e revoluções, porém foi nesse período que surgiram as primeiras manifestações do que hoje são considerados como os *direitos de personalidade*. Ocorre que, na época citada, não havia específica proteção jurídica à privacidade, e as resoluções das lides resultavam na aplicação analógica das regras que protegiam o direito de propriedade ou os direitos autorais (BURITI, 2019).

Os direitos da pessoa humana deram-se, primeiro, na esfera pública, almejando a uma forma de proteção dos eventuais



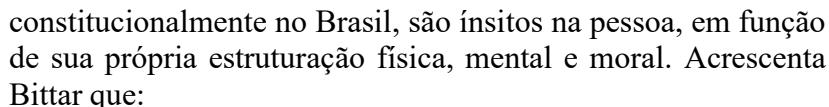
totalitarismos estatais, pois havia um distanciamento dos direitos público e privado na referida fase da história jurídica. De um lado, o *público*, indicava-se para a tutela consagrada pelas liberdades públicas (opressões do Estado); por outro lado, o *privado*, Códigos Civis fundados em concepções patrimonialistas utilizavam o argumento de que a vida, a saúde e a honra não se enquadram na categoria do ter, mas do ser (LACERDA, 2009).

Após as dificuldades históricas no delineamento dos direitos tidos como da personalidade, os ordenamentos do pós-Segunda Guerra (já no século XX, portanto) despertaram para novos valores e anseios para proteção da condição humana. Neste sentido, tem-se a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), que afirmou que “o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo”, consagrando a dignidade humana como “fundamento da liberdade” e valor central da ordem jurídica (e, por analogia, os direitos da personalidade como pressuposto da dignidade da pessoa).

Quanto à doutrina brasileira, atualmente, apesar de reconhecer que tais direitos configuram à pessoa humana suas projeções na sociedade, assim como a defesa de valores inatos ao homem (como a vida, a intimidade, o segredo, o respeito, a honra, a intelectualidade, etc.), sua conceituação ainda se demonstra um tanto quanto conturbada, em razão:

- a) das divergências entre os doutrinadores com respeito à sua própria existência, à sua natureza, à sua extensão e à sua especificação;
- b) do caráter relativamente novo de sua construção teórica;
- c) da ausência de uma conceituação global definitiva;
- d) de seu enfoque, sob ângulos diferentes, pelo direito positivo (público, de um lado, como direitos fundamentais; privado, de outro, como direitos da personalidade), que lhe imprime feições e disciplinações distintas;
- e) de sua fundamentação e justificação no plano das divergências filosóficas (BITTAR, 2015).

Há teses de que tais direitos, protegidos



[...] são dotados de certas particularidades, que lhes conferem posição singular no cenário dos direitos privados, de que avultam, desde logo, as seguintes: a intransmissibilidade e a irrenunciabilidade, que se antepõem, inclusive como limites à própria ação do titular [...] (BITTAR, 2015).

Maria Helena Diniz, citando Gofredo da Silva Telles,
afirma:

[...] a personalidade consiste no conjunto de caracteres da própria pessoa. A personalidade não é um direito, de modo que seria errôneo afirmar que o ser humano tem direito à personalidade. A personalidade é que apoia os direitos e deveres que dela irradiam, é objeto de direito, é o primeiro bem da pessoa, que lhe pertence como primeira utilidade, para que ela possa ser o que é, para sobreviver e se adaptar às condições do ambiente em que se encontra, servindo-lhe de critério para aferir, adquirir e ordenar outros bens (DINIZ, 2012).

Apesar de, na maioria das vezes, os direitos fundamentais serem dirigidos à pessoa humana, o pensamento predominante na doutrina é o de que *muitos* direitos fundamentais são direitos pessoais (o que é uma verdade), *porém nem todos os direitos fundamentais são direitos pessoais* (o que também é uma verdade). Lacerda (2009) destaca, ainda, que não é possível fazer uma análise mais profunda dos direitos das pessoas, apartada de um exame da proteção da dignidade humana.

Assim, em razão de sua essência, é razoável afirmar que a identidade pessoal, por vezes representada por dados pessoais na *Internet* e novas tecnologias (como números de registros, endereços, data de nascimento), bem como os caracteres que vinculam pessoas e que as identificam, *representam a própria extensão da pessoa*. O aumento da extensão dos direitos de personalidade pressupõe condições que garantam à sociedade como um todo viver dignamente.

3 A PRIVACIDADE E A INTIMIDADE FRENTE ÀS NOVAS



TECNOLOGIAS

A privacidade e a intimidade, no cotidiano das pessoas, são tratadas como palavras sinônimas. Já na ciência jurídica positivada, a própria Constituição brasileira, em seu art. 5º, inciso X, fala em intimidade e vida privada como coisas distintas (SANTOS, 2017). Ademais, no Marco Civil da *Internet* (Lei nº 12.965/2014), no rol de medidas protetivas à dignidade da pessoa humana, destaca-se a proteção à privacidade e à intimidade nos arts. 7º e 8º, dispondo-se sobre os direitos e garantias dos usuários, garantindo a inviolabilidade da intimidade e da vida privada, e a indenização material e moral no caso de violação, inviolabilidade e sigilo das comunicações pela *Internet*, bem como no armazenamento destas (SANTOS, 2017).

Nesta senda, nas últimas décadas a prática jurídica brasileira, tanto no âmbito legal, como no jurisprudencial, sugere uma nova leitura do conceito de privacidade, o que afeta diretamente a proteção de dados pessoais.

De fato, em razão da informática e das novas tecnologias, como o uso da inteligência artificial, destaca-se a melhoria de serviços oferecidos às pessoas, trazendo conforto e comodidade. O relatório “*The malicious use of artificial intelligence: forecasting, prevention and mitigation*”, lançado em 2018, destaca que as tecnologias de inteligência artificial e *machine learning* mantêm a promessa de reduzir a necessidade de trabalho indesejado, acelerando as pesquisas científicas e melhorando a qualidade da governança (BUNDAGE et al, 2018). Não obstante, igualmente, existem notáveis riscos que podem causar danos aos direitos fundamentais das pessoas, sendo que o referido relatório aponta três tipos de ameaças, quais sejam, à *segurança digital*, à *segurança física*, e à *segurança política*.

Quando à primeira delas, a segurança digital é ameaçada, ilustrativamente, por diversas vias encontradas por *hackers*, que criam códigos maliciosos em *sites*, *e-mails* e *links* que, se



clicados, roubam dados pessoais dos usuários. Por sua vez, quanto à ameaça física, sistemas e aplicativos são usados de maneira prejudicial e intencional, como os já mencionados aplicativos de celulares que capturam feições e deixam as pessoas com aparência mais idosa. Por último (e não menos importante), a ameaça da segurança política, que se dá por meio do monitoramento consequente da análise de dados coletados, manipulação de vídeos etc.

Dando prosseguimento, outro contratempo são os algoritmos dos *softwares*, que desempenham um papel equivocado dos usuários, tomando decisões contrárias a eles. Como exemplo, o uso dos algoritmos via inteligência artificial, que permitia pequenas invasões de privacidade pelos chamados “cookies” na navegação na *Internet*, inseridos no computador do usuário (e que comandavam a execução de anúncios) (FILHO, 2017).

4 NOVA ECONOMIA DA INFORMAÇÃO: A VIOLAÇÃO DA PRIVACIDADE COMO UM NEGÓCIO

A discussão para proteção de dados pessoais surge no âmbito da sociedade da informação, como uma forma de se *resguardar os dados de seu titular*. Essa proteção passa a ser a característica das organizações sociais, calcada no acúmulo e na circulação de informações as quais, segundo Ruaro e Rodriguez (2014), estabelecem novas relações de poder fundado em informação (tendo em vista que certos dados constituem como intermediadores entre o indivíduo, sociedade e Estado, e sua divulgação ou exposição ocasiona violações individuais).

A informação é o “novo” elemento estruturante da sociedade, avocando um papel fundamental na sociedade da informação. Ainda que o ambiente virtual de relacionamentos em geral não seja principal (ao menos, não “ainda”), a posição da tecnologia condiciona a sociedade em várias áreas, como na eletrônica e nas telecomunicações. A dimensão que este fenômeno



Essas premissas apontam para um novo olhar sobre a economia, que tem por base o conhecimento e utiliza as tecnologias de informação e comunicação. O fortalecimento do capital em detrimento dos dados, verificado através do uso intensivo de novas tecnologias, tem levantado algumas considerações sobre seu impacto social, principalmente no quesito privacidade. Por outro lado, o excesso de otimismo das pessoas em relação aos modelos de negócios da “economia digital” e os benefícios que eles lhes proporcionam, aliado às próprias dificuldades de entendimento dos seus impactos, são, também, fatores que criam ônus adicionais para os controladores que, por vezes, não sabem o que fazer para refrear esse processo e proteger minimamente



os cidadãos.

É esse panorama que permitiu que os próprios agentes evoluíssem exclusivamente no vácuo regulatório, para seu próprio benefício. A economia orientada a dados requer, portanto, a renovação dos modelos econômicos formais usados para informar a política econômica a fim de capturar o impacto da ficção de dados nas medidas de produção econômica e nos fatores de produção (FRAZÃO, 2019).

Por isso, faz-se necessário a regulação jurídica, com a finalidade de proteção de dados, diante da vulnerabilidade dos titulares e suas limitações naturais que se projetam sobre a disposição de direitos que estão conectados a situações existenciais, ou seja, os direitos de personalidade. Por essa razão criou-se a LGPD⁵.

Como visto, na atualidade os dados somente parecem importar se houver neles um teor mercadológico; desta forma, esses dados precisam ser processados para gerar valor. Bem por isso é cada vez mais crescente, nos dias atuais, a coleta de dados *sem* o consentimento e a ciência dos titulares, o que dificulta o entendimento das inúmeras destinações que a eles pode ser dada e a extensão do impacto em suas vidas. Para se ter uma dimensão do risco para os usuários, o professor Martin Hilbert, em entrevista realizada pela BBC, aponta que com 150 curtidas em rede social como o *Facebook*, os algoritmos podem prever a personalidade de uma pessoa melhor que seu companheiro. Com 250 curtidas, existem elementos para conhecer a personalidade de uma pessoa melhor que ela própria.

⁵ Vale pontuar, apenas para não incorrer no terrível defeito da omissão, o *vácuo* quanto à entrada em vigor da LGPD, notadamente por conta da pandemia da Covid-19. Há comandos editados no ano de 2020 que condicionam sua entrada em vigor de forma gradual. Assim, uma parte da lei entrou em vigor em 28/12/2018, quanto aos arts. 55-A, 55-B, 55-C, 55-D, 55-E, 55-F, 55-G, 55-H, 55-I, 55-J, 55-K, 55-L, 58-A e 58-B (art. 65, I); outra parte entrará em vigor em 01/08/2021, quanto aos arts. 52, 53 e 54 (art. 65, I-A, com redação dada pela Lei nº 14.010/2020); os demais artigos entrarão em vigor em 03/05/2021 (art. 65, II, com redação dada pela Medida Provisória nº 959/2020). É claro que, até lá, tudo pode mudar quanto a prazos.

Os dados pessoais dos cidadãos têm sido coletado por agentes econômicos para a criação do *one way mirror* que, segundo Frank Pasquale (2015), possibilita que tais agentes saibam tudo dos cidadãos por meio de um monitoramento sobre cada passo da vida das pessoas, o que leva a um verdadeiro *capitalismo de vigilância*⁶, cuja principal consequência é a constituição de uma *sociedade também de vigilância*. Por conseguinte, verifica-se que uma economia baseada em coleta de dados e o capitalismo de vigilância são faces de uma mesma moeda, pois quanto mais valiosa a informação, mais incentivo haverá para o aumento da vigilância, e maior será a coleta de dados (e assim sucessivamente) (FRAZÃO, 2019).

5 CONCRETIZAÇÃO DA PROTEÇÃO DE DADOS PELA LGPD

O debate em torno dos dados pessoais reproduz sua relevância como direito fundamental na seara dos direitos da personalidade para a efetiva tutela dos direitos dos cidadãos. O desenvolvimento tecnológico e a ampla utilização de aplicativos virtuais, que por um lado têm mudado a conexão entre pessoas de um modo positivo (diminuindo as fronteiras físicas), por outro tornam quase impossível a integral proteção da liberdade e da privacidade.

Até a edição da Lei Geral de Dados Pessoais (atualmente, a maior parte dela se encontra em “*vacatio legis*”, por força de atos normativos editados em 2020), o Brasil não dispunha de um regulamento jurídico específico sobre o tema, possuindo apenas um aparato de leis esparsas (fruto de inúmeras provocações e críticas por não abrangerem de forma contundente o tratamento de dados e informações). Assim, a aprovação desse diploma em

⁶ Capitalismo de vigilância (*Surveillance capitalism*, no termo original, em inglês) é uma mutação do capitalismo que utiliza a imensurável quantidade de dados que usuários fornecem gratuitamente a empresas de tecnologias, transformando-a em matéria-prima e produto final altamente lucrativos.



2018 pode ser vista, inclusive, como reação devida a alguns acontecimentos relacionados à empresa Cambridge Analytica, a respeito da utilização de dados do *Facebook* para coleta de informações (MENDES, 2019).

Assim como o Regulamento Geral de Proteção de Dados Europeu (GDPR), a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais brasileira advém da expansão dos direitos humanos e sua adaptação de documentos internacionais (PINHEIRO, 2018).

Entende-se, a partir da LGPD, que a devida proteção deve estar estruturada desde o produto comercializado, até ao serviço prestado, implementando medidas para empresas e organizações, a fim de que os dados armazenados nos sistemas operacionais de TI estejam protegidos. Compreende-se, assim, um arcabouço jurídico protetivo para pessoas físicas.

A Lei nº 13.709/2018 estabelece que dados sensíveis merecem uma proteção mais completa, por tratar-se de dados ligados à intimidade que podem gerar uma significativa lesividade em sua utilização inapropriada (por exemplo, por poder propiciar discriminações). Ressalvando as exceções contidas no art. 4º da referida Lei, os dados vinculados a uma pessoa natural, independentemente do meio de armazenamento ou quaisquer operações realizadas com dados (como a coleta, produção, recepção, classificação, utilização, acesso, etc.), têm a incidência da LGPD.

Cabe ressaltar que não se pode conceber uma vedação total à manipulação de dados, já que, em alguns casos, essa manipulação é importante para o desenvolvimento de políticas públicas, bem como para a segurança nacional.

Na redação base da Lei nº 13.709/2018, foi reconhecida a possibilidade de criação de uma Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD), que poderia realizar relatórios de impactos e opiniões técnicas sobre proteção dos dados. Entretanto, a Lei nº 13.853/2019 - fruto das discussões da Medida Provisória nº 869/2018 - introduziu mudanças significativas referentes a tal



órgão. Há, inclusive, possibilidade de que a Autoridade se transforme em ente da Administração Pública Indireta, submetida a regime autárquico especial, conforme dispõe o art. 55-A, §1º e 2º, ressaltando seu caráter transitório.

Tais mudanças referentes à ANPD foram de extrema importância para a aplicabilidade da Lei, visto que o diploma corria o risco de tornar-se inexecutável pela ausência de estruturação do órgão.

Ademais, a Lei nº 13.853/2019 solucionou o óbice em relação à proibição do compartilhamento de dados sensíveis, entre controladores, com finalidade de obtenção de vantagem econômica especificamente em atividades de saúde, o que somente poderá acontecer se os serviços de assistência à saúde demonstrarem: a) benefício aos interesses dos titulares dos dados; e b) para permitir a portabilidade dos dados ou as transações financeiras e administrativas resultantes do uso e da prestação dos serviços (art. 11, §4º). Alteração importante na área da saúde, ainda, foi o acréscimo na redação sobre planos de saúde, proibindo as operadoras desses planos de tratar dados pessoais para seleção de riscos na contratação e exclusão de beneficiários (art. 11, §5º).

No que concerne ao uso compartilhado de dados pessoais pelo Poder Público, foram acrescentados os incisos IV e V, ao §1º, do art. 26. Ambos os incisos preveem os casos em que o Poder Público pode se valer dos dados de seus cidadãos. A saber: quando houver previsão legal; quando a transferência for respaldada em contratos, convênios ou instrumentos congêneres; ou se o objetivo for a prevenção de fraudes e irregularidades, proteção da segurança e a integridade do titular dos dados, sendo vedado o tratamento para outras finalidades.

Nota-se, portanto, que a proteção da pessoa humana no ordenamento jurídico brasileiro é urgente, norteadada pela Constituição, sendo a privacidade, por consequência óbvia, um direito fundamental a ser tutelado. Todavia, a tecnologia, junto com as mudanças sociais, define um novo paradigma em que



informação pessoal e privacidade se interseccionam, e, nisso, os direitos da personalidade se veem frente a diversas formas nunca antes vistas de onde se esboçam obstáculos jurídicos para assegurar a tutela desses direitos.

CONCLUSÃO

A proteção de dados pessoais permite disciplinar a liberdade, a inovação e o desenvolvimento. E, em um cenário em que dados pessoais projetam a maneira como cada indivíduo é visto no mundo, permite também o exercício de direitos de sua cidadania.

A releitura da privacidade do indivíduo como um direito fundamental faz-se necessária, ainda mais com o advento de novas tecnologias e suas aplicações (e implicações). Novas situações exigem uma nova tutela concreta, o que se evidencia, por exemplo, na Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (Lei nº 13.709/2018), a qual constituiu um grande avanço rumo à construção de um sistema de protetivo. Ademais, as mudanças efetuadas pela Lei nº 13.853 contribuem para reduzir as inseguranças jurídicas sobre os contornos e a eficácia da LGPD, bem como aumentar o protagonismo dos titulares dos dados.

Há, inquestionavelmente, complexos desafios impostos pela sociedade atual, para os quais se faz necessária a regulamentação pela via prática da nova Lei. Sem isso, compromete-se a segurança jurídica das atividades empresariais que envolvam o processamento de dados, como a tutela da personalidade e dos dados pessoais dos indivíduos.



REFERÊNCIAS



- BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. São Paulo: Saraiva, 2015.
- BURITI, Victor Novais. Da proteção de dados pessoais como direito da personalidade. In: COELHO, Nuno Manuel Morgadinho dos Santos; MELLO Cleyson de Moraes; PÁDUA, Fabrício Renê Cardoso de (coords.). *Os direitos da personalidade à luz dos novos paradigmas jurídico-metodológicos*. Rio de Janeiro: Processo, 2019. p. 364-377.
- BRUNDAGE, Miles et al. *The malicious use of artificial intelligence: forecasting, prevention, and mitigation*. Cambridge: University of Cambridge, 2018. Disponível em: <https://www.repository.cam.ac.uk/handle/1810/275332>. Acesso em: 28 fev. 2020.
- CASTELLS, M. *A sociedade em rede*. São Paulo: Paz e Terra, 2007.
- DINIZ, Maria Helena. *Teoria geral do direito civil brasileiro*. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. Assembleia Geral das Nações Unidas em Paris. 10 dez. 1948. Disponível em: <http://www.dudh.org.br/wp-content/uploads/2014/12/dudh.pdf>. Acesso em: 2 mar. 2020.
- MENDES, Laura Schertel. *Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor: linhas gerais de um novo direito fundamental*. São Paulo: Saraiva, 2014.
- MENDES, Laura Schertel. Proteção de dados pessoais: fundamento, conceitos e modelo de aplicação. In: *Panorama setorial da internet: Privacidade e dados pessoais*. Brasil: Comitê Gestor da Internet no Brasil, n. 2, 17 jul. 2019. Disponível em: <https://cetic.br/publicacao/ano-xi-n-2-privacidade-e-dados-pessoais/>. Acesso em: 28 fev. 2020.
- PASQUALE, Frank. *The black box society. The secret algorithms that control money and information*. Cambridge:



Harvard University Press, 2015.

PINHEIRO, Patricia Peck. *Proteção de dados pessoais: comentários à Lei n. 13.709/2018 (LGPD)*. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

RUARO, Regina Linden; RODRIGUEZ, Daniel Piñeiro. O direito à proteção de dados pessoais na sociedade da informação. In: *Revista Direito, Estado e Sociedade*, Rio de Janeiro, n. 36, p. 178-199, 12 set. 2014. Programa de Pós-Graduação em Direito da PUC-Rio.

SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite dos; ARAUJO, Marilene. O tempo e o espaço. Fragmentos do marco civil da internet: paradigmas de proteção da dignidade humana. *Rev. Bras. Polít. Públicas*. Brasília, v. 7, nº 3, 2017, p. 159-183.



impostos pela sociedade representa um ato de resistência e alteridade.

Palavras-Chave: Binarismo. Feminicídio. Identidade. Transexualidade. Transfobia.

NOT ONE LESS: TRANS WOMEN EMBRACED BY 13.104/2015 LAW

Abstract: Originating from unequal gender relations, femicide constitutes a social phenomenon of the most extreme act of machismo against a woman. When the law 13.104/15 came into force, many questions arose, including about the passive role of the qualifying and the possibility of the trans women appear as a victim. Derived from this questioning, a doctrinal discussion about the concept of "female sex" arises. Due to a terminological confusion, the initial part of the work seeks to clarify the concepts derived from sexualities; followed by analysis of the draft law and the law in force; with later delimitation of the theories about the passive role of the qualifier, their relativizations and the Modern Criminal Law; finalized by a demonstration of clear legislative omission to protect, restrain and eradicate hate crimes concerning transgender women. For the development of academic production, a social nature approach was chosen, in documentary and bibliographical sources, through historical, comparative, descriptive and dialectical methods. The proposal of this academic production is not to agree with the select-punitive state, but to discuss the need for punishment commensurate with the seriousness of the case and the insertion of trans women in the legal system. The minority of rights today constitute a quantitative majority and breaking with the paradigms imposed by society represents an act of resistance and otherness.

Keywords: Binarism. Femicide. Identity. Transexuality;

Transphobia.

1. INTRODUÇÃO



ma mulher trans, de 25 anos, morre após discussão em bar”. “Mulher trans, de 21 anos, após recusar programa com cliente, morre espancada com uma ripa de madeira em bairro nobre na zona sul de São Paulo”. “Mulher trans, de 21 anos, morre com três tiros na cabeça, em via pública, no Pará”. “Mulher trans, morre aos 24 anos, assassinada em uma construção abandonada na região metropolitana de Belém do Pará”.³ Por “amor” ou desamor, matam-se mulheres e também por preconceito e ódio, matam-se mulheres trans.

Em decorrência da cisnormatividade imposta, a transfobia cresce à medida em que se avança na luta pelos direitos das pessoas trans. A expectativa de vida de uma trans não ultrapassa os 35 (trinta e cinco) anos (ANTRA, 2019), enquanto da população em geral é de 75 (setenta e cinco) anos, são 4 décadas tolhidas em razão do preconceito. Esse trabalho se desenvolve frente ao recrudescimento da violência de gênero contra mulheres trans e a mora no enfrentamento das omissões legislativas.

A situação de desequilíbrio e desigualdade sofrida pelas mulheres é uma afirmação, infelizmente, sabida e contumaz, agravada quanto se trata de mulheres trans, e ao incluir o marcador racial, torna-se ainda mais severo. A proposta do trabalho não é reforçar a ideia de Estado punitivista, mas apresentar a discussão sobre o reconhecimento da mulher trans em âmbito penal. Delimitado este ponto, vale ainda ressaltar que não se objetiva, de forma alguma, conceituar ou apresentar vivências da população LGBTQIA+, mas tão somente expor as discussões em âmbito penal sobre a proteção destinada as mulheres trans

³ Monitoramento de assassinatos trans, disponível em: < <http://redetransbrasil.org.br/category/assassinatos/>>. Acesso em: 24 de maio de 2019.



vítimas de transfeminicídios.

A problemática central se desenvolve com a mora do Estado em cumprir com sua obrigação de proteger aquele que se encontra ameaçado ou violado de seus direitos, especificamente, a mulher trans. Para o desenvolvimento dessa produção acadêmica, traçou-se o seguinte objetivo: analisar o reconhecimento jurídico da mulher trans em âmbito penal para fins de aplicação da qualificadora do feminicídio.

No que tange a metodologia utilizada para a construção do trabalho, optou-se pela abordagem qualitativa em fontes bibliográficas e documentais, a partir dos métodos histórico, comparativo e dialético, bem como, análise de estudo de caso para ressaltar o vácuo normativo e analisar como a mulher trans é vista pelo judiciário.

Vale ressaltar que não há o intento de, com a análise do caso proposto, representar e descrever concisamente o que acontece no mundo. A proposta, é apresentar um paradigma através de um caso prático sobre como o homicídio de uma mulher trans é analisado, especificamente no Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe.

Desta forma, em primeiro momento é apresentado um caso de transfeminicídio ocorrido na capital Sergipano com uma análise da sentença condenatória do agente, seguido de uma breve distinção entre alguns termos da sexualidade humana necessários para melhor compreensão do debate proposto. Posteriormente é analisado os dados sobre o mapeamento das mortes das pessoas trans em 2019 amparado em alguns referenciais afrocêntricos, para então comparar o Projeto de Lei e a Lei vigente da qualificadora do Feminicídio e concluir com as teorias sobre o seu sujeito passivo.

Cientes do inequívoco caráter racial do número de homicídio de mulheres trans, referenciais não ocidentais foram utilizados para discutir o gênero. Este marcador é fundamental posto que quanto um movimento se isenta de discutir as desigualdades



O presente trabalho expõe as discussões sobre a aplicação da qualificadora, mas não milita pelo estado punitivista, entende como incompatível com o movimento trans. Este estado assume características inerentes, quais sejam a seletividade e violência, e assumir uma identidade de gênero dissidente do esperado, já é por si só, violento, estigmatizante e tido como uma punição social, em razão da transfobia (COELHO, 2019, p.25). A população LGBTQIA+ vive imersa em um contexto de violência e desigualdade, e ao bracedar por um movimento de punição, seria impor uma situação redobrada de violência e vulnerabilidades.

A proposta elucidativa do trabalho perpassa pela análise e reflexão de um caso real, que aconteceu no centro da capital Sergipana, na noite do dia 18 de outubro de 2018, por volta das 22h, nas proximidades do Quartel da Polícia Militar. Laysa Fortuna, mulher trans, foi assassinada por Alex da Silva Cardoso, motivado por ódio e desprezo à pessoa da vítima.

Foram levantadas as circunstâncias elementares para os possíveis impulsos à ação do agressor, colhidas com base em depoimentos de pessoas que testemunharam o fato. Alegam que o autor proferiu palavras de ódio e de baixo calão, ameaças às pessoas trans e travestis, imbuídas de manifestações políticas com supedâneo nas últimas declarações do presidencial eleito em 2019. Em outros depoimentos, testemunhas afirmaram que o agente havia tentado manter relações sexuais com a vítima, e quando negado, reagiu violentamente. Ambos casos denotam motivo torpe, crime de ódio e retaliação ao corpo feminino.

Segundo o laudo médico, o sujeito ativo desferiu um golpe de faca na região do tórax de Laysa que não resistiu aos



ferimentos, vindo a óbito no dia seguinte ao trágico evento. Vale ressaltar, que havia policiais militares em patrulhamento na região citada, responsáveis por conduzir o acusado à Delegacia Plantonista Sul, onde, em razão do estado de consciência da vítima no momento do socorro, o caso foi autuado como Lesão corporal leve e o agressor foi liberado.

Diante dos fatos apresentados, o Ministério Público apresentou denúncia em desfavor do algoz, incurso no delito de homicídio doloso, qualificado por motivo torpe, previsto no art. 121, §2º do Código Penal Brasileiro, com a incidência da Lei dos Crimes hediondos. Nos seus termos (2018, p. 129), extraiu-se as seguintes informações: “Diante dos elementos de informação arregimentados, visualiza-se que a presente ação ocorreu em um reiterado contexto de violência decorrente de sentimentos homofóbicos, caracterizando assim a torpeza”.

Em sua defesa, o acusado (Alex), alegou embriaguez e inocência. Julgado pelo Tribunal do Júri e condenado à pena privativa de liberdade de 12 anos em regime fechado. Segue abaixo, dispositivo da sentença, onde é realizada a sopesagem sobre as circunstâncias judiciais para a fixação da pena, conforme exige o Código Penal (art. 59)

A conduta do acusado se revelou normal à espécie delitiva, não sendo, portanto, merecedora de censurabilidade mais destacada.

O acusado não possui antecedentes criminais;

Sobre a conduta social, enquanto comportamento do agente perante a sociedade, bem como sobre sua personalidade, não há informações significativas nos autos que possam lhe desfavorecer.

A motivação não merece consideração nesta fase da dosimetria da pena, posto que foi apreciada a título de circunstância qualificadora atribuída ao tipo penal.

As circunstâncias do delito, como também suas consequências, são aquelas normalmente decorrentes do tipo.

O comportamento da vítima em nada contribuiu para a atuação do agente, não tendo o que ser valorado.

PENA-BASE:

EM sendo assim, analisadas as circunstâncias judiciais e não



havendo circunstâncias desfavoráveis ao Réu, fixo-lhe a pena base privativa de liberdade de 12 (*doze*) anos de reclusão.

ATENUANTES E AGRAVANTES:

Não há circunstâncias atenuantes ou agravantes. Assim, mante-nho a pena intermediária privativa de liberdade em 12 (*doze*) anos de reclusão.

CAUSAS DE AUMENTO E DIMINUIÇÃO:

Inexistem causas de aumento ou diminuição de pena, razão pela qual, torno definitiva a pena privativa de liberdade de 12 (*doze*) anos de reclusão.

Traduziu-se o trágico evento num homicídio em praça pública, apesar da manifesta transfobia, vislumbra-se a não aplicação da qualificadora feminicídio, quando presente as condições ensejadoras para tal. A conduta foi desferida contra uma mulher em razão do seu gênero e por se negar a ter relações sexuais com o sujeito. A não aplicação da qualificadora reflete a perseverança em não reconhecer a mulher trans em âmbito penal e o conservadorismo do Judiciário, em uma nítida negação da variedade de identidades que constituem as sexualidades humanas.

O feminicídio, não é apenas uma qualificadora do homicídio, mas também uma luta político-social, que visa proteger a mulher, proibir e coibir a violência de gênero. Uma das hipóteses para o seu enquadramento é o “menosprezo ou discriminação à condição de mulher”, situação essa, presente no caso em questão.

3. SEXO BIOLÓGICO, ORIENTAÇÃO SEXUAL E IDENTIDADE DE GÊNERO

Existe uma confusão entre os conceitos de sexo biológico, orientação sexual e identidade gênero, que se torna imprescindível destrinchá-los⁴. A má compreensão é tamanha que na

⁴ Atem-se ao fato, que neste capítulo, em especial, os conceitos apresentados são com base no adotado pelos doutrinadores ocidentais, para posteriormente apresentar um contraponto à luz das teorias afro latino-americanas.



própria denúncia pelo Ministério Público, conforme apresentado acima, é possível percebê-la, nos seus exatos termos: “[...] contexto de violência decorrente *de sentimentos homofóbicos*, caracterizando assim a torpeza”. Em uma leitura sobre o ocorrido, percebe-se que não há homofobia e sim transfobia, há um crime de ódio marcado pelo gênero.

O principal entrave para a definir e entendê-los gira em torno da dificuldade da própria sociedade em aceitar que a sexualidade possui uma abrangência superior a reprodução e satisfação do prazer.

O problema é o seguinte: como se explica que, em uma sociedade como a nossa, a sexualidade não seja simplesmente aquilo que permita a reprodução da espécie, da família, dos indivíduos? Não seja simplesmente alguma coisa que dê prazer e gozo? [...] Acho que os movimentos ditos de "liberação sexual" devem ser compreendidos como movimentos de afirmação "a partir" da sexualidade. Isto quer dizer duas coisas: são movimentos que partem da sexualidade, do dispositivo de sexualidade no interior do qual nós estamos presos, que fazem com que ele funcione até seu limite; mas, ao mesmo tempo, eles se deslocam em relação a ele, se livram dele e o ultrapassam. (FOUCAULT, 1999, pp. 229-235).

Neste ponto, urge frisar que tais conceitos não são sinônimos e não estão necessariamente relacionados, para refletir sobre a temática proposta, é necessário separá-los analiticamente. Sexo biológico, diz respeito a anatomia biológica de uma pessoa, sua genitália de nascimento, seus cromossomos e seus hormônios (JESUS, 2012, p.8). A determinação do homem e mulher por questões unicamente biológicas, originou um sistema binário de gênero, responsável por estabelecer regras comportamentais arbitrárias e adequadas para cada sexo, um pressuposto da determinação natural das condutas.

Além da desigualdade de gêneros, originadas pelo sistema binarista, esse também é responsável por definições de padrões socialmente aceitos, onde aquele que não corresponde com o paradigma imposto está sujeito a consequências materiais

violentas e sofrem com um processo de exclusão. Barbosa (2014, s.p) demonstra em uma brilhante comparação às formas geométricas, o quão limitada nossa sociedade está:

Se pegar uma criança que está no início de seu aprendizado escolar, ao receber a tarefa de encaixar certas formas geométricas em suas respectivas vagas, se utilizando de um triângulo e um círculo, ele tem que encaixar essas duas formas em seus locais específicos, e caso ele/ela tente encaixar um no lugar do outro, não conseguirá, pois não teria como colocar um círculo no lugar de um triângulo e nem um triângulo em um espaço apropriado para um círculo, mas se ao invés disso, a criança colocar uma das formas geométricas em seu encaixe ele caberá perfeitamente, pois um triângulo só pode ser um triângulo e um círculo só pode ser um círculo.

Apesar da sutileza do exemplo, não poderia ser mais didático. A sociedade tenta a todo custo tratar as pessoas e a sua sexualidade como um painel de encaixe, onde uma figura determinada tem que, necessariamente, se encaixar no local que a ela foi estabelecido. Diante do exposto, é perceptível a incapacidade da biologia e do sistema binário de gêneros⁵ em comportar a variedade de identidades que compõem a sexualidade humana. A identidade de gênero é uma construção social de como uma pessoa se identifica, se reconhece e quer ser reconhecida perante a sociedade. Cunha (2015, p.19), complementa:

A identidade de gênero está atrelada ao conceito de pertencimento de cada um, na sua sensação ou percepção pessoal quanto a qual seja o seu gênero (masculino ou feminino), independentemente de sua constituição física ou genética [...] não

⁵ Para descolonizar o paradigma da teoria binária de gênero, surge a Teoria Queer, com o objetivo de mobilizar criticamente contra as normas sociais de gênero. *Queer* pode ser traduzido como “excêntrico, raro, extraordinário” e a teoria propõe uma discussão sobre identidade sexual, além do vínculo com o sexo biológico, com a inclusão daqueles que vivem em uma “incoerência” de gênero-corpórea. Judith Butler (2010, p.25), defende o sexo e o gênero como uma constante mutabilidade e construção sociocultural: “Se o caráter imutável do sexo é contestável, talvez o próprio construto chamado ‘sexo’ seja tão culturalmente construído quanto o gênero; a rigor, talvez o sexo sempre tenha sido o gênero, de tal forma que a distinção entre sexo e gênero revela-se absolutamente nenhuma”. A teoria *Queer* enfrenta a heterossexualidade compulsória, assim, encontra-se aberta para intervenções e ressignificações.



existe determinismo biológico quando se fala da construção da identidade sexual, vez que esta se molda além do plano do meramente físico ou anatômico, sendo sexo e gênero elementos distintos, havendo este último de prevalecer sobre aquele no que se refere à formação da identidade da pessoa. (grifou-se).

Como já afirmado, a identidade de gênero e o sexo biológico, não necessariamente se comunicam, a identidade é social e não biológica, definida pela autopercepção. Há pessoas que se identificam com o órgão genital de nascimento, chamadas de “cisgêneros”, e aqueles que não se identificam são nominados de “transgêneros” (JESUS, 2012, p.10).

A transexualidade é uma das múltiplas expressões identitárias, caracterizadas pelo conflito com as normas de gênero, é uma manifestação contra o determinismo biológico e ao sistema binário de identificação. A identidade de gênero autodefinida por uma pessoa, configura-se como sua representação perante a sociedade, e um dos aspectos básicos da garantia de liberdade e dignidade.

A compreensão de vida digna abrange, assim, o direito de serem identificados, civil e socialmente, de forma coerente com a realidade psicossocial vivenciada, a fim de se combater, concretamente, qualquer discriminação ou abuso violadores do exercício de sua personalidade. [...]

Sob essa ótica, devem ser resguardados os direitos fundamentais das pessoas transexuais não operadas à identidade (tratamento social de acordo com sua identidade de gênero), à liberdade de desenvolvimento e de expressão da personalidade humana (sem indevida intromissão estatal), ao reconhecimento perante a lei (independentemente da realização de procedimentos médicos), à intimidade e à privacidade (proteção das escolhas de vida), à igualdade e à não discriminação (eliminação de desigualdades fáticas que venham a colocá-los em situação de inferioridade), à saúde (garantia do bem-estar biopsicofísico) e à felicidade (bem-estar geral). (Resp: Recurso Especial nº 1.626.739 – RS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão.)

A abstração do conceito apresentado é proposital, tem-se aqui uma impossibilidade de delimitar e conceituar as pessoas trans/travestis, em primeiro ponto porque esta definição cabe



assassinatos. (Antra, 2019, p. 36) (*grifou-se*)

É indissociável a discussão racial nestes parâmetros, e consequentemente, seria ilógico não apresentar a visão africana sobre gênero. Estruturada sobre seus próprios interesses e próprias conceitos, a visão ocidental não abarca todas as circunstâncias e peculiaridades necessárias, nas palavras de Oyêwùmí (2017, p.156):

Seu estímulo original enraizou a suposição de que gênero é um modo natural de categorização em qualquer sociedade e que o privilegio masculino é a expressão definitiva dessa categoria. Em geral, esta suposição foi importada do modelo histórico europeu, devido à colonização e a formação educacional dos historiadores e historiadores de origem Africana, que não se desviaram do modelo ocidental que tinham como referência e aceitaram como dado.

Dentre algumas das tradicionais famílias africanas, tem-se a ioruba, nesta o modelo familiar não possui gênero, os papéis são definidos pela senioridade, não há designação de “menino” ou “menina”, utilizam a palavra “omo”, “que designa prole, descendência” (CIRNE, 2017, p.106), em razão dessa não tipificação de gênero, a “transexualidade” não é tida como um estigma social, mas unicamente como uma manifestação do próprio ser.

Anin Urasse (2016, s.p)⁷ apresenta uma contraproposta as teses europeias, as “fobias” são típicas do projeto ocidental branco, este deve ser combatido como um todo, a luta baseada única e exclusivamente na equidade de gênero, abala as eficácias das políticas públicas, e acabam por gerar em seu próprio movimento, relações desiguais. Ademais, as lutas das mulheres no continente africano, eram/são pautadas em efetividade política, não necessariamente pautavam-se na discussão de gênero.

No que se trata a orientação sexual, tem-se que observar que a homossexualidade, tampouco a heterossexualidade, são naturais nas tradicionais famílias africanas. As pessoas que se relacionam com o mesmo gênero são reputadas como guardiãs

⁷ Disponível em: <https://pensamentosmulheristas.wordpress.com/>



da aldeia e não é tido como algo optativo e negativo, mas como uma característica inerente da própria pessoa.

Essas crianças nascem guardiães, com propósitos específicos e são estimuladas a cumprir o papel para o qual nasceram, no interesse da comunidade. Na aldeia, a homossexualidade é vista diferentemente do que no Ocidente, em parte porque toda sexualidade tem base no espírito. (SOMÉ, 2007, 139-142)

Por fim, não se afirma que a LGBTfobia ou os crimes de ódio por ela motivados não existam no continente Africano, mas sim, que não são uma condição natural do continente, mas posições eurocêntricas.

Os dados acima apontados demonstram que o homicídio motivado pela LGBTfobia incide mais em pessoas negras que pessoas não-negras, e a isso, conclui-se que a dissidência de gênero por si só, não é a causa exclusiva dos assassinatos, mas que o racismo incide como fator predominante. Não se mata unicamente por ser uma pessoa trans ou travesti, mata por ser uma pessoa trans ou travesti negra, efetivando dois genocídios em um mesmo curso.

5. VIOLÊNCIA DE GÊNERO OU SEXO? – ANÁLISE DA LEI 13.104/15

A existência da mulher é uma história de ausência de autonomia, igualdade e direitos. A trajetória do ser feminino como ser-percebido, em paráfrase a Bordieu (2002, s.p), e sujeito de direitos é definida pelas intensas rupturas de uma sociedade marcada pelas relações desiguais de poder, expressas através de inúmeras formas de exclusão, discriminação, menosprezo e exclusão.

O recrudescimento da violência contra a mulher, bem como, seu processo emancipatório e o declínio gradativo do patriarcalismo, influenciaram – e ainda influenciam – na edificação de um legislativo e judiciário propensos a tutelarem seus direitos. Saffioti (2004, p.17) conceitua a violência como toda



forma de ruptura da integridade de uma pessoa, seja ela, física, psíquica, sexual e moral, assim, o feminicídio configura o ápice da violência machista sobre uma mulher por razões de gênero.

Marcado por um cenário de violências sistemáticas e estruturais, a violência contra a mulher não atinge apenas a seara pessoal da vítima, mas se constitui como um fenômeno sócio-político. A violência destinada à uma mulher, não é voltada apenas aquela, mas todo o contingente feminino. Em cumprimento com a obrigação de proteger e promover os direitos das mulheres, em 9 de março de 2015, a então Presidenta da República, Dilma Rousseff, sancionou a Lei 13.104, que altera o Código Penal, para prever o feminicídio como circunstância qualificadora do crime de homicídio (art.121) e incluir o feminicídio no rol dos crimes hediondos.

Quando do momento da promulgação da Lei, surgiu uma discussão sobre as distinções geradas entre um homem e uma mulher, em razão desta proteção específica. A despeito do absurdo, é necessário expor suas motivações. A proteção exclusiva às mulheres se justifica em razão da sua histórica posição de vulnerabilidade, insegurança e ameaça de perigo concreto às suas vidas. A qualificadora surge ante a incapacidade do caput, do homicídio simples, oferecer tratamento adequado, necessário e proporcional à gravidade do fato. Como explica a professora Alice Bianchini (2015, s.p):

Não se trata de dar um tratamento vantajoso para as mulheres à custa dos homens, senão de se conceder uma tutela reforçada a um grupo da população cuja vida, integridade física e moral, dignidade, bens e liberdade encontram-se expostas a uma ameaça específica e especialmente intensa, evitando violarmos o princípio da proteção deficiente.

A utilização do termo “feminicídio”, nominado como um contrapeso à apatia do termo “homicídio”, reforça a existência de violência baseada no gênero como um fenômeno social e não um evento isolado, combate a caracterização de crimes passionais ou de foro íntimo e obriga o Estado a agir frente a este



fenômeno da violência.

Outro ponto marcante em todo o contexto da qualificadora se faz em razão das alterações sofridas até entrar em vigor. Para a formação de uma lei é necessária uma sequência de atos e aprovações, no caso da Legislação em estudo, o projeto de lei foi da iniciativa do Deputado Carlos Sampaio, aprovado nesta casa, segue para o Senado Federal, que exerce o papel de Casa Revisora, para então ser sancionado ou vetado pelo Poder Executivo.⁸

Após inúmeras alterações⁹, a que mais salta aos olhos diz respeito a substituição dos termos “razões de gênero”, conforme empregado por legislações de outros países, para “condição de sexo feminino”. A mudança é decorrente de imposições de uma bancada conservadora do Congresso Nacional que obstava o prosseguimento das votações, e a fim de garantir sua aprovação foi reescrita e sancionada pela Presidenta Dilma Rousseff.

Segue abaixo uma tabela comparativa entre o Projeto de Lei nº 292 (2013) e a Lei em vigor nº 13.104/15, atem-se a substituição das expressões acima mencionadas.

⁸ MORAES, de Alexandre. *Direito Constitucional*. 32. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2016.

⁹ Tramitação acompanhada pelo sitio da Câmara de Deputados, disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=597943>. Acesso em: 27 de fev. 2021.



TABELA 1: Comparativo entre o Projeto de Lei e a Lei em vigor

<i>Projeto de Lei 8305/14</i>	<i>LEI 13.104/15 (vigor)</i>
Homicídio qualificado	Homicídio qualificado
Art. 121. [...]	Art. 121. [...]
§ 2º Se o homicídio é cometido: [...]	§ 2º Se o homicídio é cometido: [...]
Feminicídio	Feminicídio
VI – contra a mulher por razões de gênero;	VI – contra a mulher por razões da condição de sexo feminino:
Pena: reclusão, de 12 a 30 anos.	Pena: reclusão, de 12 a 30 anos.
§ 2º-A. Considera-se que há razões de gênero quando o crime envolve:	§ 2º-A. Considera-se que há razões de condição de sexo feminino quando o crime envolve:
I – violência doméstica e familiar;	I – violência doméstica e familiar;
II – menosprezo ou discriminação à condição de mulher. (<i>grifo nosso</i>)	II – menosprezo ou discriminação à condição de mulher. (<i>grifo nosso</i>)

Fonte: Autoras

Ao submeter as imposições de um conservadorismo cada vez mais marcante e atuante nos processos legislativos, a intenção em restringir a aplicação da qualificadora às mulheres trans é evidente. Apesar de reprovável, as alterações exigidas foram acolhidas a fim de se ter a aprovação, a custo das demais mulheres que ficaram à margem da lei. Castilho (2015, pg. 4-5) ludifica que:

Na Câmara dos Deputados a cláusula definidora do feminicídio: “razões de gênero” foi substituída por “razões de condição de sexo feminino”. A substituição foi qualificada como emenda de redação, para justificar a não devolução do projeto à Câmara. Mas bem sabemos que não se trata de mera emenda de redação, pois visou restringir a aplicabilidade do feminicídio a transexuais mulheres. Ademais, a palavra gênero é perigosa, pois subverte a ordem, dita da natureza, do binarismo sexual de machos e fêmeas.

A substituição não constitui apenas uma modificação do corpo da lei, mas representa a resistência parlamentar em reconhecer o gênero e incluir as minorias nas proteções legais. A obstrução coloca em risco as mulheres trans, multiplicadamente indefesas e vítimas desta exclusão.

6. SUJEITO PASSIVO E AMPLITUDE PROTETIVA



A manobra legislativa de supressão do termo para limitar sua aplicação é nítida, entretanto, doutrinadores passaram a discutir a sua incidência e os seus sujeitos passivos em razão da abstração da lei. É incontroverso que para aplicação da qualificadora é imperioso a motivação em razão do sexo feminino, assim surge o seguinte questionamento: o que se entende por “condição de mulher”? Na doutrina, há três correntes cuja finalidade é responder esta indagação e delimitar o sujeito passivo da qualificadora, são elas: Teoria Biológica, Teoria Jurídico Cível e Teoria Psicológica.

6.1. TEORIA BIOLÓGICA

De cunho mais conservador, os adeptos da Teoria Biológica definem a mulher pelo crivo estritamente genético. Assim, pelo critério biológico, uma mulher ou homem são identificados pelo sexo morfológico - resultado do conjunto das características genitais (vagina e pênis, testículos e ovários) -, sexo genético - determinação cromossômica - e sexo endócrino - produção hormonal - (BARROS, 2015, s.p).

De acordo com essa corrente, mesmo após realizada a cirurgia de redesignação sexual, a mulher trans, para critérios de aplicação da qualificadora, permanece como homem. A cirurgia apenas modifica a sua genitália, mas geneticamente permanece como homem. O Juiz federal, Márcio André Cavalcante (2015, s.p) filia-se a esta teoria, e afirma que a mulher trans terá todos os seus direitos respeitados exceto para agravar a situação do réu:

Não pode o intérprete, a pretexto de respeitar a livre expressão sexual do transexual, valer-se de analogia para punir o agente. Enfim, a transexual que realizou a cirurgia e passou a ter identidade sexual feminina é equiparada à mulher para todos os fins de direito, menos para agravar a situação do réu. Isso porque, em direito penal, somente se admitem equiparações que sejam feitas pela lei, em obediência ao princípio da estrita legalidade. (grifou-



se).

De acordo com esta teoria e com a citação acima, uma mulher trans será assim reconhecida em todos os âmbitos, exceto para agravar a situação do réu, desta forma, em seus termos, Laysa não poderia ser vítima da qualificadora do feminicídio, posto que sua pena é superior ao homicídio comum, agravando, conseqüentemente, a situação do seu algoz.

A defesa do Juiz para não aplicação da qualificadora às mulheres trans, faz surgir um debate entre analogia e interpretação extensiva que carecem de alguns apontamentos. A analogia é forma de autointegração da lei, em decorrência de fato novo, não abrangido pelos normativos, o aplicador do direito utiliza de disposição legal destinada a fato semelhante, desde que presente os requisitos necessários exigidos pelo tipo (TAVORA, 2016, p.30).

A utilização do recurso da analogia como forma de integrar a lei penal, não está condicionada ao livre arbítrio do órgão julgador, mas deve preencher os requisitos, quais sejam: 1) lacuna legal; 2) similaridade fática e 3) aplicação favorável ao réu.

Enquanto, ao se tratar da interpretação extensiva, há uma lei, porém, é necessário se utilizar de interpretação para reintegrar à vontade legislativa com o propósito de alcançar a sua real finalidade. A omissão legislativa constitui um risco a segurança jurídica, e a extensão da aplicação de uma lei se justifica em face de um bem maior a ser protegido: a vida de uma pessoa. A professora Isadora Machado (et. al, 2017, p.10), aborda sobre o assunto:

Portanto, não deve ser considerado válido o argumento de que a aplicação da Lei do Feminicídio às mulheres trans se constitui como uma analogia in malam partem e, que, por isso, deve ser considerada ilegal. A extensão da aplicabilidade da qualificadora do feminicídio para as mortes praticadas contra qualquer mulher em razão do gênero feminino pode ser realizada através de uma simples interpretação extensiva da norma. *Não se trata de aplicar a norma a um caso análogo não previsto em lei, mas sim estender o alcance da norma de acordo com sua própria*



vontade, por meio de um processo interpretativo. [...] Não se deve transpor os limites assinalados pela lei, e sim fazer um exercício de interpretação para se chegar até eles. No entanto, apesar de o abandono do teor explícito da norma se constituir, potencialmente, como um perigo para a segurança jurídica, uma reinterpretção e extensão desse teor é justificável “em face de mal maior, comprovado. (grifo nosso).

Conforme apresentado, por Machado, na citação acima, a teoria biológica é restrita, em diversos aspectos, restringe o alcance da qualificadora, restringe o conceito de “condição de sexo feminino”, e principalmente, o que é ser mulher. A aplicação às mulheres trans não busca transpor os limites penais, tampouco agravar a situação do réu, mas para abarcar um bem jurídico potencialmente em perigo.

6.2. TEORIA JURÍDICO CÍVEL

Com tendência um pouco mais moderna, a teoria jurídica cível, admite como mulher, para termos de aplicação da qualificadora, aquela que se submete ao procedimento cirúrgico e retifica o nome e gênero no registro, assim, reconhecida na seara cível, o âmbito penal não pode lhe conferir tratamento diferente (ESTEFAM, 2016, p.147-148).

Alguns outros doutrinadores também se filiam a esta doutrina, Delmanto (2016, p. 689) parte do pressuposto que para se configurar o feminicídio o registro civil deve reconhecer a vítima como mulher, ou seja, para aplicação da qualificadora a vítima deve estar com seus dados registraes retificados. Rogério Sanches Cunha (2016, p.66) coaduna de mesmo entendimento:

A nosso ver, a mulher de que trata a qualificadora é aquela assim reconhecida juridicamente. No caso de transexual que formalmente obtém o direito de ser identificado civilmente como mulher, não há como negar a incidência da lei penal porque, para todos os demais efeitos, esta pessoa será considerada mulher.

Apesar dos últimos dois doutrinadores não dispuserem expressamente sobre a necessidade da realização de cirurgia de



redesignação sexual, como comumente conhecida, à época das teorias analisadas – 2015 – 2017 –, a retificação do nome e gênero no registro civil estava condicionado a realização da cirurgia. Em razão das alterações posteriores, se faz imprescindível adotar um marcador temporal, posto que em junho de 2018 houve a edição do Provimento 73 possibilitando a alteração registral sem tal imposição cirúrgica. Em seu preâmbulo, o Provimento 73 (CNJ, 2018, s.p), dispõe:

CONSIDERANDO a decisão do Supremo Tribunal Federal que conferiu ao art. 58 da Lei n. 6.015, de 31 de dezembro de 1973, interpretação conforme à Constituição Federal, reconhecendo o direito da pessoa *transgênero* que desejar, independentemente de cirurgia de redesignação ou da realização de tratamentos hormonais ou patologizantes, à substituição de prenome e gênero diretamente no ofício do RCPN (ADI n. 4.275/DF).

Apesar de impor alguns requisitos para a retificação, dentre eles, a cirurgia não se faz mais necessária. Em apartada síntese, prevalece a comunicação entre os âmbitos cível e penal, quando uma mulher é assim reconhecida pelo primeiro, não há razão para que o segundo venha a diferir. À luz desta teoria, frente aos novos contornos sociojurídicos, compreende que basta apenas a retificação do registro para fins de aplicação da qualificadora do feminicídio.

6.3. TEORIA PSICOLÓGICA

A teoria psicológica comunica-se intimamente com o conceito de identidade de gênero. Seu critério é fundado em como a pessoa se identifica, independentemente da realização do procedimento cirúrgico ou retificação do nome e gênero. “Embora seja do sexo masculino, psicologicamente, acredita pertencer ao sexo feminino, ou vice-versa, vale dizer, mesmo tendo nascido mulher, acredita, psicologicamente, ser do sexo masculino”, assim define o professor penalista Rogério Greco (2015, s.p.).

Ao condicionar a incidência da qualificadora à realização



[...] existem pessoas que, embora sejam transexuais – possuem o sexo registral diferente daquele com o qual se identificam – não possuem uma aversão a sua genitália, convivem bem com ela e não tem como principal problema a sua adequação. [...] A sociedade clama um comportamento da pessoa de acordo com o gênero com o qual foi registrada; no entanto, o sentimento interno, sua psique não espelha essa realidade. Esse sim é o principal problema desses indivíduos, não é a adequação da genitália, mas, sim, sua adequação ao mundo externo, à sociedade, a começar pela alteração de seu prenome e a retificação de seu gênero sexual.

Princípio 3. DIREITO AO RECONHECIMENTO PERANTE A LEI.

Toda pessoa tem o direito de ser reconhecida, em qualquer lugar, como pessoa perante a lei. As pessoas de orientações sexuais e identidades de gênero diversas devem gozar de capacidade jurídica em todos os aspectos da vida. A orientação sexual e identidade de gênero autodefinidas por cada pessoa constituem parte essencial de sua personalidade e um dos aspectos mais básicos de sua autodeterminação, dignidade e liberdade. *Nenhuma pessoa deverá ser forçada a se submeter a procedimentos médicos, inclusive cirurgia de mudança de sexo, esterilização ou terapia hormonal, como requisito para o reconhecimento legal de sua identidade de gênero.*

Sob mesmo enfoque de proteção a dignidade da pessoa



trans e desenvolvimento da pessoa, a Ministra Nancy Andrigli, traz ensinamentos acerca da violência extracorpórea perante o não reconhecimento da identidade de gênero:

Conservar o sexo masculino no assento de nascimento do recorrente, em favor da realidade biológica e em detrimento das realidades psicológica e social, bem como morfológica, pois a aparência do transexual redesignado, em tudo se assemelha ao sexo feminino, equivaleria a manter o recorrente em estado de anomalia, deixando de reconhecer seu direito de viver dignamente. Assegurar ao transexual o exercício pleno de sua verdadeira identidade sexual consolidada, sobretudo, o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, cuja tutela consiste em promover o desenvolvimento do ser humano sob todos os aspectos, garantindo que ele não seja desrespeitado tampouco violentado em sua integridade psicofísica. (REsp 1.008.398/SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 15.10.2009, DJe 18.11.2009)

A inércia do Estado em promover a identidade de gênero e restringir a aplicação da qualificadora por questões inidôneas é agir em desrespeito aos preceitos constitucionais. Sobre a temática da omissão estatal, em voto de ADC sobre o tratamento diferenciado entre gêneros, ante as peculiaridades atinentes a mulher na cultura brasileira, a Ministra Rosa Weber elucida:

Sob a óptica constitucional, a norma também é corolário da incidência do princípio da proibição de proteção insuficiente dos direitos fundamentais, na medida em que ao Estado compete a adoção dos meios imprescindíveis à efetiva concretização de preceitos contidos na Carta da República. *A abstenção do Estado na promoção da igualdade de gêneros e a omissão no cumprimento, em maior ou menor extensão, de finalidade imposta pelo Diploma Maior implicam situação da maior gravidade político-jurídica, pois deixou claro o constituinte originário que, mediante inércia, pode o Estado brasileiro também contrariar o Diploma Maior.* (STF, 2012). (Grifo nosso).

No Direito Penal moderno, a teoria psicológica é a que melhor se adequa aos interesses e necessidades da sociedade atual, reconhece como mulher aquela que assim se apresenta, independentemente de outros requisitos jurídicos. Ademais, a teoria harmoniza com os avanços internacionais sobre a temática e



corroborar com a premissa que deixar à margem da proteção legal, a trans que se reconhece, identifica, age íntima e socialmente como mulher, é uma discriminação que afronta os princípios constitucionais e viola os Direitos Humanos.

Fundamentado com a recente alteração legislativa sobre a Lei Maria da Penha (Lei 11.340/06), que compreendeu como inclusas na proteção assegurada pela lei, as mulheres trans e travestis, o Des. Waldir Leôncio Lopes Júnior, do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, em sede recursal, reconheceu a incidência da qualificadora:

Por outro lado, não se pode deixar de considerar a situação de dupla vulnerabilidade a que as pessoas transgêneros femininas, grupo ao qual pertence a ofendida, são expostas "por um lado, em virtude da discriminação existente em relação ao gênero feminino, e de outro, pelo preconceito de parte da sociedade ao buscarem o reconhecimento de sua identidade de gênero".

[..]

Na espécie, a inclusão da qualificadora do feminicídio decorreu do fato de o crime ter sido praticado (fl. 2B), "por ódio à condição de transexual de Jéssica", uma vez que, enquanto os acusados agrediam fisicamente a vítima, também diziam a ela que "era para virar homem".

Assim, malgrado os fatos descritos na denúncia não se tratar de violência praticada no âmbito doméstico e familiar, *a imputação do feminicídio se deveu ao menosprezo ou discriminação à condição de mulher trans da ofendida (inciso II do §2º-A do art. 121 do CP), extraídos da conduta delitiva preconceituosa atribuída aos réus.* (TJDFT, RESE 2018710019530, Rel.Des. Waldir Leôncio Lopes Junior, 2019). (*grifou-se*)

O entendimento adotado pelo ilustríssimo magistrado, em situação semelhante ao que ocorreu com Laysa Fortuna, foi inovador, e diferente do Tribunal Sergipano, dá um passo para o reconhecimento da mulher trans em âmbito penal, não somente como autora de crimes, como é comumente taxada, mas como uma vítima corretamente enquadrada nos tipos penais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS



Para enfrentar o transfeminicídio, é mister reconhecer a existência dessas mulheres e admitir que são vítimas constantes da sociedade binária de gênero e de um ordenamento jurídico inoperante às suas necessidades. E compreender que as violências de gênero sofridas por mulheres cis, são diferentes das sofridas por mulheres trans, mas não opostas.

A violação de direitos em decorrência da identidade de gênero constitui um padrão assentado na sociedade com persistência da omissão do Poder Público, o que o torna tão responsável quanto os próprios agentes diretos por cada vida ceifada em razão da transfobia. O policiamento da sexualidade e a cisonormatividade compulsória são incompatíveis com a diversidade e o pluralismo, preceitos fundamentais presentes na Carta Magna, ao lado da dignidade da pessoa humana, liberdade existencial e a igualdade sem distinção.

O Brasil silenciou demasiadamente sobre a proteção específicas às mulheres vítimas de violência doméstica, antes da Lei Maria da Penha, e a história se repete quanto às vidas trans, marginalizadas e à mungua do direito, como o feminicídio ocorrido, apesar de assim não ter sido reconhecido pelo Tribunal de Júri do Estado de Sergipe, da Laysa que perdeu sua vida e não teve seu gênero respeitado.

O papel principal do Direito é atuar como dirimente dos conflitos sociais e sua omissão em discutir identidade de gênero repercute em uma falha para com as necessidades da sociedade em tese. O direito à autodeterminação do gênero decorre do livre desenvolvimento pessoal e da vida privada, cabe ao Estado apenas o papel de reconhecê-la e não limitar seus direitos.

Por se tratar de um ambiente predominantemente cis, branco e masculino, há uma resistência em discutir raça e gênero em âmbito penal e no próprio Congresso, conforme observou-se ao longo deste trajeto. Apesar das glórias alcançadas pela luta incansável, principalmente das mulheres, em busca da equidade de gênero, não pode olvidar que foram pautadas em perspectivas



brancas e eurocênticas, sem se atentar às visões constantemente marginalizadas, como das mulheres trans e das mulheres pretas.

Em razão dos inúmeros silenciamentos, o trabalho, apesar de pautado nas discussões eurocênticas sobre gênero, também buscou apresentar, ainda que sucintamente a visão africana sobre sexualidade. Por fim, este não busca, de forma alguma, se inserir ou militar ao lado de um estado punitivista, reconhece a sua incompatibilidade com o movimento trans, bem como a sua completa disfuncionalidade para as necessidades sociais.



REFERÊNCIAS

- ANTRA. *Dossiê dos assassinatos e da violência contra travestis e transexuais brasileiras em 2019*. Org. Bruna Benevides, Sayonara Naider Bonfim Nogueira. São Paulo: Expressão Popular, ANTRA, IBTE, 2020.
- BARBOSA, Bruno Rafael Silva Nogueira. *Construindo Uma Identidade dos Direitos Trans: Uma busca por uma Adequação do gênero aos seus Direitos Previdenciários*. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 14 jun. 2014. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,48601.html>. Acesso em: 24 de mar de 2019.
- BIANCHINI, Alice. *O feminicídio*. 2015. Disponível em: <https://professoraalice.jusbrasil.com.br/artigos/171335551/o-feminicidio>. Acesso em: 18 de maio de 2019.
- BORDIEU, Pierre. *A dominação masculina*. Tradução de Maria Helena Kühner, 2 ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002.



- BRASIL, Conselho Nacional de Justiça. Provimento 73, de 28 de junho de 2018. *Dispõe sobre a averbação da alteração do prenome e do gênero nos assentos de nascimento e casamento de pessoa transgênero no Registro Civil das Pessoas Naturais (RCPN)*. Brasília, DF, 2018. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3503>. Acesso em: 21 de maio de 2019.
- BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. *Código Penal*. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 24 de maio de 2019.
- BRASIL, Lei nº 13.104, de 9 de março de 2015. *Altera o art. 121 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, para prever o feminicídio como circunstância qualificadora do crime de homicídio, e o art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, para incluir o feminicídio no rol dos crimes hediondos*. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13104.htm. Acesso em: 22 de maio de 2019.
- _____, Projeto de Lei do Senado nº 292, de 2013. *Altera o Código Penal, para inserir o feminicídio como circunstância qualificadora do crime de homicídio*. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=858860>. Acesso em: 18 de maio de 2019.
- BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe. Ação Penal de Competência do Júri. Direito Penal, Crimes contra a vida, Homicídio Simples. Autor: Ministério Público do Estado de Sergipe. Réu: Alex da Silva Cardoso. Aracaju, DJE: 11 de novembro de 2019. Disponível em:

https://www.legalnote.com.br/diarios/diario-oficial-do-tribunal-de-justica-do-estado-de-sergipe-tjse/2019-07-17/tjse_2019_07_17txt/201820500409. Acesso em: 19 de dez. 2019.

CAMPOS, Carmen Hein de. Feminicídio no Brasil – uma análise crítico-feminista. In: *Violência, Crime e Segurança Pública*. Porto Alegre: Sistema Penal & Violência, vol. 7, p. 103-115. Porto Alegre: 2015. Disponível em: <http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/sistema-panaleviolencia/article/view/20275>.

BARROS, Francisco Dirceu. Estudo completo do feminicídio. *Revista Síntese Direito Penal e Processual Penal*. São Paulo. Disponível em: <https://franciscodirceubarros.jusbrasil.com.br/artigos/173139537/feminicidio-e-neocol-povulvoplastia-as-implicacoes-legais-do-conceito-de-mulher-para-os-fins-penais>. Acesso em: 21 de maio de 2019.

CASTILHO, Ela Wiecko Volkmer de. *Direito penal em debate – Sobre o feminicídio*. Boletim do IBCCRIM nº270: 2015.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. *Comentários ao tipo penal do feminicídio (art.121, §2º, VI, do CP)*, 2015. Disponível em: <https://draflaviaortega.jusbrasil.com.br/artigos/337322133/feminicidio-art-121-2-vi-do-cp>. Acesso em: 21 de maio de 2019.

CIRNE, Michelle. A produção necessária das intelectuais feministas africanas no campo dos estudos de gênero e a agência do Codesria. In: *Revista África(s)*,. 2017.

CLAM, Centro Latino Americano em Sexualidade e Direitos Humanos. *Princípios Yogyakarta: Princípios sobre a aplicação da legislação internacional de direitos humanos em relação à orientação sexual e identidade de gênero*. Indonésia: 2006. Disponível em:



http://www.clam.org.br/uploads/conteudo/principios_de_yogyakarta.pdf. Acesso em: 20 de maio de 2019.

COELHO, Caia. Apresentação. In: *Pessoa afeita ao crime: criminalização de travestis e os discursos do tribunal de justiça de São Paulo*. Recife: IBCCRIM, 2019.

CUNHA, Leandro Reinaldo. *Identidade e redesignação de gênero: aspectos da personalidade, da família e da responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

CUNHA, Rogério Sanches. *Código Penal para Concursos*. 9 ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

DIAS, Maria Berenice. *Homoafetividade e os direitos LGBTI*. 6. ed. reformulada. São Paulo: RT, 2014.

DELMANTO, Celso et al. *Código Penal Comentado*. 9. ed. rev., atual. e ampl. Saraiva, 2017.

DOVE, Nah. Mulherisma Africana: Uma Teoria Afrocêntrica. In: *Jornal de Estudos Negros*. Vol. 28, Sage Publications: 1998.

FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder*. Rio de Janeiro: Graal, 1999.

JESUS, Jaqueline Gomes de. *Orientações sobre identidade de gênero : conceitos e termos*. E-book: Brasília, 2012. Disponível em: <http://www.diversidadessexual.com.br/wp-content/uploads/2013/04/G%C3%8ANERO-CONCEITOS-E-TERMOS.pdf>. Acesso em: 24 de mar de 2019.

MACHADO, Vier Isadora; COSTA, Marília Ferruzzi. *Lei do feminicídio e mulheres trans: diálogos entre a instabilidade da categoria “mulher” e o discurso jurídico*. Disponível em: http://www.en.wwc2017.eventos.dype.com.br/resources/anais/1499460981_ARQUIVO_ArtigoFazendoGenero-MariliaFerruzzi;IsadoraVier.pdf. Acesso em: 21 de maio de 2019.

MORAES, de Alexandre. *Direito Constitucional*. 32. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2016.



- NETO, Clarindo Epaminondas de Sá. Identidade de gênero: Um caminho entre a visibilidade e a invisibilidade. In: *Direitos Fundamentais e Democracia I*. 2016, p. 342-357. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=4c9d1fbce4890fc2>. Acesso em: 18 de maio de 2019.
- ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, Comissão Interamericana de Direitos Humanos. *Relatório nº54/01*. Caso 12.051, Maria da Penha Maia Fernandes vs Brasil. 4 de abril de 2001. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/annualrep/2000port/12051.htm>. Acesso em: 22 de maio de 2018.
- OYewùní, Oyèronké. *La invención de las mujeres: uma perspectiva africana sobre los discursos occidentales del género*. Bogotá: Editorial em la frontera, 2017.
- SAFFIOTI, Heleieth I.B. *O poder do macho*. São Paulo: Moderna, 1987, Coleção Polêmica.
- SANCHES, Patrícia Corrêa. *Diversidade Sexual e Direito Homossexual*. Coordenação de Maria Berenice Dias. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2014.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. *Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural*. Introdução: para ampliar o cânone do reconhecimento, da diferença e da igualdade. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.
- SERGIPE, 5ª Vara Criminal da Comarca de Aracaju. Processo: 201820500409. Partes envolvidas: Ministério Público; Alex da Silva Cardoso. 19/10/2018.
- SERRA, Victor Siqueira. *Pessoa afeita ao crime: criminalização de travestis e os discursos do Tribunal de Justiça de São Paulo*. São Paulo: IBCCRIM, 2019.
- SOMÉ, Sobonfu. *O Espírito da Intimidade: Ensinamentos ancestrais africanos sobre maneiras de se relacionar*.



Odysseus: 2007.

SUPERIOR TRIBUNAL DA JUSTIÇA, Recurso Especial: Resp nº 1626739. *Ação de Retificação de registro de nascimento para troca de prenome e do sexo (gênero) masculino para feminino*. Rio Grande do Sul, Relator Ministro Luis Felipe Salomão. Data de julgamento: 09/05/2017, T4 – 4ª Turma. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/484087877/recurso-especial-resp-1626739-rs-2016-0245586-9/inteiro-teor-484087902>. Acesso em: 24 de mar de 2019.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, *Ação Declaratória de Constitucionalidade, nº 19*. Relator: Min. Marco Aurélio. DJe: 02 de fevereiro de 2012. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/pagador.jsp?docTP=TP&docID=5719497>. Acesso em: 22 de maio de 2019.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, *Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26*, Distrito Federal. Relator: Min. Celso de Mello. Voto do Senhor Ministro Relator. DJe: 23 de maio de 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/leia-voto-ministro-celso-mello2.pdf>. Acesso em: 24 de maio de 2019.

TAVORA, Nestor. ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de Direito Processual Penal*. Salvador: Ed. JusPodvim, 11 ed., ampl. e atual.

TJDFT. *Recurso em Sentido Estrito*. 3º Turma Criminal. Rel. Des. Waldir Leôncio Lopes Júnior. Brasília: 2019.



separar totalmente os elementos que ligam o passado sagrado do espaço público ao seu presente profano. A formação de um ambiente público e neutro, visto a partir da etimologia do termo secularização, carrega consigo as libações e os recalques de várias gerações no afastamento gradual do sagrado.

Na formação dos conselhos de homens bons ou dos conselhos gerais, que vinham assessorar seus monarcas como representantes da nova força política e econômica medieval, quando o relacionamento entre o Estado e a Igreja oficial se agravava, iniciar-se-ia um singular processo de afastamento da religião dos centros do poder secular medievo. A educação dos leigos e o surgimento de ordens – como a da Irmandade da Vida Comum – dariam à luz pensadores como Erasmo de Roterdã, que navegariam entre as duas margens do rio.

Tendências recentes e “assépticas” dos que defendem o Estado sem Deus, sofisticadamente espelhadas na declaração de morte nietzschiana do Ser Criador e nos emblemáticos jargões marxistas do entorpecimento da religião pretendem o afastamento total do religioso do chamado espaço público, ou melhor dizendo, o seu confinamento nas suas próprias paredes de convivência do templo, como se dera com os protestantes e judeus em largo período da história medieval, quando se lhes permitiam apenas o culto em locais sem aparência de templo.

Propostas como a proibição de candidaturas de líderes religiosos e o confinamento do proselitismo religioso ao espaço reservado aos locais de culto tornaram-se temas recorrentes, tendo como fundamento a construção de um Estado pretensamente laico e contrário à onisciência de Deus, que, para alguns publicistas teria emergido da ruptura revolucionária francesa, catapultados para o cerne das Constituições modernas.

Todavia, torna-se muito complexa essa divisão prope-
deútica das esferas pública e privada para a formação de um es-
paço excludente das religiões, na dicotomia que adentrou as teo-
rias jurídicas como sistemas estanques, mesmo sob o



dilemático emblema do Direito Público europeu, admitindo que para determinadas instituições a diferenciação público/privado tenha, sob o aspecto do ensino das disciplinas jurídicas, mantido algum valor didático.

Dividir formalmente o Direito Público do Privado, nesse parâmetro de organização do Estado, não se apresenta o mesmo que seccionar a simbiose formada entre a esfera pública e a esfera privada de existência dos indivíduos em comunidade, considerando que o público e o privado se interseccionam ou se confundem, mesmo que a visão cristã de dar a Cesar o que é de Cesar e a Deus o que é de Deus tenha produzido, ao longo da história do cristianismo, uma clara divisão do espaço religioso, preservando a sua identidade espiritual.

Tomo na análise que segue, na partida dessa Argo imaginária, a distinção feita sobre as esferas pública e privada e o indivíduo, que estariam sobrepostas como camadas nos espaços comunitários, o que deixa escapar a importância da comunicação para a formação do pretendido espaço neutro, que muitos concebem como laico e antirreligioso.

O substantivo público aparece, nessa perspectiva, como algo que designa a coletividade, ou seja, a comunidade espacial-temporal que se relaciona e se comunica, e, em contrapartida, o privado define o espaço íntimo e reservado, afastado dessa exposição comunitária. Com o advento das redes sociais, tem se tornado cada vez mais difícil identificar esse espaço exclusivamente privado devido à “publicização voluntária da vida”, que predica o sentimento de “pertencimento”.

Trata-se, portanto, da existência de um núcleo de reserva íntima (núcleo essencial da intimidade), que aflora da resistente camada de esfera privada das religiões em relação com a coletividade, e sob o ponto de vista do indivíduo identificar sua individualidade nesses ambientes públicos e privados.

Na metáfora mencionada da Argo que parte na busca do Velocino de Ouro, o espaço privado corresponderia à cabine do



indivíduo Tífis, seu primeiro piloto, enquanto os espaços de convívio dos cinquenta heróis, embalados pelas músicas de Orfeu, apresentam-se como o espaço público, comunitário. Tal divisão de espaços, como se pretende com o afastamento das religiões, não permite dizer que exista, na modernidade criada pelos consensos, um espaço privado por excelência. A própria cabine do comandante não se encontra imune à música de Orfeu ou mesmo ao canto das Sereias, e o Argo não adentraria em mares nunca dantes navegados sem seu piloto.

Na análise que segue, situo as organizações religiosas no espaço comunitário e que pertence a todas as coletividades, espaço onde se estabelecem (exemplificativamente) as relações entre as confissões e o Estado, que se nos apresenta como a totalidade do espaço público, e a inter-relação das religiões; porém, cogito que de fato as entidades religiosas possuam um núcleo essencial de privacidade de que a esfera pública se ressent. Essas entidades, contudo, não se encontram ausentes do espaço público, confinadas no âmbito das suas paredes de separação, ao contrário, ocupam considerável espaço coletivo, o que faz necessária uma melhor reflexão acerca do chamado princípio da laicidade, que brota da concepção de Maquiavel.

2 TRANSIÇÕES NO AMBIENTE DAS RELIGIÕES

Não é possível precisar cronologicamente o renascimento do espaço de liberdades públicas que seria produto da Alta Idade Média e nem desenvolver uma linha histórica e precisa de suas causas motoras. O soerguimento de um espaço de neutralidade religiosa no ocidente traz à luz algumas descontinuidades históricas e, sobretudo, pontos de intersecções com o cristianismo,² que se tornou dominante na Europa a partir da

² “O cristianismo vem introduzir dados radicalmente inovadores na conceitualização das relações entre o político e o religioso, podendo falar-se, sem qualquer exagero, de um *apport* verdadeiramente revolucionário. É o cristianismo que fica a dever-se em grande parte, a superação do monismo anterior, bem como a emergência,



conversão de Constantino e o surgimento de seus principais polos de poder religioso³ e a força da disseminação evangélica.

A posterior fragmentação geográfica e política do império ocidental em virtude das invasões bárbaras e ocupações árabes de parte do território europeu modificou o cenário antigo e gerou a polarização entre dois modelos religiosos, o do oriente, com sede em Constantinopla, e o do ocidente, sem, ainda, um centro definido. Bizâncio se isolou e a parte ocidental passou gradualmente a ter em Roma a sede de poder religioso, sob o artifício de que nela alguns dos profetas, dentre eles o apóstolo Pedro, teriam exercido seus ministérios. Assim, o bispo de Roma ganharia autoridade e proeminência sobre a igreja ocidental, formando, com suas influências culturais, uma Igreja Romana.

As alterações políticas decorrentes da consolidação de diversos reinos cristãos na Europa devido à conversão desses povos ao cristianismo deram oportunidade para a decantada unificação religiosa medieval, que resultou, no final do milênio, na formação do denominado Sacro Império Romano-Germânico, na tentativa de uma unificação também política. Na confluência dessas estruturas, a formação dos reinos e do papado como centro do poder religioso consolidaria um espaço comunitário que também seria robustamente religioso, inobstante permeado de relações conflituosas, como exemplifica a “querela das investidas” – que ocultava em si o fato de a Igreja ser vista por alguns reis como um estamento do Estado.

no decurso do processo, de ideias que se revelariam da maior importância nos desenvolvimentos teórico-políticos subsequentes que estariam na base do constitucionalismo liberal, com profundas implicações no próprio plano institucional.” (MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. *Liberdade religiosa numa comunidade constitucional inclusiva*. Dos direitos da verdade aos direitos dos cidadãos. Coimbra: Editora Coimbra, 1996. p. 17-18).

³ “O Concílio de Calcedônia decretou que havia cinco dioceses com autoridade especial, as Sés dos patriarcas – Roma, Jerusalém, Alexandria e Constantinopla. Com exceção de Roma, todas as outras cidades-Sés estavam situadas na metade oriental.” (HILL, Jonathan. *História do Cristianismo*. Tradução de Rachel Kopit Cunha, Juliana A. Saad e Marcos Capano. São Paulo: Rosari, 2009. p. 167).



A tentativa de unificação política da Europa fragmentada passava pela consolidação de um só credo, fato que levou ao início das Cruzadas e da Inquisição, instituições que se difundiram no Ocidente sob o manto da ocupação do espaço público pela Igreja, que se pretendia única, principalmente com a criminalização de condutas religiosas como a heresia, a apostasia e o cisma.

Maquiavel, ao desligar o poder humano de Deus, dando a ele uma origem mundana, aponta para a dicotomia que se tornaria conflitante, eis que indicava duas formas de organização política para se afastar do caos social, o Principado e a República. O Principado hereditário, adquirido pela fortuna, apresentava-se propício à fusão com o conteúdo religioso em razão do paradigma de escolha do governante decorrer de sua linhagem, que remetia à deificação do poder político.⁴ Na República, ter-se-ia a possibilidade do afastamento da ideia de que o soberano era fruto da escolha de Deus, até mesmo porque, na visão do florentino, esse poder mundano tinha origem maligna.⁵

Esses traços do espaço religioso, haurido da Idade Média, sofreriam profundas modificações a partir de eventos significativos, apresentados como pontos de descontinuidade na uniformidade crescente da cultura europeia. A Reforma Protestante, iniciada formalmente por Lutero com a publicação de suas noventa e cinco teses (1517), deu causa à ruptura ocidental da hegemonia religiosa de Roma. Em outra medida, a anunciada Paz de Vestfália (1648), fundadora de uma nova realidade geopolítica para os reinos cristãos do velho continente, com a consolidação da estrutura que tardiamente se denominou de Estado Moderno, e de seus elementos comuns – povo, língua, território e

⁴ MACHIAVELLI, Nicoló. *O príncipe*. Tradução de Lívio Xavier. São Paulo: Atena Editora, 1957. p. 17.

⁵ Sobre a origem maligna do poder, ver LOWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Traducción de Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Ariel, 1979. p. 28-29.



soberania –,⁶ permitiu cada um desses Estados adotar sua própria religião em detrimento da unidade pretendida por Roma.

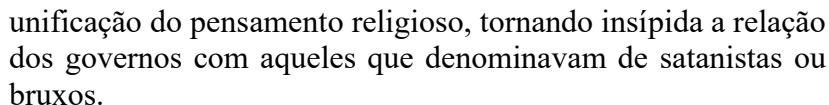
O surgimento de uma corrente religiosa, dentro do próprio catolicismo, de submissão ao poder secular dera azo a diversos questionamentos e distensões, fomentando o “Conciliarismo”, com base na submissão da Igreja à vontade coletiva. Ulteriormente, Jacques Bossuet, o mais importante teorizador desse nacionalismo religioso, defenderia que a Igreja estava submetida, em certos assuntos, ao Estado, com a finalidade de preservar o bem-estar dos súditos, doutrina que seria fecunda para as tendências modernas de separação do Estado das religiões.

Contudo, a experiência de Genebra, com a chegada do protestantismo àquela cidade (1536), trouxera um forte componente para o distanciamento do núcleo religioso da influência dos monarcas que se envolviam com assuntos internos das igrejas locais, fossem eles protestantes ou católicos. Em polêmica havida entre os arminianos e calvinistas aqueles negariam, no âmbito do protestantismo, qualquer jurisdição eclesiástica independente, advogando a submissão ao Estado,⁷ até que a difusão do calvinismo nos países baixos interditasse essa tendência, por se duvidar da possibilidade de um príncipe autenticamente cristão.

Em outra margem, alguns povos Celtas mantinham suas religiões consideradas pagãs, origem de práticas mais tarde difundidas no ambiente do velho continente como heréticas e que, mal compreendidas, deram em perseguições sob o manto da

⁶ “A época oficial em que o mundo ocidental se apresenta organizado em Estados, no sentido que indicamos atrás, é a de 1648, ano em que foi assinada a paz de Westfália. Não porque o Estado, como hoje se apresenta, não tenha aparecido anteriormente: designadamente em França, na Espanha e na Inglaterra, ele tem origens muito anteriores e, de modo geral, como tão bem esclareceu Miglio, a sua época de formação é mais remota.” (PALLUERU, Giorgio Balladore. *A doutrina do Estado*. v. 1. Tradução de Fernando Miranda. Coimbra: Coimbra Editora, 1969. p. 16).

⁷ NOBSS, Douglas. *Teocracia e tolerância*. Um estudo das controvérsias no calvinismo holandês de 1660 a 1650. Tradução de Roseli Lima e Alexandre Skvirsky. Rio de Janeiro: Bvbooks, 2017. p. 28.



Pois bem, com o protestantismo aflorariam duas importantes aporias no ambiente europeu da relação Religião-Estado, vistas nas análises sobre a autoridade secular de Lutero e Calvino, que, nos seus escritos teológicos, se ocuparam do tema, mesmo porque tinham em mente que nenhuma reforma religiosa seria possível sem a revisão dessa relação.

Os protestantes, admitindo a subordinação racional e consentida ao poder secular, tentavam preservar um núcleo religioso substancial das influências do poder civil, admitindo que o governante dispusesse de certas questões comportamentais, o que também colocava em questão a doutrina da infalibilidade papal, um dogma da Igreja Católica de que o Papa, ao deliberar sobre assuntos morais ou de fé, estaria sempre correto devido à magistral comunhão.

Tomo aqui, brevemente, a análise de Calvino sobre essa subordinação consentida, primordialmente porque se relaciona com a experiência de Genebra – que na época se erigia como uma espécie de Cidade-Estado –, onde algumas medidas de distanciamento do governo civil da religião se deram de forma concreta, como no caso da abolição de feriados religiosos e da imposição de regras morais rígidas que ocasionaram, inclusive, a proibição do jogo e de outros comportamentos sociais antes regulados no ambiente religioso.

Calvino predicava a obediência à autoridade secular como compatível com a vida religiosa. Seu primeiro texto sobre o tema, escrito em latim, coincide com a sua chegada à Genebra (1536). Nas “Instituições da Religião Cristã”, que não se apresentam como uma novidade teológica, considerando que Lutero já publicara seu livro *Sobre a autoridade secular*, Calvino predica o dever de primordial obediência a Deus, mas se esforça em



Mesmo exortando que a obediência seja dada antes a Deus do que a homens, admitiria que o cristão possui o dever de obedecer aos governantes, não importando qual fosse a religião desse governante, seus títulos ou posições filosóficas. No caso de receber ordens contrárias à sua fé – “ordens ímpias”, sua resistência deveria assumir a forma de orações, súplicas, suportabilidade do sofrimento e, em último caso, o exílio voluntário, nunca recorrendo à rebelião.⁹

A doutrina de Calvino sobre a submissão consentida ao poder secular, contudo, não teve muito efeito sobre os protestantes dos países baixos. A intolerância religiosa do rei espanhol Carlos V, seguido por seu herdeiro Filipe II, tentando a todo custo colocar fim às “heresias”, subjugando os súditos que não compartilhavam do seu credo, resultou na revolta popular. A chamada Revolução Holandesa,¹⁰ antecipatória de muitos ideais do liberalismo inglês, principalmente em virtude do exílio de Locke na Holanda, concebeu a essência de sua visão sobre a relação do Estado com as religiões, expostas na carta escrita a um de seus anfitriões, em ideias que surgem basicamente do ambiente da intolerância da inquisição espanhola e das guerras religiosas que sua Inglaterra pontificava.

Na Contrarreforma, particularmente a partir do último Concílio de Trento, a doutrina da Igreja Católica seria renovada. Com o final da Guerra dos trinta anos e a paz de Vestfália, a cisão definitiva entre os protestantes e os católicos se torna irremediável, surgindo, paradoxalmente, a ideia de que cada povo deveria seguir a religião de seu governante (*cuius regio eius*

8 HÖPFL, Harro (org.). *Lutero e Calvino, sobre a autoridade secular*. Tradução de Hélio Leite de Barros e outro. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. XXV.

⁹ HÖPFL, *op. cit.*, p. XXV.

¹⁰ ALMOND, Mark. *O livro dourado das revoluções*. Momentos políticos que mudaram o mundo. Tradução de Gilson B. Soares. Rio de Janeiro: Harper Collins, 2018. p. 24-26.



religio),¹¹ visto que, nesse momento, o protestantismo se tornara a religião oficial em vários Estados.

Com a pluralidade religiosa, aqui considerando ter o protestantismo se subdividido em diversas correntes religiosas e autônomas, sem possuírem um governo religioso central – como tinham os católicos em Roma –, a necessidade de se estabelecerem termos de convivência pacífica se tornou cada vez mais premente,¹² até mesmo para moldar a relação inter-religiosa conflitante.

O velho mundo adentra, então, ao que se denominou século das luzes e produz uma crescente secularização¹³ de conceitos que aos poucos se sobrepõem ao caudal de conhecimentos religiosos. Quando Jacques Bossuet escreve sobre a “*Política Tirada das Santas Escrituras*” (1708), a figura central do monarca francês já se apresentava desgastada e inconfiável, impulsionando Bossuet a qualificar qualquer tentativa de deposição do rei, à luz das Escrituras, como pecado e, por consequência, crime,¹⁴ em momento que muitos dos conceitos penais não

¹¹ DICKENS, Arthur Geoffrey. *A Contra Reforma*. Tradução de Antônio Gonçalves Mattoso. Lisboa: Verbo, 1968. p. 197-210.

¹² Locke teve papel fundamental nessa construção teórica da tolerância e liberdade religiosa nos momentos anteriores às mudanças do ambiente público na Europa. Na sua “Carta a respeito da tolerância” (1689), que influenciou gerações, abre sua interlocução acentuando: “[...] julgo ser a tolerância o principal distintivo característico da verdadeira igreja.” (LOCKE, John. *Carta a respeito da tolerância*. Tradução de E. Jacy Monteiro. São Paulo: Ibrasa, 1964. p. 3).

¹³ O termo secularização é utilizado nessa quadra como processo de afastamento cultural das fontes teológicas para buscar uma metodologia racional, como apresentada por Saldanha: “[...] esse processo, ao qual temos aludido em vários outros estudos, constitui sem dúvida um fenômeno histórico fundamental, como lastro profundo sobre o qual se situam e se entendem diversas ocorrências. O conceito de secularização, no sentido em que empregamos, aparece numa de suas primeiras explicitações na obra de Max Weber, correspondendo de certo modo às ideias de Conte sobre a passagem do espírito teológico ao metafísico e ao positivo, e talvez às referências de Vico ao advento do mundo ‘humano’ com seu correlato prosaísmo.” (SALDANHA, Nelson. *Da Teologia à metodologia*. Secularização e crise do pensamento jurídico. Belo Horizonte: Del Rey, 1993. p. 20-21).

¹⁴ BOSSUET, Jacques Bénigne. *Bossuet, textes choisis et commentés*. v. 2. Paris: Forgotten Books, 2018.



havam se dissociado das normas canônicas. Todavia, o alerta seria deliberadamente ignorado pelos iluministas franceses.

Nesse fio de Ariadne vê-se surgir as bases do pensamento iluminista, que daria na mudança de paradigma e da linguagem jurídica produzida pela Revolução Francesa. Esse momento apresenta Montesquieu (1689-1755), que defendeu a tripartição do poder aos moldes da Trindade, Voltaire (1694-1778), o ativista da liberdade de pensamento e da tolerância religiosa, Jean-Jacques Rousseau (1712-1778), que surgiria como o artífice do Estado Democrático, e Diderot (1713-1784), o enciclopedista.

A aversão ao absolutismo e a sua Igreja oficial gerariam um crescente sentimento contrário ao clero católico, como explica o surgimento, na pena de Voltaire, das chamadas “Cartas Inglesas”, nas quais se referia à Igreja Católica como “a infame”, reunindo à sua volta seguidores que despertariam um sentimento antirreligioso arraigado no momento revolucionário, mas incapaz de proscrever a religião do espaço público.

À guisa desses conhecimentos e construções teóricas, a Europa desenvolvia pequenos espaços de liberdade que aos poucos se formatavam na resistência ao absolutismo. A quebra do monopólio das ideias religiosas permitiu o crescimento da crítica filosófica e, nesse quadrante, o crescimento de um sentimento necessário de tolerância religiosa, na tentativa magna de conter as constantes guerras religiosas.

A formação do espaço público liberal, onde se passa a admitir a discussão de temas antes impensáveis, vai aos poucos produzir um novo paradigma cultural e que se afasta timidamente da moralidade religiosa, dando vasão principalmente a direitos negativos ou limites ao poder do Estado.

Fora, justamente, a distinção entre o sagrado, com o afastamento gradual do poder civil da tentativa de controle da consciência individual, que deu início e tornou possível a limitação do poder do Estado, permitindo a formação de um ambiente em



processo de afastamento dos dogmas religiosos,¹⁵ sem suprimir radicalmente e de imediato esses elementos do espaço comunitário.

3 O PLURALISMO DO AMBIENTE PÚBLICO

O que para muitos é o surgimento do “espaço público burguês” nada mais foi do que a reunião de um feixe de situações na catarse de momentos revolucionários, que alteraram significativamente a linguagem e a forma do direito se manifestar – formando aquilo que se denominou de Direito Público Europeu,¹⁶ em quadro no qual a Revolução francesa assume papel simbólico.

A nova vida cotidiana francesa, tão bem romaneada por Anatole France em *Os deuses têm sede*,¹⁷ que produz a substituição dos signos – como no baralho pensado por Évariste –, transforma-se no projeto de modernidade que tenta apagar da memória social os costumes e as práticas da aristocracia e da realeza, surgindo, nessa sobreposição, os cidadãos e as cidadãs da modernidade, que vislumbram a liberdade, a igualdade e a fraternidade.

Não importa que pouco depois essa nova realidade se torne obtusa, que os direitos dependam de um bom juiz para serem garantidos¹⁸ e que a fraternidade seja esquecida. A declaração preâmbulo, denominada de Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, produzirá, repetidas vezes, uma lenta

¹⁵ RIVERO, Jean; MOUTOUH, Hugues. *Liberdades públicas*. Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes: 2006. p. 37-38.

16 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La lengua de los Derechos*. La formación del derecho público europeo tras la revolución francesa. Madrid: Alianza Editorial, 1999.

¹⁷ FRANCE, Anatole. *Os deuses têm sede*. Tradução de Daniela Jinkings e Cristina Murachco. São Paulo: Boitempo Editorial, 2007.

¹⁸ FRANCE, Anatole. *A justiça dos homens*. Contos. Tradução de João Guilherme Linke. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1978. p. 145-146.



Na Declaração francesa surge um enunciado propedêutico de liberdade religiosa, garantia de que o homem-cidadão não seria molestado em suas opiniões. Diria expressamente, no artigo décimo do texto preambular, que “ninguém pode ser molestado por suas opiniões, incluindo opiniões religiosas, desde que sua manifestação não perturbe a ordem pública estabelecida pela lei.”

Os Estados Unidos da América resguardariam cláusula mais incisiva na edição da Primeira Emenda, onde se estabeleceu que “o congresso não deverá fazer qualquer lei a respeito de um estabelecimento de religião, ou proibir o seu livre exercício; ou restringindo a liberdade de expressão, ou da imprensa; ou o direito das pessoas de se reunirem pacificamente, e de fazerem pedidos ao governo para que sejam feitas reparações de queixas”.

Contudo, o termo “separação” somente apareceria em uma carta de Thomas Jefferson à Associação das Igrejas Batistas, em 1802, para se referir à criação de “um muro de separação entre a Igreja e o Estado”.¹⁹ A fórmula legal americana, portanto,

19 No texto de sua carta aos batistas de Jefferson diria o seguinte: “Gentlemen: The affectionate sentiments of esteem and approbation which you are so good as to express towards me, on behalf of the Danbury Baptist association, give me the highest satisfaction. my duties dictate a faithful and zealous pursuit of the interests of my



tinha o albor de uma promessa escrita de uma real divisão, que impediria a transposição do muro pelo Estado para interferir em assuntos das religiões.

A primordial liberdade pretendida gerou, porém, uma pluralidade de “seitas”, como se passou a designar essas novas manifestações de grupos minoritários, que contrastava o conservadorismo das maiores religiões atuantes no Estados Unidos, influência de seus colonizadores, que levaria a União e os diversos Estados a adotarem medidas restritivas às práticas desses religiosos.

Havia, na “pátria da liberdade”, a notada preocupação de impedir a avalanche de novos grupos religiosos, com a possibilidade de se formar uma pluralidade não administrável e capaz de enfraquecer as religiões existentes.

No Brasil, expedição da Carta Régia de 28 de janeiro de 1808, com a abertura dos portos para o livre comércio com os ingleses, produziria o assentimento do culto de outras religiões em locais sem a aparência de templo, o que, logo depois, em 1812, se repete quando as Cortes deliberam a Constituição de Cádiz. A fórmula de Cádiz se replicaria na carta portuguesa de 1822 e na brasileira de 1824. A Igreja Católica se manteria ligada ao Estado, contudo, admitir-se-ia a liberdade de culto

constituents, & in proportion as they are persuaded of my fidelity to those duties, the discharge of them becomes more and more pleasing. Believing with you that religion is a matter which lies solely between Man & his God, that he owes account to none other for his faith or his worship, that the legitimate powers of government reach actions only, & not opinions, I contemplate with sovereign reverence that act of the whole American people which declared that their legislature should "make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof," thus building a wall of separation between Church & State. Adhering to this expression of the supreme will of the nation in behalf of the rights of conscience, I shall see with sincere satisfaction the progress of those sentiments which tend to restore to man all his natural rights, convinced he has no natural right in opposition to his social duties. I reciprocate your kind prayers for the protection & blessing of the common father and creator of man, and tender you for yourselves & your religious association, assurances of my high respect & esteem. Th Jefferson Jan. 1. 1802.” (EUA. Library of Congress. *Carta de Jefferson aos batistas de Danbury*. A carta final, como enviada. Disponível em: <http://www.loc.gov/loc/lcib/9806/danpre.html>).

restrita aos locais privados, sem aparência externa de templo religioso.

O ambiente religioso dos templos católicos nesse período se mostrava distinto das outras confissões, devido ao reconhecimento de que o Império confessava a religião Católica Apostólica Romana, como expresso no art. 5º do texto magno.²⁰ Porém, seu imperador de verniz liberal e que praticava uma política de tentativa de submissão dessa igreja à Coroa (padroado) negaria o *placet* real a documentos da igreja.

A tolerância religiosa tinha, a esse tempo, mais o aspecto convencional ou de exteriorização de uma imagem pública do império brasileiro que propriamente sua assimilação pelo governante como um princípio de convivência harmônica. Essa intolerância, particularmente, desnuda-se na “Questão Religiosa”, que provoca a reação do Imperador contra os bispos ultramontanos de Olinda e de Belém, que haviam suspenso de suas ordens frades maçons quando eles questionaram a supremacia do Estado sobre a igreja, fazendo valer as ordens papais independentemente do *placet* régio.

Tal atitude dos bispos levaria a um intenso conflito, que envolveria também a maçonaria brasileira, que controlava setores importantes da imprensa, intensificando o processo de gradual afastamento da Igreja do poder secular.

A queda de Napoleão III em decorrência da Guerra franco-prussiana desencadeia, na França, a formação da Terceira República e a necessidade da real separação do Estado da Igreja, que somente se consolidaria em 1906, já com a influência do ato de separação havido no Brasil. Entretanto, as formas francesas e americanas passariam a ideia de que a República estaria ligada

²⁰ “Art. 5. A Religião Catholica Apostolica Romana continuará a ser a Religião do Imperio. Todas as outras Religiões serão permitidas com seu culto domestico, ou particular em casas para isso destinadas, sem fôrma alguma exterior do Templo” (BRASIL. *Constituição Política do Imperio do Brazil (de 25 de março de 1824)*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm. Acesso em: 16 jul. 2020).



diretamente ao Estado, separado da religião.²¹

Nesse passo, proclamada a República no Brasil, o Decreto de 1890 daria cabo à união entre a Igreja e o Estado. A declaração soava mais como o reconhecimento de uma difícil separação, que se iniciara em meados de 1836, e a tentativa de replicar o modelo americano, mas preservando algumas das diretrizes francesas da República militar de Napoleão.²² Assim, logo em seguida à proclamação, a Constituição de 1891 seguiria o modelo americano de separação e garantiria a pluralidade religiosa e a liberdade de crença, permitindo, a partir daí, o lento crescimento de outras confissões, em razão da hegemonia da crença católica.

Estabeleceu-se, nessa quadra, um progressivo distanciamento das confissões religiosas do Estado, embora não deixassem as religiões de influírem na política e de emitirem suas opiniões na esfera pública. Essa realidade remete, então, a uma necessária consideração sobre o sistema americano de liberdade religiosa, que inspirou a cláusula posta na nossa primeira Constituição republicana e que se repetiu em todas as outras que se seguiram – principalmente através dos julgados mais importantes da Suprema Corte dos Estados Unidos –, postas nas fases de construção das doutrinas dessa separação. Em certos aspectos, também influenciou julgamentos do Supremo Tribunal Federal sobre o tema.

Consentânea a essas mudanças no paradigma, vê-se aportar, na Constituição de 1934, carta política resultante da revolução constitucionalista, a possibilidade de cooperação entre o Estado e as religiões, introduzindo-se, assim, os preceitos que

²¹ BLANCARTE, Roberto. O porquê de um Estado laico. In: LOREA, Roberto Arriada (org.). *Em defesa das liberdades laicas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 20-21.

²² Sobre as duas influências do Direito Constitucional brasileiro, anota Homero Pires, no prefácio dos Comentários de Ruy Barbosa à Constituição, que poucos brasileiros dominavam o idioma inglês ou liam o que era produzido na França (PIRES, Homero. Prefácio. In: *Commentarios á Constituição Federal do Brasil*. I volume – Das disposições preliminares. São Paulo: Saraiva, 1932. p. VII).



influenciariam na atual fórmula de neutralidade do Estado, com a possibilidade de cooperação.

4 PRECEDENTES DA CORTE AMERICANA

O tema da liberdade religiosa que permeou a história do Direito Constitucional americano, desde sua impossibilidade, no texto originário de 1787, e posterior inclusão, na redação da Primeira Emenda, sempre carregou potenciais conflitos, até que a Décima Quarta Emenda deu causa a divergências na interpretação desse direito de liberdade.

A Emenda de 1866, que incluiu direitos à cidadania e a igual proteção das leis, sem qualquer distinção, foi ratificada em 9 de julho de 1868. Seu texto garantiu a cidadania e seus benefícios aos libertos da escravidão, tornando sem efeito o precedente da Suprema Corte no caso *Dred Scott v. Sandford*, de 1857, em que fora negado a um escravo o direito de acesso ao Judiciário e, ademais, estabeleceu diretrizes para o devido processo legal substancial.

Mais de meio século depois de Jefferson haver cunhado a expressão “parede de separação entre a Igreja e o Estado” seria julgado um caso envolvendo diretamente o controle de constitucionalidade com fundamento na liberdade religiosa. Nesse julgamento, a Corte declarou, por unanimidade, o direito de o Congresso proibir a poligamia praticada pelos Mórmons (1879). Na declaração de voto, em *Reynolds v. U.S.*, o Chefe de Justiça Waite temperou a expressão do republicano Jefferson como mera declaração de intenção, ou em suas palavras, “declaração quase autêntica do objetivo e efeito da Emenda”.²³

Logo depois, participantes de uma organização religiosa distribuíram correspondências, usando os Correios dos Estados

²³ CORWIN, Edward S. *A Constituição Norte-Americana e seu significado atual*. Tradução de Lêda Boechat Rodrigues. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1986. p. 231.



Unidos, divulgando que haviam curado muitas pessoas de enfermidades, por meio de poderes espirituais, onde pediam doações em dinheiro. A Suprema Corte reformou a condenação, considerando que, “embora o juiz sumariamente houvesse cuidadosamente discriminado entre a questão da verdade da pretensão dos réus e a de sua boa-fé, ao afirmá-la, informando o júri que podia se pronunciar sobre a última, mas não sobre a primeira, a Corte não teve essa preocupação e, por outro fundamento, finalmente reformou o veredicto condenatório”.²⁴

Nesse julgamento, ficou vencido o juiz Stone, que duvidava da possibilidade de que a liberdade de pensamento e culto pudessem gerar a liberdade de obter dinheiro com o uso de experiências falsas sobre o sentimento religioso.

Posteriormente, quando a Corte americana julgou o caso *Cantwell v. Connecticut*, em 1937, o ambiente de discussão da liberdade religiosa encerrava, de um lado, um forte conservadorismo religioso e, de outro, a crescente participação do Tribunal Constitucional em assuntos políticos, a ponto de esse período ser conhecido, a partir do julgamento de 1895, como o “governo dos juízes”.

O julgamento é emblemático e apresenta alguns elementos importantes de como a doutrina da liberdade religiosa americana acabou por apresentar certo dualismo,²⁵ que converge com aspectos do modelo adotado pelas Constituições

²⁴ CORWIN, op. cit., p. 235.

²⁵ “Em recentes decisões da Corte Suprema encontramos duas teorias opostas em relação ao sentido e extensão dessa cláusula. Uma delas sustenta proibir a cláusula o tratamento **preferencial** de qualquer religião ou seita pelo governo dos Estados Unidos. Esta teoria tem o apoio de Story, salvo quanto ao fato de atribuir ele ao Congresso a liberdade de preferir a religião cristã às outras religiões. É também apoiada por Cooley, em seus *Princípios de Direito Constitucional*, onde diz que a cláusula proíbe ‘o estabelecimento, o reconhecimento de uma igreja de favores e vantagens especiais negados à outras’ [...] A outra teoria foi primeiramente expressa por Jefferson, numa carta escrita a um grupo Batista, em Danbury, Connecticut, em 1802. Aí ele afirmava ter sido o propósito da Primeira Emenda construir ‘uma parede de separação entre a Igreja e o Estado’” (CORWIN, op. cit., p. 230-231).



Após a grande depressão (e a implantação das medidas do *New Deal*), a Corte Americana julgaria diversos casos envolvendo a Igreja das Testemunhas de Jeová, que tinha uma forte prática de difusão de suas crenças através de visitas aos lares, distribuição de panfletos e impressos. Desse modo, cada participante se transformava em um divulgador e ministrador dos ensinamentos religiosos, o que deu causa a reações nas comunidades conservadoras, pressionando os governantes locais a proibirem tais práticas.²⁷

As crescentes restrições da liberdade religiosa dessas Testemunhas levaram-nas a acionar o Judiciário, buscando a declaração de inconstitucionalidade de leis que tinham o escopo de dificultar o proselitismo religioso e a divulgação de seu credo. Alegavam que as medidas restritivas feriam a Primeira Emenda.

No caso *Cantwell v. Connecticut*, o tribunal local havia condenado criminalmente membros da Igreja Testemunha de Jeová, acusados de terem violado preceitos da Lei do Estado de Connecticut ao compelirem dois católicos a ouvirem um disco com ofensas à Igreja Católica, qualificando esse ato como contrário à incolumidade pública. A Corte Constitucional, no recurso, acabou por absolver as Testemunhas de Jeová sob o fundamento de que as liberdades incorporadas nas seções da Décima Quarta Emenda incluiriam as estipuladas na Primeira Emenda, abrangendo a liberdade de crença e ação religiosa.²⁸

²⁶ Dispôs o art. 11 da Constituição de 1891 o seguinte: “Art. 11 - É vedado aos Estados, como à União: [...] 2º) estabelecer, subvencionar ou embaraçar o exercício de cultos religiosos; [...]” (BRASIL. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil* (24 de fevereiro de 1891). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm. Acesso em: 25 maio 2020).

²⁷ RODRIGUES, Lêda Boechat. *A Corte Suprema e o Direito Constitucional Americano*. São Paulo: Revista Forense, 1958. p. 159.

²⁸ Lêda Boechat considerou essa a primeira vez que se distinguiu no conteúdo da liberdade religioso a distinção jurídica de liberdade de crença do conceito de ação religiosa (RODRIGUES, op. cit., p. 159).



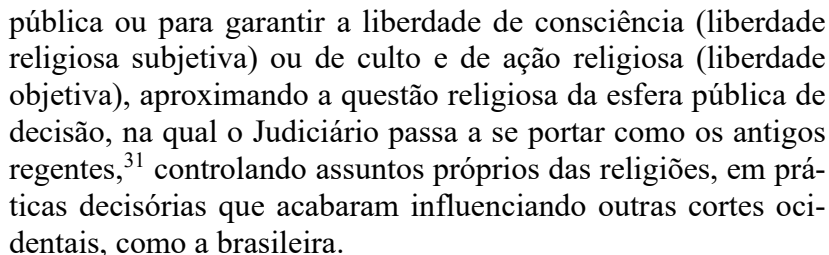
E, assim, nesse julgamento definiu que “a promulgação por um Estado de qualquer lei que respeite um estabelecimento de religião ou proíba o livre exercício dele é proibido pela Décima Quarta Emenda. P. 310 US 303”.²⁹ Entretanto, pouco depois, a Corte adotou posição diametralmente oposta, quando julgou, em 1940, compatível com a Primeira Emenda o ato legislativo do Estado da Pennsylvanea que permitia a exclusão escolar de alunos que não saudassem a bandeira norte-americana, como era a prática das Testemunhas de Jeová, em repetição, guardadas as devidas proporções, ao caso dos padres católicos, que se negavam a jurar a Constituição francesa.

Tal julgamento insuflou os ânimos da maioria religiosa contra as Testemunhas de Jeová, causando uma série de distúrbios sociais. Nesse caso paradigma, o juiz Stone ficara vencido, sob o argumento de que não seria permitido a intromissão da Lei no domínio da consciência individual, sendo que, ao fim da polêmica, no julgamento de *West Virginia State Board of Education v. Barnette*, a Corte fixou o entendimento de que qualquer restrição à liberdade religiosa deveria ter base razoável,³⁰ o que não era o caso de excluir jovens que se recusavam a jurar a bandeira das escolas.

A construção desse mosaico de precedentes permite, num primeiro plano, compreender que o tema da liberdade religiosa adentrou de forma gradual na esfera das decisões constitucionais, seja para reprimir práticas contrárias à incolumidade

²⁹ JUSTIA US Supreme Court. *Cantwell v. Connecticut*, 310 US 296 (1940). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/310/296/>. Acesso em: 25 maio 2020.

³⁰ No julgamento, declarou o Tribunal Constitucional que “A ação de um Estado em tornar obrigatório para as crianças nas escolas públicas saudar a bandeira e prometer lealdade – estendendo o braço direito, com a palma para cima e declarando: ‘Juro lealdade à bandeira dos Estados Unidos da América, à América e para a República pela qual ela defende; uma nação, indivisível, com liberdade e justiça para todos’ – viola a primeira e a décima quarta alteração.” (JUSTIA US Supreme Court. *West Virginia State Bd. de Educ. v. Barnette*, 319 US 624 (1943). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/319/624/>. Acesso em: 25 maio 2020).



Mesmo que se tente disfarçar essa realidade, como o fez Dworkin em seu último livro que tratou do tema da religião sem Deus, traduzindo tais questões como sendo próprias do comportamento ético, a doutrina constitucional acentuou a necessidade de intervenção judicial para controle de temas religiosos no espaço considerado público do controle constitucional, anulando o espaço de autonomia das confissões religiosas.³²

5 O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DA BULA *PRAECLARA PORTUGALIAE*

A tradição regalista lusitana influenciou a elaboração da Constituição outorgada por D. Pedro I para conferir um estatuto político ao Império do Brasil,³³ positivando componentes que resultaram nas restrições à liberdade de organização e funcionamento da religião oficial.³⁴

32 MAUS, op. cit., p. 183-202.

³³ “Alguns estudiosos têm feito notar, com inteira procedência, que a união entre a Igreja e o Estado, sancionada pelo art. 5º da Constituição Imperial de 1824, estabelecia uma situação, de resto herdada de Portugal, propícia à eclosão de conflitos entre os dois poderes.” (BARROS, Roque Spencer. Vida Religiosa. In: ELLIS, Myrian et al. *História Geral da Civilização Brasileira: o Brasil monárquico: declínio e queda do Império*. v. 6. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil. 2004. p. 372).

³⁴ “Fundado o Império com a proclamação da Independência a 7 de setembro de 1822, seguiram seus governantes rumo bem diverso do que se observava no período colonial. A Aurora da independência política assinalou o início de uma grande



Com a dissolução da Assembleia Constituinte pelo imperador, os estudos para edição da norma fundamental passam a um Conselho de Estado, criado e presidido por D. Pedro I, encarregando de escrever o anteprojeto de Constituição o conselheiro Carneiro Campos,³⁵ o Marquês de Caravelas, liberal e ardoroso defensor do Poder Moderador.

O resultado desse labor seria apresentado como uma Constituição inspirada nas fontes do parlamentarismo monárquico europeu, considerada uma grande lei, obra notável para sua época.³⁶ Essa Carta Política condensou enunciados de

restrição de liberdade para a Igreja, que dia a dia se acentuou e posteriormente alcançou o auge no último quartel do século XIX, quando o Catolicismo, religião oficial, se tornou vítima sob os tentáculos mortíferos do regalismo.” (SCAMPINI, Pe. José. A liberdade religiosa nas Constituições brasileiras. Estudo filosófico-jurídico comparado. Primeira parte – A liberdade religiosa no Brasil Império. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília: Imprensa Nacional, 1974. p. 79).

³⁵ “O ato da dissolução é ambíguo e ambivalente; D. Pedro I decompõe a instituição e promete convocar outra ‘que deverá trabalhar sobre o projeto da constituição, que Eu lhe hei de breve apresentar, que será duplicadamente mais liberal do que a extinta Assembléia acabou de fazer. No dia seguinte, em novo decreto, D. Pedro I afirma que ‘para fazer semelhante projeto com sabedoria, e apropriação às luzes, civilização e localidade do Império, se faz indispensável que Eu convoque homens probos, e amantes da dignidade imperial, e das liberdades dos povos’.

Para isso ele cria um Conselho de Estado, ‘em que também se tratarão os negócios de maior monta’.

O Conselho era composto de dez membros, e mais os atuais ministros, que já eram conselheiros de Estado natos, pela lei de 20 de outubro de 1823, que extinguiu o Conselho de Procuradores. Eram nomeados neste mesmo decreto o desembargador do Paço Antônio Luís Pereira da Cunha e os conselheiros da Fazenda José Egídio Álvares de Almeida, José Joaquim Carneiro de Campos, e Manuel Jacinto Nogueira da Gama. Dele faziam parte os ministros e secretários de Estado, e só o ministério do Império teve como seus ocupantes Francisco Vilela Barbosa, Pedro de Araújo Lima, João Severiano Maciel da Costa, Estevão Ribeiro de Resende e Felisberto Caldeira Brant Pontes.

Destes, coube a Maciel da Costa assinar o projeto de Constituição, que foi a obra principal da fase de organização provisória do segundo Conselho de Estado, que antecede a fase de sua existência constitucional.” (RODRIGUES, José Honório. *Atas do Conselho de Estado*. Segundo Conselho de Estado, 1823-1834. Disponível em: http://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/pdf/ACE/ATAS2-Segundo_Conseelho_de_Estado_1822-1834.pdf. Acesso em: 11 mar. 2018).

³⁶ SCAMPINI, José. *A liberdade religiosa nas constituições brasileiras*. Estudo filosófico-jurídico comparado. Petrópolis: Editora Vozes, 1978. p. 81.



É nesse contexto que, em 1827, a bula *Praeclara Portu-
galiae* aporta na Assembleia Geral como documento eclesiástico
de conteúdo geral, para controle de seu conteúdo material. Essa
Assembleia era composta por diversos clérigos fiéis ao Estado,
dentre eles o Pe. Feijó, que restou conhecido por sua campanha
contra o celibato e que se manifestava francamente a favor do

XIV. Conceder, ou negar o Beneplacito aos Decretos dos Concílios, e Letras Apostólicas, e quaesquer outras Constituições Ecclesiasticas que se não oppozerem á Constituição; e precedendo aprovação da Assembléa, se contiverem disposição geral.” (BRASIL, 1824).



controle civil dos atos eclesiásticos.³⁹

A exemplo de outros religiosos, esse pároco e parlamentar paulista deixaria claro seu posicionamento político para além dos umbrais da Igreja, o que se percebe da sua pena, ao declarar: “[...] é evidente que esse choque entre a concepção do Poder temporal e a punição do Poder Espiritual deve produzir a murmuração, fomentar partidos e acabar pela perturbação do sossego público. Logo a Assembleia Geral, além de revogar o impedimento da Ordem, não só pode como deve suspender o beneplácito às leis que dizem respeito ao Celibato, para que não possam ter execução, no Império do Brasil.”⁴⁰

A bula do Papa Leão XII, que separou de Portugal a Ordem de Cristo e atribuiu a ela os seus Grão-mestres, constituiria D. Pedro I como Grão-Mestre da Ordem no Brasil, instituindo, assim, um particular sistema de padroado, onde o Imperador fora reconhecido pela própria Igreja como autoridade religiosa, designado Grão-Mestre da Ordem de Cristo.

A bula se apresentava como uma tentativa de circunscrever o poder religioso do Imperador para minimizar o poder civil em matéria eclesiástica conferido pela Constituição Imperial.

Contudo, a Assembleia Geral, sob a influência de Feijó, em 1827, rejeita a bula papal, entendendo se tratar de documento, além de inconstitucional, ocioso e inútil.⁴¹ Ao exercer tal controle sobre um dos eixos centrais da autonomia da Igreja, ou seja, de não se deixar submeter pura e simplesmente ao poder civil, a Assembleia declara a supremacia do Estado sobre as Ordens Religiosas, abrindo uma zona cinza na relação do Império com a Igreja Católica.

Sublinha o Pe. Scampini que nesse ano de 1827 se inicia

³⁹ A divisão dentro da Igreja Católica entre aqueles que defendiam a submissão da Igreja ao poder civil (galicianismo) e daqueles que não assentiam com esse tipo de sujeição (ultramontanistas) se torna visível na chamada questão dos bispos, que deu causa a separação de fato entre a Coroa e a Igreja.

⁴⁰ BARROS, op. cit., p. 375.

⁴¹ BARROS, op. cit., p. 375.



[...] trazia no seu fulcro o conflito latente entre a Igreja e o Estado, como aliás se verificou, mais cedo ou mais tarde, em todos os países que fizeram da religião católica a crença oficial da Nação. Sob certos aspectos, aliás, espanta-nos, à primeira vista, que tal conflito não se verificasse mais cedo. Dessa

Inserido ao protocolo **17.711.187-2** por: **3º Sgt. Qpmg 1-0 Helió Jorge Parana Vieira** em: 04/06/2021 14:16. As assinaturas deste documento são de: **3º Sarg. A Kateryn Prisdyla da C. Docência** em: 04/06/2021 14:47. Endereço: <https://www.e-proto.org.br/03/2021/4/validarAssinatura> com o código: **6a30095610e9c0ef5cc877c0123ed21c**.



forma, procuramos compreender primeiro como foi possível a protelação do choque para só depois examinar que acontecimentos o desencadearam.⁴³

Deve-se ter em conta, nesse confronto formado no corpo da Igreja, que a doutrina da infalibilidade do papado seria colocada em dúvida pela reprovação do ato do Chefe da Igreja pela Assembleia. Entretanto, a constituição dogmática do *Pastor Aeternus*, que redundaria na assunção da doutrina da infalibilidade do Papa como a figura central do poder da Igreja sediada em Roma, acaba por ser promulgada no Concílio Vaticano I, em 18 de julho de 1870, pelo papa Pio IX.

Seria justamente na onda de despertar espiritual da Igreja, coadjuvada pela forte personalidade de Pio IX, que ascenderia ao bispado de Olinda o capuchino D. Vital, personagem central da emancipação política da Igreja Católica no Brasil e mártir do império.

O desenrolar da questão religiosa que marcou o reinado de D. Pedro II e o exponencial crescimento dos ideais antiescravagistas e republicanos, levaria, na última quadra do século XIX, ao desdobramento de um espaço público em que pretendia uma maior autonomia da Igreja oficial e, ao fim e ao cabo, a implantação da República, o que ocorre em 15 de novembro de 1889.

Nesse momento fértil do desenvolvimento institucional brasileiro, as instituições republicanas, inspiradas em grande monta no modelo constitucional americano,⁴⁴ sobretudo pela influência de Ruy Barbosa, passariam pela divisão dos poderes,

⁴³ BARROS, *op. cit.*, p. 373.

44 Escreveria na sua introdução aos Comentários de Joseph Story à Constituição dos Estados Unidos da América, vertido para o vernáculo por Theophilo Ribeiro, em referência a Constituição Republicana de 1891, que “[...] calçada, como foi ella, na constituição dos Estados Unidos, cujas disposições fundamentaes transpoz para a nossa vigente organização politica e, poderei dizer, com variantes apenas accidental, nada a poderia ilustrar e desenvolver melhor que a prática, os julgados, as ilações d’aquelle povo, mas verdadeiro e amado evangelho de todas as suas liberdades e direitos” (RIBEIRO, Theophilo. Introdução. *In*: STORY, Joseph. *Commentarios a’ Constituição dos Estados Unidos*. v. 1. Tradução de Theophilo Ribeiro. Ouro Preto: Typografia particular do tradutor, 1894. p. IX).



instituição do regime presidencialista, consolidação do legislativo e criação do Supremo Tribunal Federal como Corte Constitucional.

6 PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Os constituintes que elaboraram a primeira Constituição Republicana (1890-1891) divergiram muito sobre a extensão da liberdade religiosa que estavam a estabelecer. Ato normativo anterior (Decreto n. 119-A, de 7 de janeiro de 1890) havia separado o Estado da Igreja, muito embora essa sombra do Império ainda pairasse sobre temas religiosos, levando nossos legisladores ancestrais a reconhecerem a pluralidade de crenças e a necessidade de razoável distanciamento do Estado das entidades religiosas, com a aprovação da “emenda Zema”. Ainda, nesse cenário a Assembleia Constituinte aboliria as leis de mão-morta e delegaria para Lei Complementar a regulamentação das questões relacionadas ao patrimônio das confissões católicas.

No julgamento do Agravo 490, de 9 de maio de 1903, o Supremo Tribunal Federal consideraria, em seguida, dando um passo atrás, que as corporações religiosas não estariam totalmente emancipadas da ação do Estado, ao contrário, dependeriam de licença do governo para dispor de seus bens, julgamento esse depois comentado por João Barbalho, no qual se teria admitido que a autonomia das confissões poderia sofrer restrições.⁴⁵

Inicia-se, nessa quadra, uma série de incompreensões e conflitos, em parte ditados pela hegemonia católica da primeira república e, em outra, devido ao crescimento de outras confissões religiosas ao longo da história recente do Brasil.

Em 1949, o Supremo decidiria, em sede de Mandado de Segurança sobre a liberdade de culto da chamada Igreja Católica Brasileira, fundada por D. Carlos Duarte Costa, mantendo

⁴⁵

SCAMPINI, op. cit., p. 127.



restrições ditadas pelo Presidente Gaspar Dutra, com fundamento em parecer do Consultor-Geral da República Haroldo Valadão.

O fundador dessa igreja pretendia, no *writ*, ver garantida a sua liberdade de culto, com fundamento em dispositivos da Constituição de 1946 e do Código Civil (precisamente no disposto nos artigos 31, II, 141, §§ 7º e 8º, e 24, da CR, e nos artigos 319 e seguintes do Código Civil), contra ato administrativo que provocara uma ação policial para confinar a referida igreja no seu ambiente privado de culto, proibindo seu proselitismo público, em ruas ou praças, devido ao uso de vestuários e liturgias similares à da Igreja Católica Apostólica Romana.

O relator desse Mandado de Segurança, Min. Lafayette, denegaria a ordem impetrada, acompanhado da maioria, assumindo claramente uma postura de supremacia do Judiciário sobre as religiões, com fundamento na doutrina do constitucionalista francês Leon Duguit.⁴⁶ Lafayette concluiu, naquele julgamento, que “se o Poder Público, apreciando fatos, entender indispensável sua ação policial para impedir o excesso da liberdade, pode empregá-la em detrimento do que usando dessa liberdade forem de encontro a tranquilidade, a ordem pública, perturbando os direitos de terceiros.”

Contudo, em voto divergente, o Min. Hahnemann Guimarães, após historiar sobre a separação do Estado brasileiro da Igreja e acerca da garantia do direito de liberdade religiosa, sublinhou se tratar o caso de um “delito espiritual, podemos admitir. Como resolver um delito espiritual, um conflito espiritual, com a intervenção do poder temporal, do poder civil, que está separado da Igreja? Os delitos espirituais punem-se dentro das próprias Igrejas; não é lícito que essas Igrejas recorram ao prestígio

⁴⁶ “Le législaeur n’a pas pus se soustraire à l’esprit napoléonien que inspire toujours la plupart de nos lois. Il faut dire toutefois que ce contrôle, tel qu’il a été réglementé par les articles 37-46 du décret du 16 mars 1906, ne paraît pas devoir être vexeux.” (DUGUIT, Leon. *Manuel de Droit Constitutionnel*. Paris: Thorin et Fontemoing, 1923. p. 276).



SER RESPEITADAS POR UMA ASSOCIAÇÃO CONSTITUIDA PARA O CULTO. (RE 31179, Relator(a): HAHNEMANN GUIMARAES, Segunda Turma, julgado em 08/04/1958, DJ 26-06-1958 PP-09023 EMENT VOL-00345-02 PP-00534 RTJ VOL-00005-01 PP-00529).

Antes da convocação da Assembleia Nacional Constituinte de 1987/1988, em poucos momentos o Supremo Tribunal Federal voltaria a se manifestar sobre o tema da separação do Estado da Igreja, muito embora não houvesse subsumido, na cultura nacional, o entendimento consagrado constitucionalmente de que o ambiente religioso deveria se manter afastado do Estado, como pressentira Jefferson na sua carta aos Batistas. Tome-se aqui, como exemplo, o protagonismo político da CNBB nos termos finais do regime militar.

7 A INCLUSÃO DA CLÁUSULA DA SEPARAÇÃO DO ESTADO E AS RELIGIÕES NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

Com o advento da República, duas consequências emergem do quadro histórico de ocaso do Império: a instituição de um sistema que se pretende democrático, caracterizado pela alternância no poder, e, portanto, caudatário da democracia, e a separação formal do Estado da Igreja Católica, operada pelo Decreto n. 119-A, de 7 de janeiro de 1890.

A concepção de democracia, inicialmente inspirada no modelo americano que influenciou a Carta Política de 24 de fevereiro, definida na expressão de um sistema de participação do povo no governo, magnamente definida pelo presidente americano Abraham Lincoln como “the government of the people, by the people, for the people”, fórmula em que se acentua, segundo Kaufmann, a interjeição “pelo povo”⁴⁷ como maioria, mas que não prescinde do pluralismo.

Na perspectiva de Kaufmann, o pluralismo se fez parte

⁴⁷ KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do Direito*. Tradução de Antônio Ulisses Cortês. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2014. p. 441.



integrante e essencial do sistema de democracia moderna, diante das sociedades humanas conviverem com a diversidade de perspectivas, em que subsistem “diferentes sistemas normativos simultaneamente válidos e há uma multiplicidade de métodos adequados em função do respectivo objetivo de investigação”, que fazem distinguir o pluralismo, o monismo e o dualismo.

Na recente história democrática do Brasil, em pouco mais de século, poucos momentos de fato permitiram transparecer a construção desse espaço de governo “pelo povo”, como agente de transformação das instituições públicas. Um desses raros momentos de ativismo popular se rompeu no movimento em que se reivindicava o fim do regime militar e as eleições diretas, acunhado nas praças de “Diretas Já”, que moveu uma massa de milhões de brasileiros a reivindicar a redemocratização.

Tal movimento, no entanto, deu na eleição indireta, pelo Colégio Eleitoral, de um presidente civil, colocando fim ao período de governo militar, que se iniciara em 1º de abril de 1964. Em seguida à posse o vice-presidente convocaria a Assembleia Nacional Constituinte de 1987/1988, que contaria com significativo número de representantes eleitos, pertencentes a segmentos religiosos. Nesse ambiente surgiram algumas questões e debates acerca de temas religiosos naquele plenário.

A Assembleia produziria inicialmente uma breve polêmica sobre a cruz e a Bíblia. A questão surgiria após se ter deliberado pela permanência da imagem de Cristo em uma cruz no plenário. O Deputado Antônio de Jesus, cristão e ligado à Igreja Assembleia de Deus, apresentaria a Emenda Regimental n. 681, sobre a possibilidade da presença da Bíblia no ambiente da Assembleia Nacional Constituinte.

A propositura resultou na inclusão do art. 46 no Regimento da Assembleia Nacional Constituinte,⁴⁸ tema que refletia

⁴⁸ Cf. ROCHA PINHEIRO, Douglas Antônio. *Direito, Estado, Religião*. A Constituinte de 1987/1988 e a (re)construção da identidade religiosa do sujeito constitucional brasileiro. Brasília: UnB, 2008.



o ambiente que estava se formando ao redor da discussão sobre a laicidade da República Federativa do Brasil e que iria aportar na esfera judicial, que posteriormente replicou algumas dessas questões sobre a religião no espaço público brasileiro.

Quando tomava forma o esboço da nova Constituição surgiria o debate sobre a presença do nome de Deus no preâmbulo da Constituição,⁴⁹ que daria nota da pluralidade de ideias que tomava o espaço público e o debate constituinte, reflexo da própria pluralidade que havia impulsionado os movimentos de reivindicação das Diretas, produto da anistia ampla, conferida à oposição do regime militar.

Os Deputados constituintes José Genuíno e Haroldo de Lima, declaradamente ateus, apresentaram emenda supressiva do nome de Deus do preâmbulo do Projeto de Constituição, sob o argumento de que o Estado laico não seria compatível com a menção deísta no texto da Constituição. O Deputado Genuíno justificou a proposta, dizendo: “Senhor Presidente, para concluir esse encaminhamento, é com uma visão aberta ao pluralismo ideológico, filosófico, ético e moral, à modernidade dos nossos dias, que defendemos a supressão da expressão sob a proteção de Deus”.⁵⁰

Todavia, ocorreu, pelo voto da maioria, a aprovação do preâmbulo da Constituição com a inclusão do nome de Deus. Nessa linha, como enunciado que tramitou na Assembleia Nacional Constituinte do mesmo modo que as demais normas, instituída sua asserção ao texto constitucional.

A aprovação do texto preambular com a observância do processo legislativo, que tinha como parâmetro o Regimento

⁴⁹ Como ficou dito há anos por Hans Küng, “referindo-se explicitamente as religiões, se não cansa de repetir que, sem paz entre as religiões não haverá paz entre as nações, e essa paz pressupõe o conhecimento e o diálogo entre as religiões.” (BORGES, Anselmo. *Religião e diálogo inter-religioso*. Coimbra: Imprensa Universitária de Coimbra, 2010. p. 59).

⁵⁰ ROSA SILVA JÚNIOR, Antônio Carlos da. *Laicidade do Estado*. Uma interpretação a partir do preâmbulo constitucional. Abril de 2011. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/18975/laicidade-d-Estado/3>. Acesso em: 17 jul. 2020.



Embora o Supremo Tribunal Federal tenha decidido,⁵² em caso específico, que o preâmbulo da Constituição não é propriamente *norma jurídica*, dotada do atributo de obrigatoriedade, em outros casos a sua jurisprudência⁵³ oscila para admitir

Na decisão mais recente do STF, consignou-se na ementa: “[...] 2. A insignificância penal expressa um necessário juízo de razoabilidade e proporcionalidade de condutas que, embora formalmente encaixadas no molde legal-punitivo, substancialmente escapam desse encaixe. E escapam desse molde simplesmente formal, como exigência mesma da própria justiça material enquanto valor ou bem coletivo que a nossa Constituição Federal prestigia **desde o seu principiológico preâmbulo**. Justiça como valor, a se concretizar mediante uma certa dosagem de razoabilidade e proporcionalidade na concretização dos valores da liberdade, igualdade, segurança, bem-estar, desenvolvimento, etc. Com o que ela, justiça, somente se realiza na medida



que esse mesmo enunciado possui função principiológica.

Não sendo propriamente norma jurídica, como afirmou o Supremo Tribunal Federal naquela decisão pontual, o preâmbulo apareceria no espectro constitucional na construção da Corte com uma conformação ambígua; posto que redigido, discutido e aprovado pela Assembleia Nacional Constituinte, observando os mesmos procedimentos adotados para os dispositivos que integram o texto central da Constituição.

Contendo o preâmbulo valores resultantes da vida social ou, na expressão de Lassale, da constituição real, a referência ao nome de Deus gera, para alguns setores do pensamento jurídico, uma situação conflitante, por conceberem um *discurso constitucional* estritamente secular, sem paradigmas teológicos, que pretensamente foram superados pelo positivismo jurídico. Assim, mesmo considerada uma fórmula deísta, que preclui o conhecimento consequente da Causa Primeira, restaria, nessa invocação, a constatação de Sêneca: “conhecer Deus é adorá-lo”.⁵⁴

Fixado como valor de interpenetração das normas ordenadas no texto escrito da Constituição, com função axiológica, a invocação do nome de Deus pelos representantes do povo soberano, para promulgarem a Constituição sob a proteção de Deus, daria à luz ao ambiente democrático e pluralista que pretendia inaugurar.

Pois bem, a cláusula de separação, inscrita no art. 19 da Constituição da República em 1998, adentra no foro de discussão nesse ambiente em que a maioria religiosa dos constituintes prenunciavam a possibilidade de as religiões participarem do

em que os outros valores positivos se realizem por um modo peculiarmente razoável e proporcional.” (HC 107082, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Segunda Turma, julgado em 27/03/2012, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-081 DIVULG 25-04-2012 PUBLIC 26-04-2012, grifos meus).

54 “Qualquer outra adoração é de facto absurda, supersticiosa e mesmo ímpia. Degrada-o à baixa condição da humanidade, que se delicia com súplicas, solicitações, ofertas e adulações. No entanto, está impiedade a de menor de que a superstição é culpada.” (HUME, David. *Obras sobre religião*. Tradução de Pedro Galvão e Francisco Marreiros. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005. p. 144).



Tais fatos denotam que a atual conformação constitucional e política do Brasil não possibilita a exclusão das religiões do ambiente público e nem as postulações de segmentos minoritários para a retirada da cidadania política dos religiosos, tornando, com as lentes da Constituição, inconstitucional o Estado sem Deus.



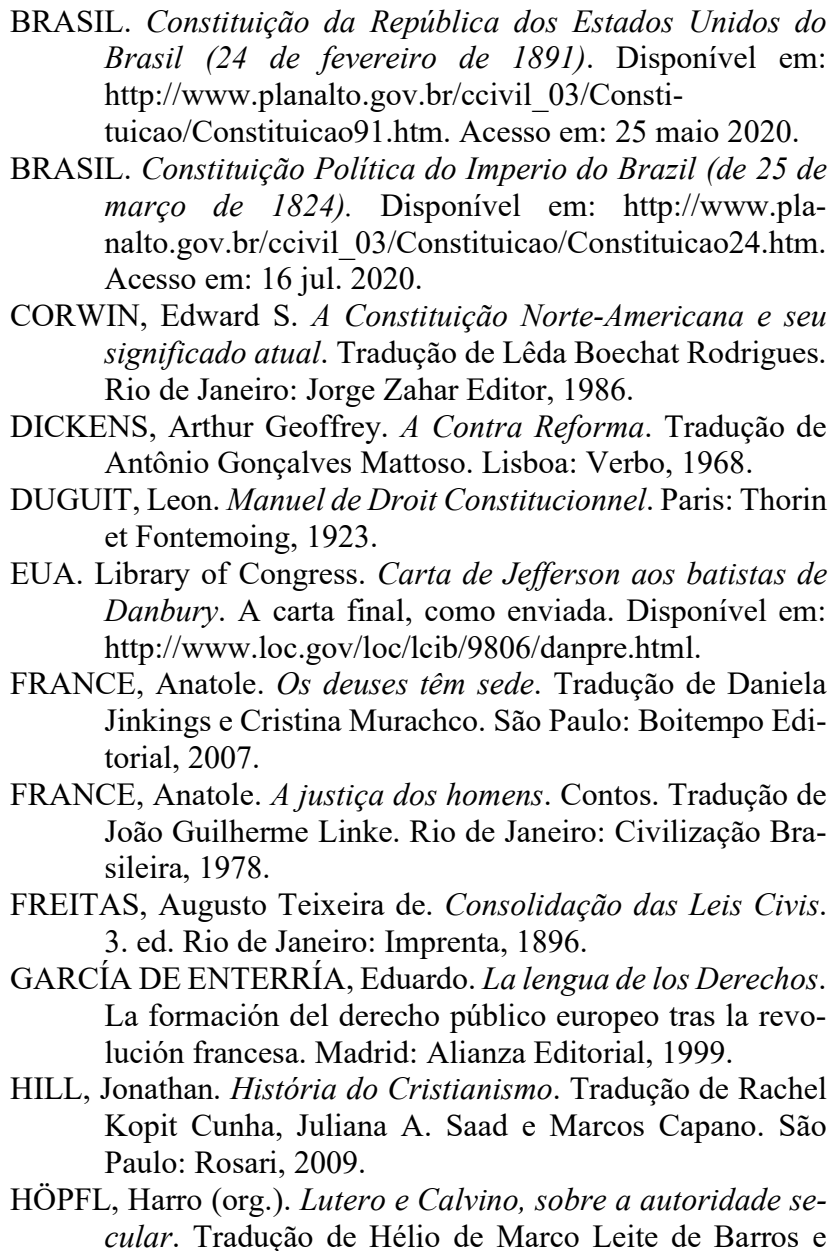
ALMOND, Mark. *O livro dourado das revoluções*. Momentos políticos que mudaram o mundo. Tradução de Gilson B. Soares. Rio de Janeiro: Harper Collins, 2018.

BARROS, Roque Spencer. Vida Religiosa. In: ELLIS, Myrian et al. *História Geral da Civilização Brasileira: o Brasil monárquico: declínio e queda do Império*. v. 6. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2004. Pp. 369-391.

BLANCARTE, Roberto. O porquê de um Estado laico. In: LOREA, Roberto Arriada (org.). *Em defesa das liberdades laicas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 19-32.

BORGES, Anselmo. *Religião e diálogo inter-religioso*. Coimbra: Imprensa Universitária de Coimbra, 2010.

BOSSUET, Jacques Bénigne. *Bossuet, textes choisis et commentés*. v. 2. Paris: Forgotten Books, 2018.





- outro. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- HUME, David. *Obras sobre religião*. Tradução de Pedro Galvão e Francisco Marreiros. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005.
- JUSTIA US Supreme Court. *Cantwell v. Connecticut*, 310 US 296 (1940). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/310/296/>. Acesso em: 25 maio 2020.
- JUSTIA US Supreme Court. *West Virginia State Bd. de Educ. v. Barnette*, 319 US 624 (1943). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/319/624/>. Acesso em: 25 maio 2020.
- LOCKE, John. *Carta a respeito da tolerância*. Tradução de E. Jacy Monteiro. São Paulo: Ibrasa, 1964.
- LOWESNSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Traducción de Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Ariel, 1979.
- KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do Direito*. Tradução de Antônio Ulisses Cortês. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2014.
- MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. *Liberdade religiosa numa comunidade constitucional inclusiva*. Dos direitos da verdade aos direitos dos cidadãos. Coimbra: Editora Coimbra, 1996.
- MACHIAVELLI, Nicoló. *O príncipe*. Tradução de Lívio Xavier. São Paulo: Atena Editora, 1957.
- MAUS, Ingeborg. O Judiciário como superego da sociedade. O papel da atividade jurisprudencial na sociedade órfã. *Novos Estudos – CEBRAP*, n. 58, p. 183-202, nov. 2000.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. v. IV. Coimbra: Coimbra Editores, 2012.
- NOBBS, Douglas. *Teocracia e tolerância*. Um estudo das controvérsias no calvinismo holandês de 1660 a 1650. Tradução de Roseli Lima e Alexandre Skvirsky. Rio de Janeiro: Bvbooks, 2017.



- PALLUERU, Giorgio Balladore. *A doutrina do Estado*. v. 1. Tradução de Fernando Miranda. Coimbra: Coimbra Editora, 1969.
- PIRES, Homero. Prefácio. In: *Commentarios á Constituição Federal do Brasil*. I volume – Das disposições preliminares. São Paulo: Saraiva, 1932.
- RIBEIRO, Theophilo. Introdução. In: STORY, Joseph. *Commentarios á Constituição dos Estados Unidos*. v. 1. Tradução de Theophilo Ribeiro. Ouro Preto: Typografia particular do tradutor, 1894. p.5-19.
- RIVERO, Jean; MOUTOUH, Hugues. *Liberdades públicas*. Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes: 2006.
- RODRIGUES, José Honório. *Atas do Conselho de Estado*. Segundo Conselho de Estado, 1823-1834. Disponível em: http://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/pdf/ACE/ATAS2-Segundo_Conseelho_de_Estado_1822-1834.pdf. Acesso em: 11 mar. 2018.
- RODRIGUES, Lêda Boechat. *A Corte Suprema e o Direito Constitucional Americano*. São Paulo: Revista Forense, 1958.
- ROCHA PINHEIRO, Douglas Antônio. *Direito, Estado, Religião*. A Constituinte de 1987/1988 e a (re)construção da identidade religiosa do sujeito constitucional brasileiro. Brasília: UnB, 2008.
- ROSA SILVA JÚNIOR, Antônio Carlos da. *Laicidade do Estado*. Uma interpretação a partir do preâmbulo constitucional. Abril de 2011. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/18975/laicidade-d-Estado/3>. Acesso em: 17 jul. 2020.
- SALDANHA, Nelson. *Da Teologia à metodologia*. Secularização e crise do pensamento jurídico. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.



SCAMPINI, Pe. José. A liberdade religiosa nas Constituições brasileiras. Estudo filosófico-jurídico comparado. Primeira parte – A liberdade religiosa no Brasil Império. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília: Imprensa Nacional, 1974.



principalismo; pensamento norte-americano; pensamento europeu.

1. INTRODUÇÃO



conceito de *autonomia* tem sido um conceito marcante para a compreensão e desenvolvimento da bioética ocidental, tanto na tradição de origem americana como europeia.

Estas duas tradições têm sustentado, no ocidente, o exercício concreto das ciências biomédicas e suas ramificações, através da aplicação de teorias éticas específicas, algumas baseadas na eleição de princípios que facilitariam, por um lado, a reflexão acerca das questões bioéticas e constituiriam, por outro, uma teoria de acção para a resolução concreta de questões.

Para o âmbito do trabalho foram escolhidas duas propostas sobre as quais nos debruçaremos de forma mais detalhada: a Teoria Principalista de Beauchamp e Childress expressa no livro “*Principles of Biomedical Ethics*” e a Iniciativa Europeia formulada no “*Basic Ethical Principals in European Bioethics and Biolaw*” (BIO-MED II Project).

Estes dois conjuntos de princípios, surgidos respectivamente, no final da década de 70 e em finais da década de 90 do século passado, constituem um esforço de teorização da bioética, através da sistematização de regras e ideais morais, que pudessem uma nova lógica de acção como resposta aos desafios decorrentes do extraordinário desenvolvimento tecnológico na medicina. Cada proposta, é constituída por 4 princípios distintos e em que o *respeito pela autonomia* é o único ponto comum.

De facto, a autonomia toma em ambas as abordagens uma centralidade, quer pela primazia que tradicionalmente tem obtido no entendimento global das questões da bioética, quer pelo carácter articulador central com que estabelece relações



com e entre os vários outros valores e princípios essenciais.

Os princípios escolhidos em cada quarteto são, segundo os seus autores, interdependentes e relacionam-se entre si em algum grau, pelo que se conclui que a vizinhança com certos princípios, e não com outros, influencia e contribui para a compreensão que o próprio princípio da autonomia tem em cada uma das propostas, e desta forma poderá coadjuvar a determinar um curso nas escolhas éticas decorrentes.

A dignidade humana é primordial e expressa o valor ontológico humano reconhecido em vários documentos fundamentais da modernidade, aceites de forma generalizada no mundo, ainda que não inteiramente cumpridos. No entanto, como num paradoxo, é possível que pela sua onnipresença teórica e amplidão de significado, o seu princípio possa estar a ser menos considerado na acção prática da bioética em detrimento de outros princípios que não o excluindo, deixam de fora realidades humanas que importa incluir.

Pretende-se, assim, com o presente artigo, aprofundar o conceito de autonomia, evocando a sua fundamentação histórica e filosófica na elaboração de teorias principialistas, primeiramente nos Estados Unidos da América e, mais tarde, na Europa, salientado posteriormente alguma divergência de enquadramento em que actualmente se insere. Para tal, aborda-se de que forma, a compreensão da noção de autonomia se deixa influenciar pela vizinhança com os outros princípios que constituem o quarteto de cada origem. E, sobretudo, especificamente reflectir sobre o contributo que o princípio da dignidade pode aportar ao princípio da autonomia, na fundamentação de origem europeia.

2. CONVERGÊNCIAS EM TORNO DO PRINCÍPIO DA AUTONOMIA NA BIOÉTICA OCIDENTAL

2.1. GÉNESE DA BIOÉTICA

A palavra-nova “bioética” surgiu em inícios de 1971 pela



mão de Van Rensselaer Potter, investigador oncologista, na universidade de Winconsin, e quase em simultâneo foi utilizada também pelo médico ginecologista-obstetra André Hellegers, da universidade de Baltimore/Georgetown, ainda que com uma conotação diferente. Crê-se hoje que Hellegers não teve conhecimento prévio do neologismo proposto por Potter¹. Para o primeiro, a bioética combinaria os conhecimentos das ciências biológicas com as ciências humanas para produzir uma ciência global que permitiria ao homem sobreviver de forma sustentável, bem inserido no seu ambiente natural. Hellegers foi, por seu turno, em larguíssima medida responsável pela direcção da bioética para o campo da investigação biomédica e das ciências da vida², que a consolida hoje como área do saber transversal e estruturante para o reflectir e orientar como fazer e utilizar a ciência / tecnologia, particularmente consideradas a nível humano.

Durante a década de setenta a bioética cresce e afirma-se também no contexto académico e social, para além da investigação, e em 1978 surge o Relatório de Belmont, que incide sobre a experimentação humana com o objectivo de legitimar as suas práticas e prevenir eventuais abusos futuros dela decorrentes³. Uma nova forma de abordar a bioética emergiu: pela primeira vez se fala em princípios a atender na discussão bioética em pesquisa biomédica – são referidos os princípios do respeito à autonomia, princípio da beneficência e princípio da justiça⁴. Um ano mais tarde, possivelmente por uma percepção da necessidade de

¹ Garrafa V, Martorell LB, Nascimento WF. Críticas ao principalismo em Bioética: perspectivas desde o Norte e desde o Sul. Saúde Sociedade S. Paulo, v.25, n.2, p.442-451, 2016.

² Gomes CC. Bioética narrativa do começo, Seminário de Bioética no âmbito do curso de doutoramento em Bioética. Universidade Católica Portuguesa - Porto, 2019.

³ Garrafa V, Martorell LB, Nascimento WF. Críticas ao principalismo em Bioética: perspectivas desde o Norte e desde o Sul. Saúde Sociedade S. Paulo, v.25, n.2, p.442-451, 2016.

⁴ Belmont report: ethical principles and guidelines for the protection of human subjects of research. Report of the national commission for the protection of human subjects of biomedical and behavioral research, 1998.

<http://www.med.umich.edu/irbmed/ethics/belmont/BELMONTR.HTM>



O modelo principialista americano têm-se revelado incontornável na reflexão bioética, o que decorre muito de ter um suporte teórico concreto de onde é possível partir para orientações práticas. No entanto, outras reflexões foram surgindo no decorrer do tempo, com propostas de modelos alternativos em que se consideram aspectos descurados por T. Beauchamp e J. Childress. De referir, que o “*Principles of biomedical ethics*” vai na 7ª edição (2013), e que os autores têm sabido, ao longo dos anos, responder às críticas sucessivas que vão sendo feitas,

⁹ Neves MP. Bioética e Bioéticas. *In*: Neves MP, Lima M (Coord.) - Bioética ou bioéticas na evolução das sociedades. Gráfica de Coimbra p.287-309, 2005.



actualizando-o e mantendo-o válido e relevante na bioética actual.

Na Europa, a abordagem principialista americana tem sido aplicada de forma mais limitada¹⁰, com críticas de conteúdo diverso¹¹ surgidas ao longo do tempo e que conduziram a caminhos diversificados à medida que a bioética se foi desenvolvendo e estruturando no âmbito da sua cultura. Em 1998, é apresentado de forma sintética a “Declaração de Barcelona” e, em 2000, publicado o “*Basics Principles in Bioethics and Biolaw*”, um projecto de análise que se baseia num modelo do tipo principialista enraizado na cultura europeia, onde foram apresentados quatro princípios éticos - autonomia, dignidade, integridade e vulnerabilidade, como quatro ideias / valores essenciais numa cultura de protecção dos direitos humanos relativamente aos domínios da biomedicina e biotecnologia¹². O projecto foi realizado no âmbito de um projecto da União Europeia e teve a colaboração de 22 parceiros, de 13 países europeus, que se reuniram e discutiram juntos presencialmente e individualmente através de reuniões parcelares com o relator do projecto¹³. Acresce neste projecto, o empenho que houve na valorização ímpar da pessoa humana e a particularidade do alargamento da ética ao mundo biológico em geral¹⁴ (sobre o qual não nos debruçaremos).

2.2. ALGUMAS CONSIDERAÇÕES SOBRE O PRINCÍPIO DA AUTONOMIA

¹⁰ Cabral R. Os princípios de autonomia, beneficência, não-maleficência e justiça. *In*: Archer L, Biscaia J, Osswald W (Coord.) - Fundamentos da Bioética, Ed. Verbo, p.53-58, 1996.

¹¹ Hayry M. European values in bioethics: why, what and to be used? *Theoretical Med.*, v24, p.199-214, 2003.

¹² Rendtorff JD, Kemp P. Basic ethical principles in european bioethics and biolaw. Report to the European commission of the BIOME-II project. Copenhagen / Center for ethics and Law, Barcelona / Borja de Bioetica. v1 e v2, 2000.

¹³ *Ibidem.*

¹⁴ *Ibidem*.

A autonomia é um princípio e um valor essencial, desde cedo, nos fundamentos da civilização ocidental. Inicialmente com âmbito político, aplicado aos povos e estados helénicos, a autonomia veio posteriormente a ter uma conotoção moral, estendendo-se aos indivíduos¹⁵. O termo deriva de duas palavras gregas, “*autos*” e “*nomos*”, que significam ser autor da própria lei¹⁶, o poder de dar a si próprio uma regra definindo os seus interesses, relações¹⁷ e compromissos, estritos ou alargados à comunidade em que se insere. Assim, uma pessoa autónoma é aquela capaz de deliberar sobre os seus objectivos pessoais e de agir intencionalmente na direcção dessa deliberação. Nos cuidados de saúde, a aplicação deste princípio está muito relacionada com a possibilidade de discussão e escolha dos doentes e família face às hipóteses em aberto, dentro dum limite socialmente definido e aceite.

O conceito de autonomia na filosofia moral e na bioética, reconhecendo a capacidade humana para a auto-determinação, fez emergir o princípio que a defende - o respeito pela autonomia¹⁸, que muitas vezes se simplifica referindo-se-lhe apenas como princípio da autonomia. É a operacionalização deste princípio que é destacada na Declaração Universal da UNESCO para a Bioética e Direitos Humanos onde se lê que “a autonomia de cada pessoa deve ser respeitada, devendo ser assumida com responsabilidade e respeitando a autonomia dos outros”¹⁹. Esta declaração, de 2005, aprovada por unanimidade pelos 191 países

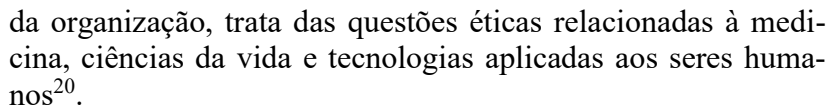
¹⁵ Cabral R. Autonomia. In: Cabral R. - Temas de ética. Publicações da Faculdade de Filosofia, UCP – Braga. p.13-14, 2000.

¹⁶ Cabral R. Os princípios de autonomia, beneficência, não maleficência e justiça. In: Archer L, Biscaia J, Osswald W (Coord.) - Fundamentos da Bioética. Ed. Verbo, p.53-58, 1996.

¹⁷ Firmino F. Autonomia e respeito. In: Neves MP, Pacheco S. (Coord.) - Para uma ética de enfermagem. Gráfica de Coimbra, p.238-248, 2004.

¹⁸ Miller BL. Autonomy. In: Post SG (Editor) - Encyclopedia of bioethics. Ed. Macmillan reference USA, 3rd ed, v1, p.246-249, 2003.

¹⁹ The UNESCO universal declaration on bioethics and human rights. UNESCO publishing, 2009.



Na tradição ocidental, a autonomia está ligada ao fundamento originário da liberdade e da dignidade humana querendo com esta dupla contribuição salientar, “a vocação de auto-consciência avaliativa e valorativa de cada pessoa”²¹ que lhe permite desejar, ponderar e escolher dentro do seu quadro existencial e, simultaneamente, aos inegáveis direitos e valor intrínseco que permanecem mesmo que essa mesma autonomia esteja diminuída, temporária ou permanentemente. A este propósito, ressalta a mesma declaração que “para pessoas que não estejam capazes de exercer a sua autonomia, medidas especiais devem ser tomadas para proteger os seus direitos e interesses”.

Para o exercício da autonomia é condição que o indivíduo seja capaz de decidir estando livre de limitações graves interiores e livre de constrangimentos externos que o coarctem de forma determinante. Em verdade, a autonomia pura é difícil e raramente, se alguma vez, atingível. Ou seja, para uma acção ser considerada autónoma apenas é necessária uma “certa quantidade de compreensão e liberdade e não uma compreensão completa ou uma ausência total de contrangimento”²². Daqui decorre que não se devem exigir condições excessivas de autonomia, mas apenas as que se normalmente se pressupõe ao considerar alguém capaz noutros campos.

Existem, porém, condições que impedem um exercício livre e intencional da autonomia própria, devendo as pessoas nestas condições ser protegidas até que, se tal for possível, as readquiram novamente. Consideram-se limites decisivos à decisão autónoma a existência de *limites internos* significativos

²⁰ *Ibidem.*

²¹ Domingues B. Informação verdadeira, liberdade e influências. *In*: Archer L, Biscaia J, Osswald W (Coord.) - Fundamentos da Bioética. Ed. Verbo, p.71-78, 1996.

²² Beauchamp TL, Childress JD. Principles of Biomedical Ethics. 6^a ed., N. York: Oxford university press, 2009.



decorrentes de uma capacidade diminuída para deliberar e/ou controlar desejos e acções. Como exemplos, a imaturidade presente nas crianças pequenas e em pessoas com atrasos cognitivos precoces, nos quadros pro-gressivos demenciais de etiologias diversas, nas perturbações mentais graves que evoluem com tendências suicidas, pessoas com psicoses e esquizofrenia descompensadas ou dependentes de drogas, entre os mais frequentes. Também se considera uma limitação à decisão autónoma do indivíduo a sua não-compreensão do que lhe é dito, não por ausência de capacidade cognitiva e deliberativa, mas por ausência de acesso a informação de qualidade - por iliteracia específica, por incapacidade ou negligência médica em proporcioná-la.

Este último ponto toma particular relevância nos cuidados em saúde e tem sido amplamente considerado e constricto com a introdução do consentimento informado na prática clínica e ensaios clínicos. Os profissionais de saúde não devem, todavia, considerar que apenas nos grandes processos decisórios, como cirurgias, participação em terapêuticas inovadoras e outros identificados por normas/decretos, devem os doentes e famílias devem ser bem informados visando a capacitação do indivíduo na sua escolha. A boa comunicação é matriz essencial a todo o cuidado e, nos inúmeros actos e tratamentos propostos e praticados sem necessidade de consentimento informado, essa condição não deve fazer diminuir no espírito do clínico a relevância de uma adequada explicação de diagnóstico, terapêutica e prognóstico. Na saúde, é frequente o encontro com pessoas vulneráveis e em situação de fraqueza, mais dependentes de outros, e em que a autonomia pura é ainda mais teórica; vários factores, internos e externos à pessoa, podem agravar a sua vulnerabilidade e, por seu turno, aumentar a limitação à decisão autónoma²³. Dada a sua importância ética, a autonomia não é apenas um valor a ser

²³ J. D. Rendtorff, P. Kemp. Basic ethical principles in european bioethics and biolaw. Report to the European commission of the BIOME-II project, v1, 1998.



considerado, mas um a ser activamente promovido²⁴, dentro das instituições de saúde.

Consideram-se limites decisivos à decisão autónoma a existência de *limites externos* significativos como a coacção e a manipulação²⁵, usados como forma de controlo e poder sobre outro retirando-lhe a possibilidade de escolha. Existem ainda limites externos que são consistentes com a acção autónoma e que são aqueles decorrentes das limitações do viver numa sociedade com regras e fronteiras morais e legais.

Assim se entende que a autonomia não é um valor social absoluto e, logo, o seu princípio não tem aplicação incondicional. Beauchamp e Childress dizem no seu livro que a autonomia é um valor *prima facie*, i.e., apesar da sua força não se sobrepõe aos restantes princípios e pode mesmo ser ultrapassado por considerações morais que com ele compitam²⁶. No caso mais específico dos cuidados em saúde, o respeito pela autonomia do doente pode legitimamente ser limitado pelo respeito por outros valores, assegurados por outros princípios, nomeadamente o da beneficência e justiça²⁷. No entanto, uma crítica recorrente a este modelo tem sido, precisamente, a primazia do respeito pela autonomia em detrimento dos demais, como veremos adiante. De igual modo, J. Rendtorff e P. Kemp no “*Basic Ethical Principles in European bioethics and biolaw*”, enfatizam que os princípios eleitos são interdependentes e não mutuamente exclusivos, podendo haver tensões, dilemas e contradições na sua aplicação real. Ou seja, a autonomia não é o único princípio a ter em conta, devendo ser compatibilizado com outros, não sendo de aceitar o

²⁴ J. Azétsop, S. Rennie. Principalism, medical individualism, and health promotion in resource-poor countries: can autonomy-based bioethics promote social justice and population health? *Philosophy, Ethics and Humanities in Medicine*, 5:1, 2010.

²⁵ Miller BL. Autonomy. In: Post SG (Editor) - *Encyclopedia of bioethics*. Ed. Macmillan reference USA, 3rd ed, v1, p.246-249, 2003.

²⁶ Beauchamp TL, Childress JD. *Principles of Biomedical Ethics*. 6^a ed., N. York: Oxford university press, 2009.

²⁷ Miller BL. Autonomy. In: Post SG (Editor) - *Encyclopedia of bioethics*. Ed. Macmillan reference USA, 3rd ed, v1, p.246-249, 2003.

primado absoluto que lhe é atribuído por alguns autores²⁸.

A autonomia tem diferentes graus, sendo actualmente preferível atribuir capacidade ou incapacidade de decisão autónoma face a uma decisão concreta. De facto, há uma hierarquia na complexidade das decisões, e as pessoas geralmente consideradas “não autónomas” podem decidir em algumas decisões pontuais²⁹ que sejam capazes de avaliar e que em geral dizem respeito a deliberações mais simples.

A heteronomia, em oposição à autonomia, consiste na entrega a outro da(s) decisão(ões) sobre si próprio, e pode ser uma decisão livre da pessoa. Daqui decorre que o exercício da autonomia não exclui a influência e/ou entrega a outrem do julgamento e escolha, fazendo desta a vontade própria. Esta, porém, deve ser feita de forma crítica, com base numa relação de confiança e, preferencialmente, ocorrerá quando existe uma assimetria de conhecimento específico entre a pessoa que necessita de decidir e a pessoa a quem entrega a decisão.

2.3. CONTRIBUTOS DA TRADIÇÃO FILOSÓFICA

O esforço de fundamentação da bioética em ambos os polos, americano e europeu, desenvolveu-se a partir das tendências filosóficas dominantes em cada cultura e, deste modo, possui simultaneamente um fundo comum a ambas decorrente do campo cultural compartilhado, assim como dissemelhanças decorrentes da divergência em algumas das ascendências filosóficas mais influentes. Ambas as propostas traduzem ideias e/ou valores determinantes e fazem parte de uma teoria ética específica traduzindo posições filosóficas, de consideração do homem e das condições éticas essenciais para uma boa vida humana. Os contributos para a sua elaboração não são exclusivamente de

²⁸ Cabral R. Os princípios de autonomia, beneficência, não maleficência e justiça. In: Archer L, Biscaia J, Osswald W (Coord.) - Fundamentos da Bioética. Ed. Verbo, p.53-58, 1996.

²⁹ *Ibidem*.



ordem filosófica, mas também histórico-cultural, sócio-económica e religiosa, mas é ainda a tradição filosófica que, incorporando indirectamente algumas das outras dimensões, marca a diferença³⁰.

As noções à volta do conceito de autonomia ocidental, desenvolvidas ao longo dos tempos, e como resposta a reptos históricos diversos, tem as suas raízes num pensamento europeu de longa tradição. Desde os filósofos da antiguidade clássica até aos nossos dias foram vários os contributos para a composição deste conceito.

Dois filósofos são incontornáveis para a compreensão actual desse conceito. Para Immanuel Kant, o filósofo por excelência do Iluminismo, a autonomia tem estreita ligação com a dignidade e liberdade humana, sendo que a pessoa humana não deve em circunstância alguma tratar-se e tratar outros como um meio, mas antes como um fim em si-mesma(os), dado o seu valor incondicional e originário³¹. Violar a autonomia de uma pessoa é tratá-la como um meio e não como um fim em si-mesma, isto é, de acordo com os desejos e objectivos de outro, sem consideração pelos desejos e objectivos do próprio³². Kant concebe a autonomia como condição de possibilidade de universalidade da norma moral, em que o sujeito moral é o autor da lei a que ele próprio está submetido e que é universal³³. Ou seja, a autonomia indica a capacidade do ser humano em agir racionalmente, de se auto-governar e legislar, reconhecendo a validade universal de uma lei moral e agir de acordo com ela. Como referem alguns Kantianos contemporâneos, a exigência de tratar outros como um “fim” requer o mesmo empenho na criação de condições

³⁰ *Ibidem*.

³¹ Miller BL. Autonomy. In: Post SG (Editor) - Encyclopedia of bioethics. Ed. Macmillan reference USA, 3rd ed, v1, p.246-249, 2003.

³² Beauchamp TL, Childress JD. Principles of Biomedical Ethics. 6^a ed., N. York: Oxford university press, 2009.

³³ Silveira de Brito JH, Silveira de Brito A. A autonomia humana: da filosofia à bioética clínica. Revista Portuguesa de Filosofia, T.68, Fasc.4, p.657-671, 2012.



para o desempenho dessa autonomia.

Esta moralização da ideia de autonomia não tem igual correspondência em John Stuart Mill, um filósofo liberal, consequencialista e utilitarista inglês, que tratou a autonomia em termos de liberdade civil e social, i.e., a natureza e os limites do poder que pode ser legitimamente exercido pela sociedade sobre o indivíduo³⁴. Para Mill a autonomia significa sobretudo a ausência de restrições indevidas sobre a capacidade de pensamento e de acção do indivíduo. No seu livro “Sobre a liberdade”, pode ler-se que “(n)a parte da sua conduta que apenas diz respeito a si, a sua independência é, por direito, absoluta. Sobre si, sobre o seu próprio corpo e a sua própria mente, o indivíduo é soberano”³⁵. Isto constituiria um conteúdo mínimo a ter em consideração no princípio do respeito pela autonomia³⁶. No entanto, conforme refere Silveira de Brito (2012), ao continuar a ler a obra de Mill, o leitor é forçado a interpretar a referida citação de um modo bastante matizado. Mill aponta como limite à liberdade individual a justiça: ninguém tem direito de, no exercício da sua autonomia, prejudicar os outros. Segundo o mesmo autor, Mill afirma que o exercício da liberdade “se aplica apenas a seres humanos na maturidade das suas faculdades” e que não implica “indiferença egoísta, que finge que os seres humanos nada têm a ver com a conduta uns dos outros”. Isto é, Mill preconiza tanto a não-interferência na vontade própria como refere limites à interferência de cada um na expressão livre dos outros e procura um fortalecimento adequado da expressão da autonomia no conjunto da sociedade³⁷.

Estas duas teorias filosóficas contribuíram de forma muito significativa para o entendimento do princípio do respeito

³⁴ *Ibidem*.

³⁵ *Ibidem*.

³⁶ Miller BL. Autonomy. In: Post SG (Editor) - Encyclopedia of bioethics. Ed. Macmillan reference USA, 3rd ed, v1, p.246-249, 2003.

³⁷ Beauchamp TL, Childress JD. Principles of Biomedical Ethics. 6^a ed., N. York: Oxford university press, 2009.



pela autonomia na bioética ocidental e de algum modo se completam. Beauchamp e Childress expressam-no no seu tratado, referindo-se às duas visões, embora uma cotação mais significativa seja atribuída a Mill (e J. Bentham). Para P. Kemp e a sua equipa, outras influências determinantes influenciaram a elaboração da sua proposta, para além dos referidos filósofos. Conceções como a da ética das virtudes, que re-emergiu nos anos 80 do século passado e que tem uma aproximação teleológica, com raízes nos ensinamentos éticos de Aristóteles e de Tomás de Aquino que de forma decisiva também influenciaram a filosofia e a moral católica³⁸.

3. DIVERGÊNCIAS EM TORNO DO PRINCÍPIO DA AUTONOMIA NA BIOÉTICA OCIDENTAL

3.1. DIFERENÇAS NO ENQUADRAMENTO DO PRINCÍPIO DA AUTONOMIA

Desde o seu início, a bioética apresentou uma ambição de carácter prático, com o intuito de construir uma ciência da prática, um sistema teórico do pensamento sobre a acção³⁹. Foi já apontado que, surgindo de uma problemática comum, inicialmente nos EUA e mais na tarde na Europa, a bioética enveredou por diferentes orientações à medida que se foi desenvolvendo e estruturando.

Convém acrescentar que a perspectiva originária da bioética é fundamentalmente humanista⁴⁰ focando a melhoria integral da pessoa e do ser-sendo humano. Pode-se dizer que existe uma

³⁸ Hayry M. European values in bioethics: why, what and to be used? Theoretical Med., v24, p.199-214, 2003.

³⁹ Neves MP. A teorização da bioética. In: Neves MP (Coord.) - Comissões de Ética: da base teórica à actividade quotidiana. Gráfica de Coimbra, 2ª ed. revista e aumentada, p.37-63, 2007.

⁴⁰ Neves MP. A fundamentação antropológica da bioética. Revista de Bioética v.4 n.1, 1996.

certa unidade identitária na génese da bioética, que soa diferente em comunidades distintas, mas que tem por base “a mesma língua que se vai falando de modo diverso”⁴¹, ainda que no Ocidente essa linguagem tenha mais semelhanças que diferenças.

A bioética encontra-se sobretudo enraizada em países com desenvolvimento humano muito alto e alto⁴² em que existem condições para o seu progresso. Tem menor expressão institucional, ou nenhuma, em países de baixo desenvolvimento humano, muito provavelmente pela menor importância atribuída a estas questões face a outras sanitárias, organizacionais e sociais mais prementes. À medida que o interesse da bioética se estende globalmente, a diversidade na análise dos problemas por variações no ler, julgar e agir das comunidades, torna-se evidente. Este é, no presente, um desafio patente, que tem levado ao aparecimento de críticas aos modelos mais antigos e ao surgimento de novos modelos teóricos. A procura por uma teoria unitária, que possa congrega numa voz comum as diferenças, ou procurar o consenso dentro do pluralismo, tem-se revelado muito desafiante⁴³.

Também na Europa múltiplas reflexões eclodiram face ao modelo norte-americano dominante e à influência preponderante que o princípio da autonomia tem na concepção da sua bioética.

Desde a primeira formulação do "*Principles of biomedical ethics*", em 1979, que o princípio da autonomia tem sido considerado prevacente sobre os restantes⁴⁴. Na realidade o texto

⁴¹ Neves MP. Bioética e Bioéticas. In: Neves MP, Lima M (Coord.) - Bioética ou bioéticas na evolução das sociedades. Gráfica de Coimbra p.287-309, 2005.

⁴² Cf. Relatório de Desenvolvimento Humano no ano 2014, Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento, Organização das Nações Unidas, publicado em 2018.

⁴³ Neves MP. A fundamentação antropológica da bioética. Revista de Bioética v.4 n.1, 1996.

⁴⁴ Deligiorgi K. Autonomy in bioethics. Symposium. 3,2, p.177-190, 2016.



de Beauchamp e Childress explicita que os princípios são deveres *prima facie*, com igual importância, mas, estudando os exemplos que fornecem, o primado do princípio da autonomia torna-se aparente⁴⁵. Isto constitui uma crítica porque implica escolhas e mudanças no dia-a-dia que não são consensuais. Um dos argumentos tem a ver com a possibilidade de desresponsabilização por parte dos profissionais de saúde, colocando o ónus da decisão sobre o doente e família⁴⁶, deslocando o fardo da responsabilidade. Outra crítica frequentemente apontada prende-se com a perspectiva comunitária: dizem os seus defensores que o individualismo que decorre da obediência à liberdade pessoal triunfa, de uma forma sistemática, sobre a moral relacional e comunitária e que aquela tem sido o padrão⁴⁷ para as orientações institucionais e as políticas governativas, criando uma "cultura da autonomia"⁴⁸ e menos a uma "cultura de solidariedade", que reconhece o dever de ajudar os outros.

Assim sendo, a perspectiva norte-americana é, de uma forma geral, vista como sendo mais individualista uma vez que faz pesar mais o princípio da autonomia individual na ponderação das questões. Daí que esteja mais empenhada na resolução dos problemas que importam de forma imediata e decisiva para um indivíduo por oposição à resolução de grandes problemas em que os interesses morais de um grupo estão mais envolvidos e em que tradicionalmente a perspectiva europeia tem centrado a sua atenção⁴⁹.

Na Europa, foi lançado em 1995 o projecto BIO-MED

⁴⁵ Neves MP. A fundamentação antropológica da bioética. Revista de Bioética v.4 n.1, 1996.

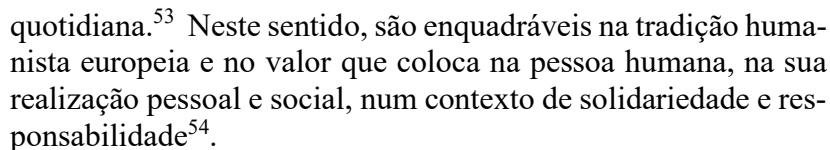
⁴⁶ Miller BL. Autonomy. In: Post SG (Editor) - Encyclopedia of bioethics. Ed. Macmillan reference USA, 3rd ed, v1, p.246-249, 2003.

⁴⁷ *Ibidem*.

⁴⁸ Deligiorgi K. Autonomy in bioethics. Symposium. 3,2, p177-190, 2016.

⁴⁹ Neves MP. A fundamentação antropológica da bioética. Revista de Bioética v.4 n.1, 1996.





O relatório elaborado deve ser visto como ética política que contribui com orientações práticas para um Cultura Ética e Legal Europeia uma vez que consideram os princípios “valores partilhados” de uma moralidade europeia comum⁵⁵.

O modelo norte-americano propõe uma ética moral normativa, baseada em princípios, que tenta responder à questão: Que normas morais devemos aceitar para nos guiar e avaliar a conduta e porquê?⁵⁶ Os princípios da autonomia, não maleficência, beneficência e justiça devem ser usados como orientações gerais para a formulação prática de regras mais específicas, na ética biomédica⁵⁷. Os autores creem que estes princípios são suficientemente consensuais para serem usados em diversos contextos culturais porque estão a “meia-distância” entre a teoria moral por detrás do princípio e as normas aplicadas na prática.

Em geral, é referido que a bioética principialista norte-americana se fundamenta em princípios de mais fácil aplicabilidade, tornando a transferência da reflexão teórica para a aplicação prática mais ágil, o que tem favorecido o seu sucesso. O outro lado da maior capacidade operativa, que simplifica e objectiva a abordagem, é que haverá âmbitos da realidade que ficarão de fora da análise porque não contemplados pelo conjunto dos itens da teoria. Parte da crítica europeia fundamenta-se precisamente neste ponto: a dificuldade de abordar uma realidade complexa e subjectiva com um modelo que consideram incompleto.

Os seus defensores do advogam que os quatro princípios

⁵³ *Ibidem.*

⁵⁴ *Ibidem.*

⁵⁵ *Ibidem.*

⁵⁶ Beauchamp TL, Childress JF. Principles of biomedical ethics. 6th edition. Oxford University Press, 2009.

⁵⁷ *Ibidem.*



do principialismo norte-americano são constituintes da “moral comum”, sobretudo na área da saúde, e que são um caminho de ajuda não-exclusivo ao pensamento prático. Valores como os referidos pelo modelo europeu, por outro lado, seriam mais difíceis de aplicar na prática pela sua excessiva amplitão e alargada leitura conceptual.

O sistema conceptual de cada perspectiva é determinante para a sua fundamentação. O panorama norte-americano é, de uma forma geral, dominado pelo pragmatismo, e tenta estabelecer normas de conduta moral que conduzem à acção boa; os 4 princípios de Beauchamp e Childress são disso exemplo, constituindo uma normativa moral para o campo da biomedicina⁵⁸. A reflexão bioética europeia “prossegue uma inquirição acerca do fundamento do agir e ser humano, apoiando-se nos princípios que determinam a moralidade da acção e nesse sentido constituindo-se uma ética”⁵⁹. A este propósito referir que Beauchamp e Childress referem que os seus princípios fazem parte de uma “moral comum”, enquanto os autores europeus ressaltam que os princípios são “valores partilhados”, evidenciando já aqui a linha de pensamento que substantia cada proposta.

Apesar de todos os argumentos expressos há na verdade situações em que o princípio da autonomia simplesmente não se aplica. Isto é particularmente exacto para os doentes incapazes de ponderar e decidir, como já aqui referidos. O princípio é limitado nestes casos e não protege de forma adequada estas pessoas, sendo esta uma das razões centrais que levou o grupo europeu à introdução do princípio da dignidade na sua proposta.

3.2. CONTRIBUTOS DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE PARA O DESENVOLVIMENTO DO PRINCÍPIO DA AUTONOMIA NA EUROPA

⁵⁸ Neves MP. A teorização da bioética. In: Neves MP (Coord.) - Comissões de Ética: da base teórica à actividade quotidiana. Gráfica de Coimbra, 2ª ed. revista e aumentada, p.37-63, 2007.

⁵⁹ *Ibidem*.



O conceito de dignidade tem uma biografia longa, com duas dimensões tradicionalmente consideradas nesse percurso. Uma que se prende com a *dignitas* romana, atribuível apenas ao imperador e que expressava a elevada e exclusiva posição social de que gozava; tinha uma conotação socio-política e, logo, não dizia respeito à pessoa toda, mas antes era de-pendente da sua posição ou função social⁶⁰. Esta *dignitas* estava muito relacionada com o conceito de honra, e diz a este respeito Aristóteles que esta não é um verdadeiro bem uma vez que está dependente de outros pois pode ser dada e retirada por outros⁶¹. À ideia de dignidade-cargo foi-se paulatinamente associando a dignidade como valor interior⁶², como valor intrínseco e inalienável da humanidade de cada pessoa, que corresponde à ideia moderna.

O cristianismo propulsionou a ideia de que o valor da vida humana precede qualquer acto e escolha humanas uma vez que todo o Homem é criado à imagem e semelhança de Deus. Neste decorrer, a dignidade foi, de forma inédita e alargada, designada como uma qualidade comum a todos os seres humanos estabelecendo o seu igual valor intrínseco. Esta formulação tem uma conotoção ética e é dela que se parte para a construção da Declaração Universal dos Direitos do Homem. Pode dizer-se que no evoluir da história a dignidade passou de um sentido particular para um sentido universal.

Não faz parte do âmbito deste trabalho abordar de forma sistemática todos os contributos para a compreensão da dignidade humana. Pretende-se enfocar alguns aspectos mais relevantes para a compreensão moderna e a sua ligação e diferenças com

⁶⁰ Renaud M. Dignidade Humana. In: Neves MP, Pacheco S (Coord) - Para uma ética de Enfermagem: desafios. Gráfica de Coimbra, p.203-214, 2004.

⁶¹ Aristóteles. Ética a Nicómaco. Trad. Caeiro AC. Quetzal Editores, 2009.

⁶² Cabral R. A dignidade da pessoa humana. In: Cabral R - Temas de Ética. Publicações da Faculdade de Filosofia, UCP – Braga, p.273-280, 2000.



a presença de uma dimensão ética⁶⁵.

A pessoa é, ao longo da sua vida, tensão entre a sua identidade e o fluxo temporal e subjectivo das suas manifestações⁶⁶, manifestações essas que podem incluir ou não a autonomia. Esta percepção da pessoa torna mais difícil cortar a sua identidade em parcelas divisíveis aceitando que, ainda que difícil, a vida é constante modificação de si na permanência de si próprio⁶⁷.

Para a tradição europeia, o corpo é o fundamento da experiência humana, a condição sem a qual não se poderia falar em pessoa; é experimentado como o mais íntimo de si para si mesmo e ao mesmo tempo experienciado como uma exterioridade, como um objecto no mundo⁶⁸ com que(m) se relaciona.

Estas considerações são relevantes quando nos queremos debruçar sobre as situações de perda de autonomia como nos estados diminuídos de consciência ou nas alterações cognitivo-comportamentais graves, conforme vemos em alguns doentes vítimas de acidente vascular cerebral, doentes e famílias com quem trabalho diariamente.

Se o exercício da razão, de forma permanente ou limitada no tempo, se esvai, a dignidade da pessoa mantém-se inalterada – pelo relacionamento com os outros que a construíram e são construídos por ela como pessoas, pela sua vida humana incarnada que evoluiu para a perda da capacidade de ser responsável, o que não oblitera a sua unicidade histórica e humana, pela presença do seu corpo que de tudo isto é significado e memória. A mudança inerente à vida humana não termina senão na morte e, portanto, o fundamento da dignidade da pessoa não depende da manifestação sempre presente das mais altas características pessoais e humanas⁶⁹.

Os autores/parceiros do projecto BIO-MED II incluem

⁶⁵ *Ibidem*.

⁶⁶ *Ibidem*.

⁶⁷ *Ibidem*.

⁶⁸ *Ibidem*.

⁶⁹ *Ibidem*.

várias das razões acima descritas para sustentar a inclusão do princípio da dignidade no seu conjunto de princípios. Sustentam que relembrar o princípio da dignidade, numa reflexão ética, é opor-se a todos os tipos de tratamento degradantes e discriminatórios e proteger a vida humana quando confrontados com poderes superiores. Esta protecção, acrescentam, é sobretudo necessária em circunstâncias limite, como quando o ser humano não consegue ser autónomo e depende inteiramente de outros.

Os autores referem ainda no seu livro que o respeito pela dignidade humana lhes parece ser o princípio fundamental e primordial. Escrevem-no em nota de rodapé, esclarecendo que houve desentendimento no grupo sobre qual - autonomia ou dignidade - teria o estatuto mais preponderante. Para um número significativo, a dignidade é, no entanto, característica de toda a pessoa humana, como expressa pela Declaração dos Direitos Humanos e, assim, a sua noção deve preceder o levar-se em conta a ideia de autonomia⁷⁰, que não está presente sempre, em todos.

4. CONCLUSÃO

O princípio da autonomia desempenha um papel central no questionamento relativo aos problemas biomédicos e de biotecnologia, nas suas vertentes clínica, investigacional e de produção científica, na bioética ocidental. Neste campo, dois modelos importantes que baseiam as suas orientações em princípios éticos - o modelo principialista de Beauchamp e Childress e o modelo europeu de Kemp e Rendtorff, têm como único ponto comum o princípio do respeito pela autonomia.

A autonomia e a dignidade foram usadas, por vezes, com o mesmo significado, mas não compreendem com exactidão o mesmo território conceptual. O princípio da autonomia não é

⁷⁰ Rendtorff JD, Kemp P. Basic ethical principles in european bioethics and biolaw. Report to the European commission of the BIOMED-II project, v1, 1998.



capaz de englobar no seu seio situações particulares da existência humana, como as que dizem respeito à perda de consciência ou perda de capacidade reflexiva, com decorrente supressão da capacidade de decisão autónoma e inerente dependência de outros. O princípio da dignidade recorda o valor intrínseco inalienável da vida humana, mesmo nestas situações limite, mantendo-se a pessoa merecedora do mesmo respeito e consideração e exigindo direitos de protecção particulares.

Por este motivo, é o princípio da dignidade incluído como acompanhante fundamental do princípio da autonomia pelos autores do projecto europeu, em contraponto ao proposto pelo modelo norte-americano, que não introduz na sua proposta nenhum outro princípio que claramente defenda este problema, frequente na vida clínica e na existência humana hodierna.

O princípio da dignidade aportará ao princípio da autonomia um acréscimo mais amplo à compreensão do existir humano, em todas as suas realidades.



REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

1. Aristóteles. *Ética a Nicómaco*. Trad. Caeiro AC. Quetzal Editores, 2009.
2. Azétsop J, Rennie S. Principlialism, medical individualism, and health promotion in resource-poor countries: can autonomy-based bioethics promote social justice and population health? *Philosophy, Ethics and Humanities in Medicine*, 5:1, 2010.
3. Beauchamp T.L., Childress J. *Principles of biomedical ethics*. N. York: Oxford university press, 6th ed., 2009.
4. Belmont report: ethical principles and guidelines for the protection of human subjects of research. Report of the



- Inserido ao protocolo **17.711.187-2** por: **3º Sgt. Qpmg 1-0 Helió Jorge Parana Vieira** em: 04/06/2021 14:16. As assinaturas deste documento são de: **3º Sarg. A Kateryn Prisdyla da C. Docência** em: 04/06/2021 14:47. Endereço: <https://www.e-protoctos.org.br/03/2021/4/validarAssinatura> com o código: **6a30095610e9c0ef5cc877c0123ed21c**.



- v.1, p.246-249, 2003.
16. Neves MP. A fundamentação antropológica da bioética. *Revista de Bioética* v.4 n.1, 1996.
 17. Neves MP. A teorização da bioética. *In: Neves MP (Coord.) - Comissões de Ética: da base teórica à actividade quotidiana. Gráfica de Coimbra, 2ª ed. revista e aumentada, p.37-63, 2007.*
 18. Neves MP. Bioética e Bioéticas. *In: Neves MP, Lima M (Coord.) - Bioética ou bioéticas na evolução das sociedades. Gráfica de Coimbra, p.287-309, 2005.*
 19. Relatório de Desenvolvimento Humano no ano 2014, Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento. Organização das Nações Unidas, publicado em 2018.
 20. Renaud M. Dignidade Humana. *In: Neves MP, Pacheco S (Coord) - Para uma ética de Enfermagem: desafios. Gráfica de Coimbra, p.203-214, 2004.*
 21. Rendtorff JD, Kemp P. Basic ethical principles in european bioethics and biolaw. Report to the European commission of the BIOMED-II project. Copenhagen / Center for ethics and Law, Barcelona / *Borja de Bioetica*, v.1 e v.2, 2000.
 22. Silveira de Brito JH, Silveira de Brito A. A autonomia humana: da filosofia à bioética clínica. *Revista Portuguesa de Filosofia*, T.68, Fasc.4, p.657-671, 2012.
 23. UNESCO universal declaration on bioethics and human rights. UNESCO publishing, 2009.



durante a pandemia de COVID-19, por meio das doações e demais ações sociais e filantrópicas realizadas por essas organizações em prol da coletividade. Conclui-se que o contexto pandêmico ensejou uma atuação social ainda maior por parte das empresas e que, diante de tantas adversidades oriundas da crise sanitária, a solidariedade e o esforço em conjunto em prol de interesses coletivos se apresentam como um possível legado deixado pela pandemia.

Palavras-Chave: Responsabilidade social; Função Social; Filantropia; COVID-19; Pandemia.

SOCIAL RESPONSIBILITY, PHILANTHROPY AND THE SOCIAL ROLE OF COMPANY IN THE COVID-19 PANDEMIC

Abstract: In 2020, the world faced the COVID-19 pandemic, a time when civil society needed to join efforts to reduce the social, economic and health impacts caused by this crisis. In addition to measures to combat the disease, aspects related to the company's solidarity and social performance have emerged as a means of facing the challenges caused by the pandemic. This article aimed to examine the transformations in the company's social performance during the COVID-19 pandemic. We sought to answer how companies positioned themselves during this period and to what extent the emergency social performance of these organizations can influence their social commitments in the future. For that, the applied methodology was qualitative and theoretical, since bibliographical references of books, periodical articles of the areas of social responsibility of the company, social function and business law were explored, while the hypothetical-deductive method was used. In the first topic, corporate social responsibility and the social function of the company were presented. Subsequently, the issue of corporate philanthropy and

its particularities in the face of corporate social responsibility was exposed. Finally, there was an increase in the social role of companies during the COVID-19 pandemic, through donations and other social and philanthropic actions carried out by these organizations in favor of the community. It is concluded that the pandemic context gave rise to an even greater social performance by companies and that, in the face of so many adversities arising from the health crisis, solidarity and the joint effort in favor of collective interests are presented as a possible legacy left by the pandemic. .

Keywords: Social responsibility; Social role; Philanthropy; COVID-19; Pandemic.

INTRODUÇÃO



m 2020, a sociedade civil mundial passou a enfrentar inúmeros desafios oriundos da propagação do coronavírus (SARS – Cov-2), que resultou na pandemia de COVID – 19, sendo assim declarada no dia 11 de março de 2020 pela Organização Mundial de Saúde (OMS).³

Em meio aos inúmeros danos ocasionados pelo cenário pandêmico (compreendendo, mas não se limitando a: mortes, desempregos, aumento da desigualdade social e colapso nos sistemas de saúde), a crise sanitária trouxe à tona a noção de solidariedade e colaboração entre indivíduos, organizações da sociedade civil e empresas, os quais objetivam dirimir os inúmeros impactos negativos da doença e de suas consequências sociais, em todos os territórios afetados.

Além das medidas sanitárias para o controle do vírus,

³ OPAS/OMS BRASIL. Organização Pan-Americana da Saúde. *Folha Informativa COVID – 19*. Escritório da OPAS e da OMS no Brasil. Disponível em: <https://www.paho.org/pt/covid19>. Acesso em: 21 set 2020.



aspectos relacionados à solidariedade da sociedade civil e à atuação social da empresa emergiram como meio de enfrentamento dos desafios ocasionados pela referida crise. Assim, ao passo que a pandemia avançou, pessoas em situação de vulnerabilidade social passaram a se beneficiar de inúmeras iniciativas sociais dessas organizações, suscitando o debate acerca da responsabilidade social e filantropia empresarial.

A partir dessa perspectiva, objetiva-se, neste artigo, responder à seguinte pergunta de partida: como as empresas se posicionaram durante os primeiros meses de pandemia de COVID-19 e em que medida a atuação social emergencial dessas organizações pode influenciar os seus compromissos sociais no futuro?

Para tanto, a metodologia aplicada é qualitativa e teórica, uma vez que são exploradas referências bibliográficas de livros, notícias e artigos periódicos sobre responsabilidade social da empresa, função social e COVID-19, enquanto o método utilizado é o hipotético-dedutivo.

Este artigo está dividido em três tópicos. Em um primeiro momento, apresentou-se uma breve elucidação acerca dos conceitos de responsabilidade social corporativa e de função social da empresa.

Posteriormente, foi exposta a questão da filantropia empresarial e suas particularidades diante da responsabilidade social corporativa.

Por último, exibiu-se a ascensão do papel social das empresas durante a pandemia de COVID-19, por meio das doações e demais ações sociais e filantrópicas realizadas por essas organizações em prol da coletividade.

1. ÉTICA EMPRESARIAL: A RESPONSABILIDADE SOCIAL CORPORATIVA E A FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA



Nesse contexto, conceitos como função social e responsabilidade social corporativa vêm à tona e propõem à sociedade o questionamento acerca do papel que a empresa exerce na sociedade, sobretudo durante a pandemia. Por conseguinte, a demanda por valores sociais na atividade

⁴ MATIAS, João Luis Nogueira. *A função social da empresa e a composição de interesses na sociedade limitada*. Tese de Doutorado — Universidade de São Paulo, 2009.



empresarial tem crescido consideravelmente, e a pauta tem se apresentado cada vez mais relevante.⁵ É necessário pontuar que, conforme aduz Moraes⁶ é a sociedade “quem legitima a empresa”.

A busca por novos parâmetros de comportamento e a valorização de padrões de responsabilidade social corporativa é fenômeno que vem se consolidando ao longo dos tempos, não estando vinculado à crise provocada pela atual pandemia, embora tenham ganho um forte impulso nos tempos atuais. No passado, escândalos financeiros como o da empresa Enron⁷ trouxeram à tona o debate sobre o tema, de modo que, progressivamente, as empresas têm buscado incorporar e institucionalizar valores sociais, integrando a ética em seus processos decisórios e no seu modo de gestão empresarial.⁸

A adoção de comportamentos éticos pode se dar por meio do exercício da função social da empresa ou pelas práticas de responsabilidade social corporativa (RSC), cujos conceitos devem ser bem esclarecidos, a fim de que se evite confusão, sobretudo no contexto da ordem jurídica brasileira.

O objetivo das empresas é gerar lucro, razão da sua existência e motivação para a sua criação pelos seus organizadores. Entretanto, deve-se ter em mente que o atendimento de outros interesses além do de gerar lucro tem sido uma preocupação cada vez mais identificada entre os propósitos das empresas, sendo certo que a busca pelo lucro não deve se

⁵ NASCIMENTO, Letícia Queiroz. *As parcerias com o terceiro setor para o exercício da responsabilidade sócio ambiental das empresas*. Dissertação de Mestrado – Centro Universitário 7 de Setembro – UNI7, 2021.

⁶ MORAES, Maria Cristina Pavan. *et al.* Evolução Histórica dos Estudos sobre a Ética. In: SILVA FILHO; BENEDICTO, Gideon Carvalho de; CALIL, José Francisco. (Org.) *Ética, responsabilidade social e governança corporativa*. 3 ed. Campinas: Editora Alínea, 2014. p. 27.

⁷ A *Enron Corporation* era uma empresa de energia elétrica, situada em Houston, Texas, no Estados Unidos que protagonizou, em 2001, um dos maiores escândalos contábeis do século XXI, no qual práticas de corrupção e fraudes levaram à falência da organização e o prejuízo de bilhões de dólares aos acionistas.

⁸ NASCIMENTO, Letícia Queiroz. Ob. Citada.



realizar de qualquer forma.

A CF/88 disciplina o exercício da atividade econômica, dispondo sobre a ordem jurídica do mercado, que deve ser fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tendo por fim assegurar a todos a exigência digna, conforme os ditames da justiça social, observando-se os seguintes princípios: soberania nacional; propriedade privada; função social da propriedade; livre concorrência; defesa do consumidor; defesa do meio ambiente; redução das desigualdades regionais e sociais; busca do pleno emprego; e por fim, tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no país. Tais princípios são basilares para a atuação das empresas.

Embora entre eles não conste o princípio da função social da empresa, que apenas é referenciada quando se dispõe que a lei que cria empresa pública deve indicar qual a sua função social, não há dúvidas de que a função social da empresa é corolário da função social da propriedade.⁹

Dessa maneira, não se pode tratar do exercício da atividade empresarial sem observar as ponderações decorrentes da função da propriedade.¹⁰ A CF/88 em seu artigo 5º inciso XXIII, determina que a propriedade, enquanto direito inviolável, atenderá a sua função social. No artigo 170, apresenta-se como um princípio norteador da ordem econômica, o qual se amplifica às empresas públicas e às sociedades de economia mista, como se observa no artigo 173, §1º, inciso I. Logo, o cumprimento da função social é objetivo a ser alcançado não somente pela

⁹ Conforme dispõe João Luís Nogueira Matias (2009), em sua tese de doutorado, *A função social da empresa e a composição de interesses na sociedade limitada*, a construção teórica da função social no Brasil e da responsabilidade social da empresa, nos Estados Unidos, embora motivada por fatores semelhantes, foi inteiramente diversa.

¹⁰ MATIAS, João Luís Nogueira. A propriedade e a ética empresarial: a distinção entre a função social da empresa e a teoria da *social responsibility*. In: MATIAS, João Luís Nogueira; WACHOWICZ, Marcos. (Org.). *Direito de propriedade e Meio ambiente: Novos desafios para o século XXI*. Florianópolis, v. 1, p. 10-30, 2010. p.15.



propriedade, mas também pela empresa, meio de exercício da propriedade.

O regime jurídico da propriedade fixado no texto constitucional considera a sua diversidade, ou a existência de distintas formas de exercício do direito à propriedade.

Com relação à propriedade urbana, a CF/88 estabeleceu, no artigo 182, que a política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar dos habitantes. O §2º do mesmo artigo determina que “a propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor.”¹¹

Já a propriedade rural tem a definição da sua função social no artigo 186, que dispõe que se considera atendida quando ocorrer o seu aproveitamento racional e adequado; com a utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente; observância das disposições que regulam as relações de trabalho e exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores.

O Código Civil de 1916, vigente à época da publicação da CF/88 não fazia referência à função social da propriedade, tampouco da empresa. No entanto, o Código Civil de 2002, ao estabelecer que a validade dos negócios e demais atos jurídicos constituídos antes da sua entrada em vigor obedece ao disposto em leis anteriores, realiza uma ressalva quanto à função social, destacando que nenhuma convenção prevalecerá caso contrarie a função social da propriedade e dos contratos.¹² Evidencia-se, pois, a preocupação do legislador civil acerca da questão.

No que se refere especificamente à função social da propriedade, o artigo 1288 do Código Civil dispõe que o direito de

¹¹ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF: Senado, 1988.

¹² BRASIL. *Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Senado, 2002.



Observa-se, à vista disso, a indissociabilidade entre o direito de propriedade e a sua função social, característica que se estende à empresa. Nessa perspectiva, assevera Bessa:

No Livro sobre empresa, embora não seja realizada referência expressa à função social da empresa, diversos dispositivos são demonstração clara do acolhimento implícito do princípio, como a possibilidade de exclusão de sócios para a preservação da empresa ou a proteção dos sócios minoritários, por meio da fixação de regras cogentes para a tomada de deliberações sociais.

Por sua vez, na legislação sobre sociedades por ações, a Lei 6.404/76, e sobre falências e recuperação de empresas, de forma expressa o princípio é acolhido, superando qualquer dúvida sobre a sua positivação.

Assim, a função social da empresa se configura como princípio jurídico, cuja obediência se torna obrigatória, impondo o cumprimento de obrigações positivas e negativas aos que

¹³ BESSA, Fabiane Lopes Bueno Netto. *Responsabilidade Social das Empresas: práticas sociais e regulação jurídica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 101.



exercem a atividade empresarial.¹⁴

A importância do princípio foi reconhecida pelas Jornadas de Direito Civil, promovidas pelo Conselho da Justiça Federal, conforme o Enunciado n.º 53¹⁵, da I Jornada de Direito Civil, o que repercutiu imensamente na doutrina.

A atuação ética empresarial também é o núcleo da doutrina americana da “*social responsibility*”,¹⁶ decorrente da noção de ‘*responsability*’, do *Common Law*, implica na imposição de deveres às sociedades empresariais”.¹⁷

Segundo o Instituto Ethos, a responsabilidade social empresarial (RSE) ou responsabilidade social corporativa (RSC) pode ser definida como “a forma de gestão que se define pela relação ética e transparente da empresa com todos os públicos com os quais ela se relaciona e pelo estabelecimento de metas empresariais compatíveis com o desenvolvimento sustentável da sociedade, preservando os recursos ambientais e culturais para as gerações futuras, respeitando a diversidade e promovendo a redução das desigualdades sociais”.¹⁸

Os ideais de responsabilidade social passaram a influenciar o exercício da atividade empresarial, havendo uma preocupação significativa com minoração dos impactos negativos e o aperfeiçoamento de práticas socialmente responsáveis. Identifica-se, a partir de então, uma espécie de

¹⁴ MATIAS, João Luís Nogueira. *A função social da empresa e a composição de interesses na sociedade limitada*. Tese de Doutorado — Universidade de São Paulo, 2009.

¹⁵ CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. *I Jornada de Direito Civil*. Organização Ministro Ruy Rosado de Aguiar Jr. Brasília, Centro de Estudos Judiciários, 2003.

¹⁶ MATIAS, João Luís Nogueira. *A função social da empresa e a composição de interesses na sociedade limitada*. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo, 2009.

¹⁷ MATIAS, João Luís Nogueira. *A função social da empresa e a composição de interesses na sociedade limitada*. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo, 2009, p. 103.

¹⁸ INSTITUTO ETHOS DE EMPRESAS E RESPONSABILIDADE SOCIAL - ETHOS. *Responsabilidade Social Empresarial nos Processos Gerenciais e nas Cadeias de Valor*. São Paulo, 2006.



novo padrão de comportamento corporativo, em que os procedimentos internos da empresa consideram aspectos alheios à sua atividade principal.¹⁹

Para que se possa fazer a distinção entre a função social da empresa e a responsabilidade social corporativa, deve-se entender que a função social da empresa se situa no âmbito jurídico, como princípio, enquanto a responsabilidade social está relacionada a questões de ordens estratégica e mercadológica, o que leva à constatação de que não há margem para a interpretação de ambiguidade entre os dois conceitos, porém pode ser identificada a harmonia entre os valores que os moldam e os preenchem.

Assim, enquanto o exercício da função social da empresa é imposição legal, consequência da função social da propriedade estabelecida pela Constituição Federal, a responsabilidade social é decorrência da adoção espontânea da empresa, que pode ou não implantar práticas socialmente adequadas, não sendo juridicamente exigível como a função social.²⁰

O objetivo, em ambos os casos, é aliar o desenvolvimento da empresa aos interesses daqueles que, de algum modo, a ela estão vinculados e podem ser afetados pelo seu funcionamento, os chamados *stakeholders*.²¹ Deve-se deixar claro que não há incompatibilidade entre a adoção de padrões éticos, por meio das práticas de ações socialmente responsáveis, e a obtenção do lucro.

Robert Reich é crítico da teoria da social responsibility

¹⁹ NASCIMENTO, Leticia Queiroz. *As parcerias com o terceiro setor para o exercício da responsabilidade sócio ambiental das empresas*. Dissertação de Mestrado – Centro Universitário 7 de Setembro – UNI7, 2021.

²⁰ MATIAS, João Luis Nogueira. A propriedade e a ética empresarial: distinção entre a função social da empresa e a teoria da social responsibility. In: WACHOWICZ, Marcos; MATIAS, João Luis Nogueira (coord.). *Direito de propriedade e meio ambiente: novos desafios para século XXI*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2010. p. 10- 30. (Recurso digital)

²¹ DIAS, Reinaldo. *Responsabilidade Social: fundamentos e gestão*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 6.



e defende que não há compatibilidade entre os interesses da empresa e a adoção de práticas socialmente adequadas, sustentando que as empresas “simplesmente não têm condições de ser socialmente responsáveis, pelo menos não a ponto de fazer diferença”. O autor aponta que o processo democrático seria o único meio para determinar obrigações sociais no setor privado e que, não obstante aumentar o senso de responsabilidade social das empresas seja objetivo valioso, o melhor meio para realizá-lo seria através de uma democracia mais eficaz.²²

O autor ainda entende que, na perspectiva do mercado norte americano, as empresas além de não serem aptas para identificar as demandas sociais, tampouco são capazes de prestar serviços que se caracterizariam como públicos, destacando que demonstrações “de bondade” por parte das empresas poderiam mascarar problemas que a democracia deve enfrentar, suscitando o debate acerca da prestação de serviços públicos por parte do governo e deixando claro o seu posicionamento no sentido de que práticas de responsabilidade social não seriam função da empresa.²³

Diverge-se da posição do autor. A adoção de práticas de RSC não impede que o Estado cumpra o seu dever de atender às demandas sociais. Na verdade, o que poderia ocorrer é a complementação de políticas públicas. Não se deve também deixar de destacar o caráter voluntário de tais práticas, que podem deixar de ser realizadas quando da conveniência das empresas, o que demonstra a importância essencial da atuação estatal.

Outro crítico das práticas de responsabilidade social é Peter Barns, em sua obra “Capitalismo 3.0”, que sustenta que essa abordagem ensinaria no que denominou de *shareholder activism* (ativismo de acionistas), na medida em que as práticas

²² REICH, Robert Bernard. *Supercapitalismo*. Elsevier Brasil, 2008. p. 173.

²³ REICH, Robert Bernard. *Supercapitalismo*. Elsevier Brasil, 2008.



Também discorda-se. Na verdade, a “forma de implementação da nova versão do capitalismo é estipular novos padrões para o exercício do direito de propriedade, cujo exercício será vinculado à preservação e pensamento nas gerações futuras.”²⁵

Ademais, a adoção de práticas de responsabilidade social pode inspirar novas exigências impostas pelo poder público às empresas, tornando-as obrigatórias, desde que obedecidos parâmetros mínimos, como a vinculação com o objeto da empresa.²⁶

Como se percebe, não há confusão entre os conceitos de função social da empresa e responsabilidade social corporativa, noções que estão vinculadas, como destacam Silva e Séllos Knoerr: “a responsabilidade social da empresa decorre do fato de que a função social lhe é intrínseca no ordenamento jurídico brasileiro”.²⁷ Assim, sem o cumprimento da função social, não há que se falar em responsabilidade social corporativa.

2. A ATUAÇÃO PETICA DAS EMPRESAS E A FILANTROPIA EMPRESARIAL

Após a distinção das noções de função social e responsabilidade social, é oportuna a caracterização da noção de

²⁵ MATIAS, João Luís Nogueira. *A função social da empresa e a composição de interesses na sociedade limitada*. Tese de Doutorado — Universidade de São Paulo, 2009. p. 107.

²⁶ MATIAS, João Luís Nogueira. A propriedade e a ética empresarial: a distinção entre a função social da empresa e a teoria da *social responsibility*. In: MATIAS, João Luís Nogueira; WACHOWICZ, Marcos. (Org.). *Direito de propriedade e Meio ambiente: Novos desafios para o século XXI*. Florianópolis, v. 1, p. 10-30, 2010.

²⁷ DA SILVA, Marcos Alves; DE SÉLLOS KNOERR, Viviane Coêlho. Responsabilidade social da empresa e subcidadania pautas para uma reflexão de índole constitucional. *Revista Jurídica*, v. 2, n. 31, p. 435-453, 2013. p. 445.



filantropia empresarial. Como destacam Silva e Séllos Knoerr, “o discurso sobre responsabilidade social da empresa não pode resvalar para a área da filantropia”.²⁸ A assertiva é absolutamente necessária e verdadeira.

A atuação das empresas com responsabilidade social não pode ser confundida com ações filantrópicas ou “doações singulares”. Estas são tidas como ações minimamente compromissadas, as quais a empresa destina certos recursos a determinadas instituições ou programas assistenciais, de forma pontual.²⁹

Assim como a responsabilidade social empresarial, a filantropia é considerada uma ação eletiva (ou seja, não há obrigatoriedade legal), e igualmente está associada à ação voluntária, porém se relaciona com aspectos da generosidade e beneficência, enquanto a responsabilidade social está associada à modalidade de gestão, identificada no exercício da atividade empresarial.³⁰

Bessa, com o objetivo de afastar a confusão entre os termos, sustenta que, enquanto a filantropia foge ao objeto da empresa e aos interesses dos seus acionistas e da sua atividade principal, a responsabilidade social da empresa está associada diretamente às atividades inerentes ao negócio, não estando no campo da responsabilidade estritamente ‘moral’.³¹

Montaño destoa do critério de diferenciação, defendendo que não é correto pensar que as atividades filantrópicas exercidas pelas empresas não visam, ainda que indireta e

²⁸ DA SILVA, Marcos Alves; DE SÉLLOS KNOERR, Viviane Coêlho. Responsabilidade social da empresa e subcidadania pautas para uma reflexão de índole constitucional. *Revista Jurídica*, v. 2, n. 31, p. 435-453, 2013. p. 445.

²⁹ HUSNI, Alexandre. *Empresa socialmente responsável: uma abordagem jurídica e multidisciplinar*. São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil, 2007. p. 169.

³⁰ NASCIMENTO, Leticia Queiroz. *As parcerias com o terceiro setor para o exercício da responsabilidade sócio ambiental das empresas*. Dissertação de Mestrado – Centro Universitário 7 de Setembro – UNI7, 2021.

³¹ BESSA, Fabiane Lopes Bueno Netto. *Responsabilidade Social das Empresas: práticas sociais e regulação jurídica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 141.



encobertamente, a fins lucrativos.³² Mesmo que não seja o seu principal objetivo, as atividades filantrópicas conferem às organizações uma publicidade positiva.³³

Muitas vezes, é a finalidade lucrativa camuflada que acarreta o descrédito da filantropia empresarial, tornando-a alvo de críticas por reparar desequilíbrios sociais imediatos ao invés de alcançar benefícios de longo prazo, que permitiram a emancipação dos beneficiados.

Para Moraes *et al.*, tal prática pode ser considerada paternalismo ou assistencialismo porque apresenta soluções simplistas, em vez de desenvolver a consciência efetiva dos seus problemas e estimular a criação de soluções.³⁴

Mas, embora as críticas não possam deixar de ser consideradas, a filantropia empresarial tem grande importância para que determinados objetivos de caráter público urgentes sejam atendidos, suprimindo necessidades básicas à sobrevivência humana, que não podem esperar por soluções de longo prazo.

Já as ações de responsabilidade social visam a alcançar objetivos concretos, que comumente necessitam de tempo para serem realizados e, conforme exposto, comumente estão relacionados à própria atividade da empresa.

Kotler *et al.* afirmam que, em resposta a pressões internas e externas, a natureza da filantropia empresarial mudou nas últimas décadas, de modo a equilibrar a preocupação com a riqueza dos acionistas e a responsabilidade pelas comunidades que contribuem para as atividades da empresa. Acrescentam, ainda, a tendência da filantropia empresarial para

³² MONTAÑO, Carlos. *Terceiro setor e questão social: crítica ao padrão emergente de intervenção social*. 6. ed. São Paulo: Cortez, 2010. p. 157.

³³ NASCIMENTO, Leticia Queiroz. *As parcerias com o terceiro setor para o exercício da responsabilidade sócio ambiental das empresas*. Dissertação de Mestrado – Centro Universitário 7 de Setembro – UNI7, 2021.

³⁴ MORAES, Maria Cristina Pavan. *et al.* Evolução Histórica dos Estudos sobre a Ética. In: SILVA FILHO; BENEDICTO, Gideon Carvalho de; CALIL, José Francisco. (Org.) *Ética, responsabilidade social e governança corporativa*. 3 ed. Campinas: Editora Alínea, 2014. p. 29.



relacionamentos mais duradouros com entidades sem fins lucrativos e a tentativa das empresas de monitorar e medir melhor os resultados empresariais e sociais relacionados com as contribuições realizadas pela organização.³⁵

Destaca-se que a inclinação das organizações empresariais no sentido de estabelecer relações com entidades do terceiro setor e o monitoramento das ações promovidas é justamente o ponto que marca a transição de ações pontuais de filantropia realizadas pelas empresas de ações socialmente responsáveis, sob o aspecto de gestão empresarial.³⁶

Certamente, as práticas de responsabilidade social e as ações empresarias de filantropia na se confundem, se configurando como formas distintas de atuação empresarial na sociedade, com o objetivo de atender a interesses distintos dos da própria empresa e dos de seus organizadores.

3. A ASCENSÃO DO PAPEL SOCIAL DAS EMPRESAS DURANTE A PANDEMIA DE COVID-19

Uma vez balizados os conceitos de responsabilidade social, função social e filantropia empresarial, os quais estão associados à atuação social das empresas, é oportuno o debate acerca do comportamento dessas organizações durante os primeiros meses da crise ocasionada pela propagação de COVID-19.

Diante da pandemia, ganhou força o debate sobre o papel das empresas para além da geração de emprego e renda, movimentação da econômica e pagamento de impostos.³⁷ Nessa

³⁵ KOTLER, Philip; HESSEKIEL, David; LEE, Nancy. *Boas ações: uma nova abordagem empresarial: como integrar o marketing a ações corporativas que geram dividendos sociais e retorno financeiro sustentável*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012. p. 125.

³⁶ NASCIMENTO, Leticia Queiroz. *As parcerias com o terceiro setor para o exercício da responsabilidade sócio ambiental das empresas*. Dissertação de Mestrado – Centro Universitário 7 de Setembro – UNI7, 2021.

³⁷ Disponível em: [https://gife.org.br/filantropia-empresarial-se-preocupar-com-o-](https://gife.org.br/filantropia-empresarial-se-preocupar-com-o)

perspectiva, a atuação social da empresa assume um novo significado e exige uma nova postura institucional nesse sentido.

A solidariedade e o agir em prol da coletividade, com o objetivo de reduzir em alguma medida os inúmeros impactos sociais e econômicos oriundos dessa crise alcançaram, além dos indivíduos, a sociedade civil organizada e as empresas.

Nesse contexto, conforme aduz Morin³⁸, a solidariedade, que estava adormecida, despertou durante a provação vivenciada em comum. Segundo o autor:

Para suprir a insuficiência dos poderes públicos na oferta de máscaras, assistimos à proliferação de atitudes e invenções solidárias, com produções alternativas por parte de empresas reconvertidas, confecção artesanal ou doméstica; também vimos a união de produtores locais, entregas gratuitas em domicílio, ajuda entre vizinhos, fornecimento de refeições gratuitas ao sem-teto, guarda de crianças, contatos mantidos nas piores condições entre professores e alunos.

Já nos primeiros meses de enfrentamento à crise, de acordo com o Monitor das Doações COVID-19 da Associação Brasileira de Captadores de Recursos (ABCR)³⁹, as doações para combater o impacto do coronavírus no Brasil ultrapassaram 6 bilhões de reais. Os dados chamam a atenção, posto que evidenciam o potencial da mobilização institucional para o enfrentamento às diversas crises oriundas da pandemia, alcançando um número jamais registrado em doações para emergências no país.⁴⁰

Distribuição de alimentos aos mais necessitados, doação

impacto-e-necessario-para-a-regeneracao-da-humanidade-e-do-planeta-defende-especialista/. Acesso em: 27 jan 2021.

³⁸ MORIN, Edgar. *É hora de mudarmos de via: as lições do coronavírus*. 1 ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2020.

³⁹ A Associação Brasileira de Captadores de Recursos (ABCR), criada em 1999, tem como missão promover, desenvolver e qualificar a atividade de captação de recursos no âmbito do terceiro setor.

⁴⁰ Disponível em: <https://captadores.org.br/2020/07/21/doacoes-para-combater-o-impacto-do-coronavirus-ultrap-assam-6-bilhoes-de-reais-no-brasil/>. Acesso em: 05 dez. 2020.



de produtos de higiene pessoal e consultas gratuitas foram algumas das ações solidárias que se espalharam pelo país, oriundas não somente de ações individuais, como também de empresas.⁴¹ Trata-se da união de esforços com o intuito de superar uma das maiores crises enfrentadas pela sociedade contemporânea.

Ainda segundo informações da ABCR, é de se chamar a atenção o fato de que 58% das referidas doações, distribuídas entre as áreas de saúde, educação e assistência social, foram realizadas diretamente para pessoas jurídicas, 24% para instituições e fundações (terceiro setor) e 10% diretamente para pessoas físicas. E, do montante supracitado, 4 bilhões e 800 milhões de reais (82% do total) são oriundos de empresas, evidenciando a eclosão dos valores de responsabilidade social no âmbito do mercado durante o período.

São por essas razões que o Decreto nº 10.310, de 07 de abril de 2020, que alterou o Decreto nº 9.764, de 11 de abril de 2020, que dispõe sobre o recebimento de doações de bens móveis e de serviços de pessoas físicas ou jurídicas de direito privado pelos órgãos e pelas entidades da administração pública federal direta, autárquica e fundacional, facilitou o recebimento de doações para o enfrentamento da pandemia.

Dentre as empresas que assumiram uma postura social, é oportuna a menção ao posicionamento de organizações como a Avon e a Natura, que, em meados de abril de 2020, doaram 2,8 milhões de sabonetes em barra e líquido para comunidades carentes próximas às localidades onde operam nacionalmente e em outros países da América Latina. No Brasil, parte da doação foi destinada a populações em situação de vulnerabilidade de São Paulo, Pará e Bahia, além de comunidades extrativistas da Amazônia.⁴²

⁴¹ Disponível em: <https://saude.abril.com.br/bem-estar/a-solidariedade-se-multiplica-durante-a-pandemia-de-covid-19/>. Acesso em: 27 jan 2021.

⁴² Disponível em: <https://www.natura.com.br/blog/saude-e-bem-estar/novo-coronavirus-natura-e-avon-doam-sabonetes-para-ajudar-no-controle-da-pandemia>. Acesso em: 27 jan 2021.



Menciona-se ainda a atuação da sociedade civil organizada que, a partir de movimentos sociais que adotaram iniciativas de apoio à população mais vulnerável. Somente o Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem Terra – MST, por exemplo, realizou a doação de 3.800 toneladas de alimentos saudáveis e 700 mil marmitas desde o início da pandemia até dezembro de 2020.⁴³

Conforme se constatou, inúmeros são os possíveis os impactos sociais advindos da pandemia. Nessa perspectiva, é que, em junho de 2020, a Comissão Econômica para a América Latina e o Caribe (Cepal) e a Organização das Nações Unidas para a Alimentação e a Agricultura (FAO) publicou o documento intitulado “Como evitar que a crise da Covid-19 se transforme em uma crise alimentar”.⁴⁴

Segundo o referido documento, os efeitos da crise são perceptíveis nos sistemas alimentares, na medida em que a vulnerabilidade dos trabalhadores aumentou e os preços locais dos alimentos permanecem subindo e, devido ao aumento do desemprego e da queda de renda, milhões de pessoas não estão conseguindo adquirir alimentos suficientes e estão tendo que optar por alimentos mais baratos e de menor qualidade nutricional.

Ainda, o relatório incita a colaboração das empresas no enfrentamento da crise alimentar visto que provocam a implementação de medidas para atacá-la que contam com a participação dessas organizações como, por exemplo: o apoio financeiro para empresas agropecuárias e ajuste nos protocolos de cuidado e saúde na produção e transporte de alimentos e nos

⁴³ Disponível em: <https://www.brasildefato.com.br/2020/12/31/acoes-de-solidariedade-durante-pandemia-deixam-legado-de-esperanca-para-2021>. Acesso em: 27 jan 2021.

⁴⁴ Disponível em: <https://www.cepal.org/pt-br/comunicados/fao-cepal-milhoes-pessoas-podem-cair-extrema-pobreza-podem-passar-fome-2020-america>. Acesso em: 27 jan 2021.



mercados varejistas.⁴⁵

Essa realidade também foi percebida entre o final de 2020 e início de 2021, período que chegou a ser considerada a “segunda onda de solidariedade” após a pandemia, momento em que muitas empresas se mobilizaram para atender às graves demandas de Manaus. Os hospitais da capital do Amazonas ficaram sobrecarregados a ponto de colapsar o fornecimento de oxigênio da região, o que levou a organizações de grande porte como XP, Ambev Magazine Luiza e Honda enviar doações do produto e demais insumos necessários, como forma de conter a crise.⁴⁶

Jaén *et al.*, apontam que em nenhum caso a adoção de uma abordagem estratégica socialmente responsável ocasionará resultados negativos. Ao contrário, afirmam que as empresas que durante a pandemia deram o exemplo de ações socialmente responsáveis e mostraram seu lado solidário serão beneficiadas, no futuro, com o aumento de seus resultados, melhoria de sua reputação, impacto positivo para a sua imagem, bem como com o compromisso de seus colaboradores. Ademais, os autores apregoam que tais ações devem servir como um incentivo às empresas para que (independentemente de seu porte, país ou setor) sejam somados esforços para que a sociedade saia das três graves crises ocasionadas pela pandemia de COVID-19: sanitária, social e econômica.⁴⁷

CONSIDERAÇÕES FINAIS

⁴⁵ Disponível em: <https://www.cepal.org/pt-br/comunicados/fao-cepal-milhoes-pessoas-podem-cair-extrema-pobreza-podem-passar-fome-2020-america>. Acesso em: 27 jan 2021.

⁴⁶ Disponível em: <https://neofeed.com.br/blog/home/a-segunda-onda-de-solidariedade-empresas-se-mobilizam-para-ajudar-manaus/>. Acesso em: 27 jan 2021.

⁴⁷ JAÉN, José Manuel Santos; MARÍN, María Teresa Tornel; ORTIZ, María Dolores Gracia. Repercusiones sobre las empresas de sus actuaciones socialmente responsables ante la pandemia generada por el COVID-19. *Revista hispanoamericana de Historia de las Ideas*, n. 46, p. 1-11, 2020. p. 8-9.



Diante dos esclarecimentos acerca dos conceitos de responsabilidade social e filantropia empresarial, é possível identificar que a maior parte das ações sociais identificadas nos primeiros meses de pandemia de COVID-19 não são necessariamente caracterizadas como responsabilidade social da empresa, porém indicam possíveis caminhos rumo à adoção de uma política de responsabilidade social nas empresas.

Por meio deste estudo, foi possível perceber que, por objetivarem reparar desequilíbrios sociais imediatos, atendendo a demandas urgentes surgidas na sociedade, as práticas citadas apresentam-se como ações filantrópicas, na medida em que não foram pensadas enquanto práticas de RSC, mas visaram diminuir impactos sociais graves que assolaram (e ainda atormentam) uma parte significativa da população a nível nacional e global.

Não obstante as críticas feitas à filantropia empresarial, em detrimento de práticas de responsabilidade social, com objetivos a longo prazo, é necessário reconhecer a sua importância durante a pandemia de COVID-19. Entende-se que, a despeito das intenções pelas quais uma organização opta pela adoção de práticas socialmente responsáveis, a tendência é que os resultados sejam positivos para os *stakeholders* e para a sociedade que enfrenta uma crise sanitária, social e humanitária, em precedentes.

O que se percebe é que ainda há um longo caminho a ser percorrido rumo à adoção de uma postural social por parte das empresas, entretanto, o cenário pandêmico insere-se no contexto de desequilíbrios sociais experimentados há muitos anos, agravando-os e potencializando-os e direcionam à compreensão de que o agir em conjunto em prol de um objetivo comum talvez seja um dos principais legados deixados pela pandemia.



REFERÊNCIAS

- BARNES, Peter. *Capitalism 3.0: A guide to reclaiming the commons*. Berrett-Koehler Publishers, 2006.
- BENEDICTO, Samuel Carvalho. *et al.* Evolução Histórica dos Estudos sobre a Ética. p.61-78. In: SILVA FILHO; BENEDICTO, Gideon Carvalho de; CALIL, José Francisco. (Org.) *Ética, responsabilidade social e governança corporativa*. 3. ed. Campinas: Editora Alínea, 2014.
- BESSA, Fabiane Lopes Bueno Netto. *Responsabilidade Social das Empresas: práticas sociais e regulação jurídica*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2006. p. 101.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado, 1988.
- CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. *I Jornada de Direito Civil*. Organização Ministro Ruy Rosado de Aguiar Jr. Brasília, Centro de Estudos Judiciários, 2003.
- DA SILVA, Marcos Alves; DE SÉLLOS KNOERR, Viviane Coêlho. Responsabilidade social da empresa e subcidadania pautas para uma reflexão de índole constitucional. *Revista Jurídica*, v. 2, n. 31, p. 435-453, 2013.
- DIAS, Reinaldo. *Responsabilidade Social: fundamentos e gestão*. São Paulo: Atlas, 2012.
- HUSNI, Alexandre. *Empresa socialmente responsável: uma abordagem jurídica e multidisciplinar*. São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil, 2007.
- INSTITUTO ETHOS DE EMPRESAS E RESPONSABILIDADE SOCIAL - ETHOS. *Responsabilidade Social Empresarial nos Processos*

- Gerenciais e nas Cadeias de Valor*. São Paulo, 2006.
- JAÉN, José Manuel Santos; MARÍN, María Teresa Tornel; ORTIZ, María Dolores Gracia. Repercusiones sobre las empresas de sus actuaciones socialmente responsables ante la pandemia generada por el COVID-19. *Revista hispanoamericana de Historia de las Ideas*, n. 46, p. 1-11, 2020.
- KOTLER, Philip; HESSEKIEL, David; LEE, Nancy. *Boas ações: uma anova abordagem empresarial: como integrar o marketing a ações corporativas que geram dividendos sociais e retorno financeiro sustentável*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.
- MONTAÑO, Carlos. *Terceiro setor e questão social: crítica ao padrão emergente de intervenção social*. 6. ed. São Paulo: Cortez, 2010.
- MORAES, Maria Cristina Pavan. *et al.* Evolução Histórica dos Estudos sobre a Ética. In: SILVA FILHO; BENEDICTO, Gideon Carvalho de; CALIL, José Francisco. (Org.) *Ética, responsabilidade social e governança corporativa*. 3 ed. Campinas: Editora Alínea, 2014.
- MORIN, Edgar. *É hora de mudarmos de via: as lições do coronavírus*. 1 ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2020.
- OPAS/OMS BRASIL. Organização Pan-Americana da Saúde. *Folha Informativa COVID – 19*. Escritório da OPAS e da OMS no Brasil.
- MATIAS, João Luís Nogueira. *A função social da empresa e a composição de interesses na sociedade limitada*. Tese de Doutorado — Universidade de São Paulo, 2009.
- MATIAS, João Luís Nogueira. A propriedade e a ética empresarial: a distinção entre a função social da empresa e a teoria da *social responsibility*. In: MATIAS, João Luís Nogueira; WACHOWICZ, Marcos. (Org.). *Direito de propriedade e Meio ambiente: Novos desafios para o século XXI*. Florianópolis, v. 1, p. 10-30, 2010.



NASCIMENTO, Letícia Queiroz. *As parcerias com o terceiro setor para o exercício da responsabilidade sócio ambiental das empresas*. Dissertação de Mestrado – Centro Universitário 7 de Setembro – UNI7, 2021.

REICH, Robert Bernard. *Supercapitalismo*. Elsevier Brasil, 2008.

As a contribution of foreign law, the Italian institute for assisted negotiation was brought. The institute of the transaction, was also brought, always related to the negotiation.

Keywords: Negotiation. Transaction. Conflict.

Sumário: 1 Introdução. 2 Considerações sobre o conflito. 3 Negociação. 4. Método dos seis chapéus e pensamento lateral. 5 Método de Harvard. 6 Negociação assistida. 7 Transação. 8 Conclusão. Referências

1 INTRODUÇÃO

“



homem é um animal que não pode viver sozinho. Ele precisa da sociedade. E a sociedade é uma onda que borbulha de conflitos. Precisamos administrar esses conflitos para poder conviver”³. Essa frase, do ex-presidente do Uruguai Pepe Mujica, ilustra bem a realidade social contemporânea. Ao reconhecer-se que a sociedade é uma fonte de conflitos, que se desenrolam no âmbito das relações pessoais, faz-se necessário buscar formas de prevenir, mitigar e resolver esses conflitos para a manutenção da paz social.

Dessa forma, é razoável supor que a negociação integra a vida em sociedade em todos os seus aspectos: familiares, profissionais, comerciais e afetivas. Em todas elas, o homem está sempre negociando, muito embora, nem sempre se dê conta disto.

O estudo do tema da negociação é relevante, antes de tudo, como forma de aprimorar as relações humanas. Entretanto, o foco deste artigo é analisar o instituto da negociação como

³ CENTRO DE ESTUDOS DE MÍDIA ALTERNATIVA BARÃO DE ITARARÉ. *Discurso do ex-presidente do Uruguai, Pepe Mujica*, São Paulo, 27/04/2016. Disponível em: <https://www.sul21.com.br/opiniaopublica/2016/05/a-filosofia-politica-de-mujica-por-ele-mesmo-por-pepe-mujica/>. Acesso em: 30 nov. 2020.



instrumento de prevenção e de resolução de litígios em âmbito judicial e extrajudicial. O emprego das técnicas corretas de comunicação e de negociação tratadas neste texto podem elevar significativamente as chances de se alcançar um acordo bem-sucedido capaz de encerrar uma contenda ainda na fase inicial de um procedimento judicial ou administrativo, podendo inclusive evitá-lo.

Nesse sentido, selecionou-se dois métodos de negociação amplamente reconhecidos e utilizados, que são o método dos seis chapéus e pensamento lateral e o método da escola de negociação de Harvard. O primeiro, criado pelo psicólogo maltês Edward de Bono, conta com instrutores credenciados em 72 países. O segundo, cuja obra básica, “Como chegar ao Sim”, de William Ury e Roger Fisher, possui tradução em mais de 35 idiomas e tendo vendido mais de 11 milhões de cópias.⁴ Antes de adentrar propriamente na negociação, foi feita uma análise da figura do conflito e das técnicas de comunicação não violenta, observando seus pontos principais. Ao final, o artigo traz uma sucinta análise do instituto da transação, à luz do conceito de negociação.

2 CONSIDERAÇÕES SOBRE O CONFLITO

O artigo aqui proposto pretende estudar a negociação com foco na solução de litígios. Assim, faz-se indispensável iniciar o estudo pelo objeto principal da negociação, qual seja o conflito, um fenômeno inerente à vida em sociedade. Onde houver pessoas convivendo, necessariamente haverá atritos decorrentes dos choques naturais dessas interações. Dessa forma, o conflito pode ser definido como um efeito colateral, eventual e frequentemente inevitável das relações humanas. Ele integra o

⁴ HARVARD LAW SCHOOL, *About the Harvard Negotiation Project*. (Faculdade de Direito de Harvard, Programa de Negociação). Disponível em: https://www.pon.harvard.edu/research_projects/harvard-negotiation-project/hnp/. Acesso em: 05 jan. 2021.



cotidiano humano e está presente em todos os segmentos da vida em sociedade. No passado, já foi considerado uma patologia social, uma deformidade na condução das relações intersubjetivas. Atualmente, prevalece uma visão dual do conflito, ou seja, ele possui tanto um viés negativo quanto positivo, podendo ocasionar perdas e ganhos⁵.

Nesse sentido, é possível compreender o conflito como uma crise de relacionamento, qualquer que seja a sua natureza (relações familiares, profissionais, comerciais ou coletivas).

A mundo contemporâneo é regido por um ritmo acelerado, no qual uma gama infindável de relações interpessoais é travada em número crescente e de forma cada vez mais intrincada. Essa realidade acaba favorecendo a ocorrência de conflitos cada vez em maior escala e complexidade. Em outras palavras, o dinamismo dos tempos atuais nos obriga a viver em um ambiente de constante transformação, no qual há uma abundância de informações, de relações e, conseqüentemente, de desencontros.

O conflito pode emergir de campos diversos, portanto, de variadas espécies. Como exemplo, mencionamos o conflito de valores, aqueles ocorridos em situações nas quais há uma diferença de ordem moral, ideológica ou religiosa entre as partes. Igualmente, diferenças políticas, econômicas e sociais comumente dão origem a situações conflituosas⁶. Cada vez mais, a divergência no campo informação é um dos grandes geradores de conflito. São os casos de notícias incompletas, tendenciosos ou inverídicas. Esse último caso tem provocado conflitos de conseqüências desastrosas. Um exemplo é o movimento antivacina, em grande parte, responsável pela volta do sarampo no Brasil,

⁵ FREITAS JR., Antônio Rodrigues de. Teoria geral do conflito – visão do direito. In: BACELLAR, Roberto Portugal; LAGRASTA, Valeria Ferioli (coord.). *Conciliação e mediação – ensino em construção*. São Paulo: IPAM/ENFAM, 2016, p. 327.

⁶ PASSOS, Celia. *Mediação, arbitragem e composição dos conflitos regulatórios, relacionamento com outras agências de controle*. Brasília: Inatel, 2010. v. 37. Trechos extraídos, com adaptação e complementação. Disponível em: http://www.isaconsultoria.com.br/media_upload/Teoria%20do%20Conflito%20-%20Texto%20Celia%20Passos.5c7430ccc0610.pdf. Acesso em: 06 abr. 2020.

em 2018, após a doença ter sido considerada eliminada da América Latina, pela Organização Mundial de Saúde⁷.

Considerando que o vocábulo ‘conflito’ possui uma significação aberta, é necessário apontar a definição eleita para esse artigo: a do conceito clássico de lide⁸. Ou seja, o conflito que nos interessa é aquele que emerge, no âmbito de uma relação intersubjetiva, quando uma das partes tem determinada pretensão resistida ou insatisfeita. Importa notar ainda que o conceito de parte deve ser o mais amplo possível, incluindo qualquer um que esteja num dos polos da relação, ou seja, pessoas naturais, jurídicas, coletivas e determinados entes despersonalizados, como é o caso do condomínio edilício e dos órgãos administrativos independentes, por exemplo.

Nessa linha, é significativa a explicação de Antônio Rodrigues de Freitas Jr. ao tratar dos conflitos intersubjetivos de justiça, por ser, a um só tempo, sintética e completa. Para o autor, estarão caracterizados como conflitos, as situações que reunirem as seguintes características:

1. no plano objetivo, um problema alocativo, incidente sobre bens tidos por escassos ou encargos tidos por inevitáveis, sejam tais bens e encargos de natureza material ou imaterial; 2. no plano comportamental, consciente ou inconsciente, intencional ou não, a contraposição no vetor de conduta entre dois ou mais sujeitos e; 3. no plano moral: percepções não convergentes, sobre como tratar o problema alocativo, sob o ângulo dos valores de justiça⁹.

Fixado o sentido da expressão conflito, importa analisar seus elementos. O primeiro, como visto, é o próprio

⁷ FIOCRUZ. *Sarampo volta ao mapa*. Disponível em: <https://portal.fiocruz.br/noticia/sarampo-de-volta-ao-mapa#:~:text=Depois%20de%20ser%20eliminado%20das,Rond%C3%B4nia%20e%20Rio%20de%20Janeiro>. Acesso em: 10 out. 2020.

⁸ CARNELUTTI, Francesco. *Instituições do processo civil*. v.1. São Paulo: Classic Book, 2000, v.1.

⁹ FREITAS JR., Antônio Rodrigues de. Teoria geral do conflito – visão do direito. In: BACELLAR, Roberto Portugal; LAGRASTA, Valeria Ferioli (coord.). *Conciliação e mediação* – ensino em construção. São Paulo: IPAM/ENFAM, 2016, p. 335.



relacionamento interpessoal, trata-se do elemento subjetivo. Ao lado deste, temos o elemento objetivo, que é o objeto em si da controvérsia, e frequentemente consubstancia-se em determinado bem da vida. Por fim, há o elemento integrador do conflito, que é o processo decorrente da ação dos sujeitos sobre o elemento objetivo.

Didaticamente, é possível separar o conflito por fases. Frequentemente, o conflito permanece um tempo de forma latente, ou seja, o sujeito ainda não expressou sua inconformidade. É a fase inicial. Ao externá-la, tem-se a fase seguinte, a do conflito posto. E, finalmente, a fase da superação do conflito, na qual as partes ou, pelo menos uma delas, busca o equilíbrio, seja por meio da autocomposição ou da heterocomposição. Naturalmente, nem todo conflito percorrerá as três fases. É possível, por exemplo, que um dos sujeitos não chegue a externalizá-lo, ou que, o fazendo, de imediato desista de iniciar uma contenda.

Outro conceito importante é a chamada espiral de conflito. Cuida-se aqui do fenômeno no qual determinado atrito, inicialmente pequeno, é ampliado progressivamente pela atuação beligerante das partes envolvidas. Quando se verifica essa situação, o conflito inicial perde importância e novos são criados. Não é raro chegar-se a casos nos quais as partes envolvidas preocupam-se apenas em rebater as manifestações da outra, desinteressando-se da busca por uma solução. Nestas hipóteses, dificilmente os contendores conseguirão resolver a disputa por conta própria, fazendo imprescindível a colaboração de um terceiro imparcial para orientar a negociação. Interessante notar que raramente um conflito se inicia na potência máxima. Daí a importância de atacar o conflito tão logo ele se exteriorize, evitando que ele entre numa espiral, o que tornaria a sua superação mais difícil.

Uma das técnicas utilizadas na prevenção da espiral de conflitos é a comunicação construtiva ou comunicação pacificadora. Seus preceitos são úteis ainda em qualquer situação que



Assim, se de um lado, a parte que faz uso da palavra deve se comportar de forma positiva, de outro, a parte que estiver ouvindo deve apresentar uma postura ativa e atenta. Ou seja, escutar com interesse a manifestação do outro, para entender o significado das palavras¹⁰, e não apenas aguardar sua vez de falar com indiferença e, principalmente, abster-se de julgar. Classificar e julgar as pessoas por critérios próprios dificulta a comunicação e estimula a violência¹¹. Além disso, deve-se sempre buscar respeitar a manifestação, permitindo que o interlocutor conclua suas falas sem interrupção. Ainda que haja discordâncias, que são naturais e esperadas, estas devem ser colocadas após o término da exposição. A empatia, corporificada nesses princípios é o ponto fundamental para o resultado positivo da comunicação. Nesse sentido, é significativa a fala de Carl Rogers, especialista em comunicação, em palestras proferida em 1964, no *California Institute of Technology*:

Quando alguém realmente o escuta sem julgá-lo, sem tentar assumir a responsabilidade por você, sem tentar moldá-lo, é muito bom. [...] Quando sinto que fui ouvido e escutado, consigo perceber meu mundo de uma maneira nova e ir em frente. É espantoso como problemas que parecem insolúveis se tornam solúveis quando alguém escuta. Como confusões que parecem irremediáveis viram riachos relativamente claros correndo, quando se é escutado¹².

Esse respeito ao outro igualmente implica em não invadir

¹¹ ROSENBERG, Marshall B. *Comunicação não-violenta: técnicas para aprimorar relacionamentos pessoais e profissionais*. Tradução de Mário Vilela. São Paulo: Ágora, 2006, p. 40.

¹² ROSENBERG, Marshall B. *Comunicação não-violenta: técnicas para aprimorar relacionamentos pessoais e profissionais*. Tradução de Mário Vilela. São Paulo: Ágora, 2006, p. 159.



o espaço alheio, ou seja, a parte deve falar sempre apenas por si. Dessa forma, frases como “Você sabe disso” ou “Todos pensamos assim” devem ser evitadas. No que tange aos questionamentos, é importante serem feitos de forma leal e sem julgamento.

É importante ainda compreender que as diferenças existem, vão emergir durante o diálogo e devem ser respeitadas. Daí decorre outro preceito fundamental da comunicação não violenta, que é o da não reação. Sua aplicação importa abster-se a parte de revidar uma colocação que julgue ter sido mal posta. A outra parte, por sua vez, tem o compromisso de reformular o pensamento de forma mais moderada. A importância dessa postura é justamente evitar o desencadeamento de uma espiral conflituosa, com todas as implicações negativas vista acima. Em resumo, a comunicação pacificadora implica em um diálogo feito com clareza e assertividade, sem ameaças e com o máximo respeito às diferenças.

3 NEGOCIAÇÃO

Em sentido amplo, negociação é uma forma de comunicação que visa tomar uma decisão em conjunto. No âmbito jurídico, pode ser definida como o processo que objetiva a solução de determinado litígio com a celebração de um acordo; também pode se referir às tratativas que antecedem a celebração de um contrato.

Didaticamente, é possível apontar diversas espécies de negociação: direta (realizada pelas partes envolvidas diretamente – chamada de autocomposição direta). Ainda aqui, há graduações, nas quais a negociação terá maior ou menor importância, já que a autocomposição pode se dar por renúncia, submissão ou transação. Nesta última, a negociação aparece com maior relevo. De outro lado, há a negociação indireta (as partes envolvidas contam com o auxílio de um terceiro imparcial – é a autocomposição assistida, cujos exemplos mais importantes são a



mediação e a conciliação).

Para que a negociação tenha êxito, é importante que os envolvidos tenham em mente que cada parte já possui internamente uma ideia de solução justa. Assim, a negociação deve sempre buscar o acordo que abarque a maior parte possível do ideal de justiça de cada lado, pois, do contrário, dificilmente será possível uma transação. Poder-se-ia, portanto, imaginar dois conjuntos em intercessão. Cada um deles é formado pela ideia de justiça da parte respectiva; a intercessão é justamente onde as noções de justiça coincidem, saindo dali a solução negociada.

Nesse ponto, importa pontuar quais são as situações nas quais a negociação tem maior destaque. A negociação tem ganhado cada vez mais força como instrumento de prevenção à litigiosidade. O próprio Poder Judiciário tem criado campanhas pró mediação e conciliação, esta última obrigatória, em regra, nos processos judiciais.

Art. 334. Se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência de conciliação ou de mediação com antecedência mínima de 30 (trinta) dias, devendo ser citado o réu com pelo menos 20 (vinte) dias de antecedência (Código de Processo Civil).

Ademais, o § 8º do mesmo artigo considera a ausência injustificada à audiência de conciliação ato atentatório à dignidade da justiça.

Já a mediação é facultativa, salvo se houver, entre as partes, cláusula prevendo a mediação. Nesse caso, a presença à primeira audiência é obrigatória (art. 2º, Lei n. 13.140/2015). A mediação e a conciliação também podem ocorrer de forma preliminar ao processo, por iniciativa das partes ou dos advogados. É certo, porém, que no âmbito judicial, a negociação deve contar com a assistência dos advogados, conforme rege o art. 334, § 9º do Código de Processo Civil: “§ 9º As partes devem estar acompanhadas por seus advogados ou defensores públicos”. De outro lado, no campo extrajudicial, não é obrigatória a presença



de advogados, a não ser que uma das partes esteja assistida pelo profissional, nesse caso, pelo princípio da isonomia, a outra obrigatoriamente também deverá estar assistida (art. 10, 13.140/2015).

Um dos princípios fundamentais para que a negociação tenha êxito é o da confidencialidade. Isto porque as partes precisam ter a garantia de que, caso a negociação não seja frutífera, não será possível a nenhuma delas usar em juízo as informações obtidas durante as tratativas da negociação. Nessa linha é o disposto no art. 30 da Lei de Mediação:

Art. 30. Toda e qualquer informação relativa ao procedimento de mediação será confidencial em relação a terceiros, não podendo ser revelada sequer em processo arbitral ou judicial salvo se as partes expressamente decidirem de forma diversa ou quando sua divulgação for exigida por lei ou necessária para cumprimento de acordo obtido pela mediação (Lei n. 13.140/2015).

Trata-se, portanto, de uma garantia essencial da negociação. Excepcionam, contudo, a essa vedação as informações sobre crimes de ação pública, além daquelas que devam ser de conhecimento da administração tributária.

Quanto ao procedimento, nas negociações indiretas, como com a mediação e a conciliação, este deve ser separado em fases para que possa transcorrer de forma mais organizada. Dessa forma, haverá uma maior previsibilidade por parte dos envolvidos sobre o desenrolar da negociação. Não há uma regra rígida quanto ao rito do procedimento, como ocorre nos processos judiciais. Assim, segue um modelo de procedimento meramente exemplificativo, podendo ser adaptado conforme as peculiaridades de cada caso.

É importante que a negociação seja iniciada por uma fase ativa. Nesta, o terceiro facilitador (mediador, conciliador, árbitro, juiz etc.) irá estimular as partes a exporem suas ideias. Em seguida ele irá interpretar as informações verbais e não verbais, buscando identificar os sentimentos e as causas do conflito. No segundo momento, o facilitador irá colocar as ideias expostas de

forma simples, direta e organizada, fixando o objeto principal da negociação. A terceira fase é o momento dos questionamentos adicionais, na qual ocorre a formulação de perguntas para obter informações complementares sobre o problema e as partes. Em seguida, é interessante elaborar um relatório, no qual é feita a exposição dos pontos principais apresentados nas etapas anteriores. Feito isso, o mediador poderá ainda estimular uma exposição livre de ideias para a busca a solução: é o chamado *brains-torming*. É possível ainda ao facilitador recorrer ao encontro separado com cada uma das partes, o que deve ser feito sempre com respeito ao contraditório e a isonomia. Por fim, havendo entendimento, as partes formalizarão o acordo por escrito.

Além de conduzir a negociação segundo uma ordem lógica, o negociador deve reunir algumas características para que o procedimento tenha maior chance de êxito. Segundo, Elisabetta Biliotti¹³, o negociador deve reunir as seguintes qualidades: ser criativo, flexível, saber convencer, saber escutar, não ser ansioso e ser assertivo.

Interessante notar ainda que, em relação à arbitragem, por imposição legal, o árbitro deve tentar a conciliação no início da arbitragem. Assim, logo na primeira audiência haverá a possibilidade de as partes negociarem um possível acordo. É certo ainda que a negociação pode ocorrer em qualquer fase do procedimento e, segundo o art. 28 da Lei de Arbitragem, se as partes tiverem êxito nas negociações e chegarem a um acordo, elas podem pedir ao árbitro que formalize a solução negociada por sentença. Ademais, tal é a relevância dada à conciliação que muitos doutrinadores, como Luiz Antonio Scavone Junior, afirmam que a ausência da tentativa inicial de conciliação gera nulidade da arbitragem¹⁴.

¹³ BILIOTTI, Elisabetta. *Teoria e tecniche della negoziazione*. Disponível em: https://www.centrostudi.cisl.it/attachments/article/11/Quaderni_6.pdf. Acesso em: 15 jan. 2021.

¹⁴ SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. *Manual de arbitragem, mediação e conciliação*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 131.



4 MÉTODO DOS 6 CHAPÉUS E PENSAMENTO LATERAL

Visto os aspectos principais da negociação, adentraremos nas técnicas especiais de negociação. Uma das mais importante é a chamada técnica dos seis chapéus, um modelo de pensamento desenvolvido em 1985 pelo escritor e psicólogo maltês Edward de Bono, da Universidade de Oxford, também criador do pensamento lateral¹⁵. De Bono escreveu 85 livros, traduzidos para 46 idiomas. Suas ideias sobre o pensamento são ensinadas em diversas agências governamentais e grandes corporações. Em 2005 ele chegou à lista de finalistas para o prêmio Nobel de Economia.

O objetivo dos seis chapéus é facilitar a comunicação por meio da organização do pensamento. Este método tem ampla possibilidade de aplicação, com destaque para sua utilização na resolução de conflitos. Resumidamente, a técnica pode ser explicada da seguinte forma: cada cor define e limita o expositor que estiver com a palavra a apenas um tipo possível de abordagem. Assim, ao colocar o chapéu de uma determinada cor, a pessoa só pode pensar e falar pela perspectiva determinada pela cor do chapéu. Com isso cada parte sabe exatamente como e sobre o que o interlocutor está falando.

Desse modo temos que, ao colocar o chapéu branco, a parte só pode expor os fatos da controvérsia; com o vermelho, ela pode externalizar apenas seus sentimentos e emoções. Já com o chapéu preto, sua manifestação fica limitada aos pontos negativos e aos riscos, é momento de tecer as críticas, é o chapéu do pessimismo. Por sua vez, o chapéu amarelo é que trará a visão otimista – com ele, a parte só pode falar dos pontos positivos da questão. O verde é o chapéu da criatividade, é o momento do *brainstorming*, das ideias abertas, sem julgamento. Por fim, o

¹⁵ BONO, Edward de. *The six thinking hats*. Disponível em: <https://www.debono.com/six-thinking-hats-summary>. Acesso em: 18 nov. 2020.



chapéu azul é o chapéu do facilitador, usado para organizar a sessão e evitar interferências inoportunas.

Os princípios de compartimentalização do pensamento desta técnica podem ser utilizados em qualquer sessão de negociação para organizar as manifestações e prevenir tumultos. Um conciliador, por exemplo, pode propor a divisão das manifestações em fases para ordenar a audiência de modo a facilitar o entendimento.

Segundo o seu idealizador, os seis chapéus têm como objetivo estimular as partes envolvidas a pensar conjuntamente para a criação de mudança, lugar de discussões sobre quem está certo ou errado. Isto porque a técnica permite separar os estilos conflitantes de pensamento.

Outra criação de De Bono, a técnica do pensamento lateral, desenvolvida por ele em 1967, por sua vez, é a forma de pensamento que busca chegar ao problema de modo não convencional, em oposição ao pensamento vertical, que analisa o problema de modo direto, convencional. Essa técnica significa basicamente exercitar a capacidade de “pensar fora da caixa”, buscando soluções que não são imediatamente aparentes.

Algumas atividades ajudam a desenvolver a capacidade de pensamento lateral, o uso de mapas mentais é uma delas. Por meio deles o cérebro é estimulado a ajustar o pensamento a partir dos recursos visuais do mapa, sendo estimulado a trabalhar com as informações propostas. Demais atividades que recorram ao estímulo de mais de um sentido também auxiliam no desenvolvimento do pensamento lateral. Nessa perspectiva, atitudes simples como mudar temporariamente de ambiente, conversar com pessoas de outras áreas, meditar etc. podem estimular o cérebro a encontrar soluções que pareçam inalcançáveis com o pensamento lógico tradicional.

Ainda de acordo com De Bono, há quatro aspectos principais da técnica, quais sejam: o reconhecimento de ideias polarizadoras dominantes; a busca de diferentes formas de ver as



coisas; um relaxamento do controle rígido do pensamento vertical; e o uso do acaso¹⁶.

Este método foi idealizado com base na constatação de que a mente trabalha com o reconhecimento de padrões auto-organizados. Por um lado, esta forma como nosso cérebro funciona permite ao indivíduo criar rotinas que facilitam a vida cotidiana. Por outro lado, a criação de padrões limita a criatividade e dificulta a mudanças e adaptações a novas perspectivas.

Assim, o pensamento lateral irá contrapor-se à tendência do cérebro recorrer aos padrões familiares. Pode-se afirmar, portanto, que esses dois métodos do professor maltês. Enquanto o pensamento lateral é usado para criar ideias soluções inovadoras, a técnica dos seis chapéus permite explorar as ideias com maior organização e clareza, facilitando a sua implementação.

5 MÉTODO NEGOCIAÇÃO DE HARVARD

Trata-se de um método desenvolvido pelos professores da Faculdade de Direito de Harvard, William Ury e Roger Fisher, respectivamente, cofundador do programa de negociação de Harvard e ex-diretor do mesmo. O programa foi criado em 1979 por um grupo de professores e alunos com objetivo de unir teoria e prática para desenvolver uma forma de negociação baseada em princípios. O curso conta com participantes de todo mundo, de áreas como negócios, diplomacia, governo, militar, direito e educação. Suas atividades incluem estudo de casos reais, conferências com professores renomados e exercícios de negociação com dinâmicas e discussões. Os professores são autores do best-seller “Como chegar ao sim: como negociar acordos sem fazer concessões”, lançado em 1981 e traduzido para mais de 34 idiomas. A obra sintetiza os princípios do programa de negociação.

Segundo os autores, para ser exitosa, toda negociação

¹⁶ SLOANE, Paul. How do be a brilliant thinker: exercise your mind and find creative solutions. Koganpage, London, 2010.

deve objetivar uma boa solução para ambas as partes, ou seja, ambas devem sair de negociação em uma situação melhor do que entraram. Essa visão, que parece ser uma obviedade, na verdade é um grande avanço sobre a forma clássica de se negociar, pela qual cada negociador busca somente a própria vitória. É a chamada negociação adversarial, que veremos adiante.

Ainda de acordo com os professores, pode conceituar a negociação como uma comunicação bidirecional concebida para chegar a um acordo, quando você e o outro lado têm alguns interesses em comum e outros opostos¹⁷. Percebe-se por essa definição as partes em negociação não são consideradas exclusivamente como adversárias. Ao contrário, o reconhecimento da existência de alguns interesses comuns à partes permite que a negociação tenha também um caráter cooperativo.

No que concerne às características do método de Harvard, este tem por escopo melhorar o relacionamento entre as partes, ou seja, diminuir os sentimentos de rancor e de raiva, por exemplo. Se isso não for possível, no mínimo não deve haver piora da relação. Outra preocupação diz respeito à eficiência, assim, os custos da negociação devem ser inferiores às vantagens perseguidas.

Outra característica interessante é a busca pela real pacificação social e do caso concreto. Para tanto, a solução encontrada deve ser duradoura, abarcar os interesses das partes, sem desconsiderar os interesses comunitários. O foco é a preocupação com uma espécie de função social da negociação.

O método possui premissas e características bem definidas. De plano, os participantes são considerados solucionadores e cooperadores e não adversários, como ocorre nas demais formas negociação. No que concerne ao objetivo almejado pelas partes, não se trata de uma vitória sobre o outro, mas de alcançar

¹⁷ FISHER, Roger; URY, William; PATTON, Bruce. *Como chegar ao sim: a negociação de acordos sem concessões*. Tradução de Ricardo Vasques Vieira. Rio de Janeiro: Salomon, 2014, pag. 18.



uma solução sensata.

Outra preocupação dessa técnica é a separação entre a pessoa e o problema. Aqui deve-se ser duro com o problema e afável com as pessoas. Para os autores, a negociação não depende da confiança prévia de uma parte na outra, basta apenas que não haja desconfiança.

Uma das questões mais interessantes desta forma de negociar é que o foco da discussão não recai sobre o conflito, mas sobre os interesses subjacentes das partes. Assim, as partes não se preocupam em defender suas posições de forma intransigente, dificultando o acordo. Isto porque, quanto mais a parte defende uma posição, mais ela se identifica com aquela postura e seu ego cria o interesse de “salvar as aparências”. O que ocorre frequentemente na hipótese de uma espiral conflituosa, conforme visto acima. Isso torna difícil abandonar a posição, mesmo quando diante de evidência de que ela não é a melhor. Outra vantagem do foco nos interesses é a maior legitimidade:

As negociações baseadas em interesses, como propõe a Escola de Harvard, tem como importante elemento da negociação a legitimidade da proposta. É importante para o sucesso da negociação – e, em especial, do relacionamento que nela se estabelece – que as propostas sejam feitas com base em critérios legítimos, calcadas em raciocínios razoáveis e compreensíveis pelos envolvidos¹⁸.

De outro lado, quando o foco está nos interesses reais das partes, a busca do consenso é facilitada, pois as partes não estão preocupadas em defender suas posições no conflito, mas em satisfazer seus interesses. E, esses, nem sempre são excludentes ou conflitantes. Dois exemplos bastante ilustrativos dessa questão são os seguintes casos trazidos pelos autores. O primeiro, conhecido como o caso da laranja, mostra como, nem sempre, a solução mais óbvia e natural é a melhor:

No entanto, é comum que negociações terminem como a

¹⁸ MARASCHIN, Márcia Uggeri. *Manual de Negociação baseado na teoria de Harvard*. Escola da Advocacia-Geral da União Ministro Victor Nunes Leal. Brasília, 2017.

proverbal história dos meninos que brigam por causa de uma laranja. Depois de finalmente chegar a um acordo e dividir a fruta meio a meio, o primeiro pegou a sua metade, comeu a fruta e jogou a casca fora, enquanto o outro jogou a fruta fora e usou a casca para fazer um doce. Com muita frequência negociadores “deixam dinheiro na mesa” — fracassam em chegar a um acordo quando isso teria sido possível, ou chegam efetivamente a um entendimento que poderia ter sido melhor para ambos¹⁹.

O segundo caso, ocorrido durante a Guerra do Iraque, mostra como o foco em posições pode levar a consequências tão desastrosas quanto evitáveis:

Em uma disputa entre fazendeiros e a companhia estatal de petróleo, após a queda do regime de Saddam Hussein, desalojados de suas terras, no sul do país, os fazendeiros haviam se unido, se endividado, arrendando terras aráveis do governo, e usado suas últimas economias para plantar sementes. Infelizmente, alguns meses mais tarde, os agricultores receberam uma carta exigindo que abandonassem as terras imediatamente, conforme uma cláusula em letra miúda de seu contrato de arrendamento, tendo em vista que petróleo havia sido descoberto sob a propriedade. A empresa de petróleo dizia: “Saíam de nossas terras.” Os fazendeiros respondiam: “As terras são nossas. Não sairemos.” A empresa ameaçou chamar a polícia. Os fazendeiros disseram: “Há muitos outros além de nós”, e a empresa disse que ia convocar a ajuda do exército. “Também temos armas. Não sairemos”, foi a réplica. “Não temos nada a perder.” As tropas foram reunidas e o derramamento de sangue foi evitado no último instante por um oficial recém-saído de um programa de treinamento sobre alternativas à barganha posicional. Ele perguntou à empresa: “Quanto tempo será necessário até que se produza petróleo nestas terras?” “Provavelmente três anos”, foi a resposta. “O que vocês pretendem fazer com as terras nos próximos meses?” “Realizar o mapeamento sísmico do subsolo.” Então, ele perguntou aos fazendeiros: “Qual é o problema de deixar as terras agora, como eles estão pedindo?” “A safra será daqui a seis semanas. Ela é tudo o que

¹⁹ FISHER, Roger; URY, William; PATTON, Bruce. *Como chegar ao sim: a negociação de acordos sem concessões*. Tradução de Ricardo Vasques Vieira. Rio de Janeiro: Salomon, 2014, p. 57.



temos.” Em pouco tempo um acordo foi firmado: Os fazendeiros poderiam colher a safra e não impediriam que a empresa realizasse as atividades preparatórias²⁰.

Outras características fundamentais do método são a necessidade de inventar opções de ganhos mútuos, fugindo das soluções de ganho unilateral, desenvolver, logo no início do procedimento, várias opções para que se decida mais tarde, após melhor refletirem. Deve-se ainda insistir em critérios objetivos de solução, evitando-se tomar por base a vontade individual. Por fim, o diálogo deve transcorrer com uma argumentação aberta, sem que as partes pressionem ou cedam à pressão uma da outra.

Esses princípios podem ser aplicados na maior parte das sessões de negociação. Mesmo nas audiências judiciais e extra-judiciais, o presidente pode estimular as partes a falarem livremente, facilitando a compreensão dos interesses subjacentes que nem sempre ficam claros nas petições e nos demais documentos. O estímulo a uma postura mais amena e sem desconfianças igualmente pode tornar um acordo mais fácil e evitar um processo longo e custoso às partes e ao Poder Judiciário.

Nesse ponto, faz-se importante contrapor o presente método com as outras duas formas mais comuns de negociação. A primeira é a negociação adversarial. Nela as partes colocam-se como oponentes, que buscam a vitória por meio de um acordo no qual irá prevalecer seu interesse unilateral. Um ganha e o outro perde. Daniela Monteiro Gabbay²¹ afirma que esta espécie de negociação deve ser usada para reduzir consequências negativas quando a outra parte já se coloca na postura adversarial de ante-mão. Isto é, a partir do momento em que uma das partes adota a posição de adversário na negociação, a outra deve posicionar-se

²⁰ FISHER, Roger; URY, William; PATTON, Bruce. *Como chegar ao sim: a negociação de acordos sem concessões*. Tradução de Ricardo Vasques Vieira. Rio de Janeiro: Salomon, 2014, p. 22.

²¹ GABBAY, Daniela Monteiro. *Negociação*. In: SALLES, Carlos Alberto de; LORENCINI, Marco Antônio Garcia Lopes; SILVA, Paulo Eduardo Alves. *Negociação, mediação, conciliação e arbitragem: curso de métodos adequados de solução de controvérsias*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020 (Kindle), p. 131.



do mesmo modo, pois, caso adote uma postura cooperativa fatalmente terá um resultado pior.

De outro lado, tem-se a negociação colaborativa. Nela, ambas as partes buscam criar valor e chegar a uma solução boa para ambas. Como visto, esse tipo de abordagem pressupõe uma postura colaborativa mútua para ter sucesso. Em outras palavras, a negociação colaborativa só é benéfica se for adotada por ambas as partes. A referida autora chega a falar em “dilema do negociador”, fazendo um interessante paralelo com o conhecido dilema dos prisioneiros.

Por fim, os autores do método dividem a negociação em três fases. A primeira é a fase de análise, na qual serão reunidas as informações sobre a situação conflituosa. Isto é feito levando-se em conta os interesses, as emoções e os sentimentos das partes envolvidas. A seguir vem a fase do planejamento, na qual será decidido qual o melhor caminho para a negociação, ou seja, quais serão os critérios de decisão e quais são as soluções mais viáveis. Por último tem-se a fase de discussão. Nela as partes terão oportunidade de conversar diretamente num ambiente favorável ao diálogo e buscando compreender as necessidades uma da outra. Aqui, as partes são orientadas a buscar soluções de vantagem mútua.

6 NEGOCIAÇÃO ASSISTIDA NO DIREITO ITALIANO

Analisados os aspectos gerais da negociação e alguns de seus principais métodos, é importante conhecer uma contribuição significativa do direito estrangeiro. Para tanto, traz-se o instituto italiano da negociação assistida²², que consiste em uma

²² ITÁLIA. *Decreto Legislativo n. 132, de 2014*. Disponível em: <https://cdn.fiscoe-tasse.com/upload/12.ARTICOLI-DA-2-A-11-DEL-DECRETO-LEGGE-132-2014.pdf>. Acesso em: 10 nov. 2020. “Art. 2, decreto legislativo 132/2014. La convenzione di negoziazione assistita da un avvocato e' un accordo mediante il quale le parti convengono di cooperare in buona fede e con lealta' per risolvere in via amichevole la controversia tramite l'assistenza di avvocati iscritti all'albo anche ai sensi



forma extrajudicial de resolução de controvérsias. Ela implica a negociação direta entre as partes e seus advogados buscando pôr fim a um litígio antes dele chegar em juízo.

Esse instituto consubstancia o esforço da Itália em levar a efeito a orientação da União Europeia para que os países membros incentivassem formas extrajudiciais de solução de conflitos. Nesse sentido, foi criada em 2008, a Diretiva n. 52 do Conselho da União Europeia²³ trazendo orientações gerais para a implementação da mediação e outros ADRs nos países do bloco.

A Itália acatou formalmente essa orientação por meio do Decreto Legislativo n. 28/2010²⁴, que regula a mediação e abre as portas do país para novas formas de resolução de conflitos. O decreto conceitua a mediação como a atividade realizada por terceiro imparcial com o objetivo de auxiliar dois ou mais sujeitos na busca de um acordo amigável para a solução de uma controvérsia, ou com a formulação de uma proposta de resolução da mesma. Pela lei, o mediador é a pessoa que, individual ou coletivamente, realiza a mediação, permanecendo, em qualquer caso, privado do poder de fazer julgamentos ou decisões vinculativas aos destinatários do próprio serviço. Não há distinção entre a figura do mediador e do conciliador. E o que o decreto legislativo chama de conciliação é a própria solução do conflito alcançada pela mediação, ou seja, o acordo²⁵.

dell'articolo 6 del decreto legislativo 2 febbraio 2001, n. 96. Tradução livre: “Artigo 2º: o acordo de negociação assistida é o acordo pelo qual as partes concordam em cooperar de boa fé e lealdade para resolver a disputa amigavelmente com a assistência de advogados”

²³ CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA. *Diretiva n. 52/2008*. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:136:0003:0008:PT:PDF>. Acesso em: 02 jun. 2020.

²⁴ ITÁLIA. *Decreto Legislativo n. 28/2010*. Mediazione civile. Disponível em: <https://www.altalex.com/documents/codici-altalex/2013/11/04/mediazione-civile-il-testo-aggiornato-del-d-lgs-28-2010>. Acesso em: 01 jun. 2020.

²⁵ ITÁLIA. *Decreto Legislativo 28 de 2010*, art. 11: “Conciliazione - 1. Se è raggiunto un accordo amichevole, il mediatore forma processo verbale al quale è allegato il testo dell'accordo medesimo. Quando l'accordo non è raggiunto, il mediatore può formulare una proposta di conciliazione”. Tradução livre: “Se for alcançado um acordo



Outra questão curiosa do direito italiano é a obrigatoriedade de se tentar a medição antes de se intentar ações judiciais sobre diversos temas. Assim, aqueles que desejarem litigar sobre direito de condomínio, direitos reais, divisão, sucessões hereditárias, acordos de família, contratos de locação, comodato, arrendamento de empresas, seguro, contratos bancários e financeiros, ressarcimento por danos a veículos, responsabilidade médica ou difamação, devem antes demonstrar que houve uma tentativa prévia de mediação que restou frustrada, sob pena de serem carecedores do direito de ação²⁶.

Somente em 2014, com a edição do Decreto Legislativo n. 132/2014, foi regulado o instituto da negociação assistida, que nada mais é do que uma tentativa de negociação realizada entre as partes sob a orientação de seus advogados, de forma prévia à judicialização do litígio.

Essa forma de negociação deve respeitar alguns requisitos, dentre eles, a duração entre 1 e 3 meses, podendo ter como objeto apenas direitos disponíveis – não é possível para questões envolvendo o direito do trabalho.

O acordo deve ser feito sempre por escrito sob pena de nulidade. É certo ainda que os próprios advogados podem

amigável, o mediador elabora um relatório ao qual o texto do acordo é anexado. Quando o acordo não é alcançado, o mediador pode fazer uma proposta de conciliação”.

²⁶ ITÁLIA. *Decreto Legislativo 28 de 2010*, art. 5: “Chi intende esercitare in giudizio un’azione relativa a una controversia in materia di condominio, diritti reali, divisione, successioni ereditarie, patti di famiglia, locazione, comodato, affitto di aziende, risarcimento del danno derivante da responsabilità medica e sanitaria e da diffamazione con il mezzo della stampa o con altro mezzo di pubblicità, contratti assicurativi, bancari e finanziari, è tenuto, assistito dall’avvocato, preliminarmente a esperire il procedimento di mediazione ai sensi del presente decreto ovvero il procedimento di conciliazione [...]”. Tradução livre: Quem pretende intentar uma ação judicial de litígio relativo a condomínio, direitos de propriedade, divisão, herança, acordos de família, arrendamento, empréstimo, arrendamento mercantil, indenização por danos decorrentes de responsabilidade médica e sanitária e difamação da imprensa ou outro meio de publicidade, seguros, contratos bancários e financeiros, é obrigado a proceder a mediação assistida por advogado, nos termos do presente decreto ou ao procedimento de conciliação [...].



reconhecer as firmas das partes, sob sua responsabilidade. O acordo obtido na negociação assistida é título executivo extrajudicial, passível de registro como hipoteca judicial, e independe de homologação. Importa pontuar que, na hipótese de o acordo versar sobre transferências sujeitas à transcrição pública, como é o caso de transferência de propriedade imobiliária, ele deve ser autenticado por um agente público. Dessa forma, é comum na Itália os advogados procurarem o notário local para formalizar o ajuste de vontades envolvendo imóveis, tornando-o apto para transferir a propriedade.

O decreto trouxe algumas hipóteses em que a tentativa de negociação assistida é também obrigatória para que se possa ingressar com uma ação judicial. Por exemplo, nos casos de ressarcimento de danos a veículos até 50.000,00 euros. Nesses casos, a tentativa de prévia negociação é condição de admissibilidade da ação.

6 TRANSAÇÃO

Conexa ao tema da negociação, a transação merece considerações. O termo transação, por possuir mais de uma acepção, pode significar tanto o ajuste firmado entre as partes para iniciar um contrato ou negócio, como o ato de transigir, ou seja, a celebração de um acordo para encerrar uma disputa. Nesse caso, ele é o próprio resultado da autocomposição bilateral, alcançada no bojo da negociação, cujo resultado é a solução do conflito.

No âmbito do direito civil, transação tem um significado bem definido: é o acordo firmado entre partes, que fazem concessões mútuas, com o objetivo de prevenir ou terminar determinado litígio (artigo 840 do Código Civil). Podem ser objeto da transação apenas direitos patrimoniais privados. Diversamente, no âmbito da Lei de Mediação (Lei n. 13.140/2015), é possível a transação sobre direitos indisponíveis: “Art. 3º Pode ser objeto de mediação o conflito que verse sobre direitos



disponíveis ou sobre direitos indisponíveis que admitam transação”. No caso dos direitos indisponíveis, a mediação deve ser homologada judicialmente.

Ainda segundo o Código Civil, vale ressaltar que a existência de concessões mútuas é um elemento essencial da transação. É isso que a distingue dos demais acordos passíveis de celebração entre as partes²⁷. Quanto à forma, a transação admite, em regra, o instrumento particular. Entretanto, se versar sobre direitos em juízo, deve ser feita por escritura pública ou termo nos autos e posterior homologação. Importa notar que o instrumento de transação deve ser formalizado com o máximo de cuidado, pois a nulidade de qualquer de suas cláusulas anula a transação. Assim, ainda que seja facultativo, é conveniente buscar um notário para a sua instrumentalização.

O Código de Processo Civil igualmente tratou de alguns tópicos da transação. Preceitua que a decisão de homologação da transação é espécie de decisão de mérito, fazendo coisa julgada material (art. 487 do CPC). Quanto ao objeto, autoriza às partes transacionarem inclusive sobre as custas e despesas do processo (art. 90 do CPC). Convém pontuar ainda que preferiu adotar o termo autocomposição (que aparece 20 vezes no texto) no lugar da expressão transação, como fazia o Código anterior²⁸.

Importante destacar que o instrumento da transação, quando referendado, é título executivo extrajudicial. Desse modo, com a interveniência do Ministério Público, Defensoria Pública, da Advocacia Pública, dos advogados dos transatores ou de um conciliador ou mediador credenciado por um tribunal, o termo da transação estará apto a ser cobrado, levado a protesto ou executado, independentemente de qualquer providência

²⁷ TARTUCE, Flávio. *Manual de direito civil: volume único*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018, p. 848.

²⁸ TARTUCE, Fernanda; BERGAMASCHI, André Luís. *A solução negociada e a figura jurídica da transação: associação necessária?* Disponível em: <file:///C:/Users/Jo%C3%A3o/Desktop/Solucao-negociada-transacao-Bergamaschi-Tartuce.pdf>. Acesso em: 10 nov. 2020.



adicional ou homologação (art. 784, IV do CPC).

Nessa mesma linha, a lei de mediação reforça: “O termo final de mediação, na hipótese de celebração de acordo, constitui título executivo extrajudicial e, quando homologado judicialmente, título executivo judicial” (Art. 20, parágrafo único, Lei n. 13.140/2015).

Uma questão interessante sobre o tema é saber se pode haver transação sem negociação prévia. Ou seja, toda transação pressupõe um ajuste ou negociação anterior entre as partes? Posto que, como regra, a transação seja o resultado de uma negociação exitosa, a própria Lei de Mediação trouxe uma exceção. Trata-se da transação por adesão, celebrada no âmbito da administração pública.

O artigo 35 da referida lei regula essa hipótese de transação por adesão do particular à uma proposta da administração. Esta terá cabimento sempre que houver uma autorização da Advocacia Geral União (AGU), com base na jurisprudência dos tribunais superiores, como também na hipótese de ser editado um parecer pela AGU e aprovado pelo Presidente da República, autorizando a transação.

Para a realização desse acordo, o procedimento deve iniciar-se com a edição, pela administração, de uma resolução administrativa trazendo as condições da transação. Feito isso, cabe ao interessado requerer a adesão demonstrando o preenchimento das condições objetivas previstas na resolução. Dessa forma, verifica-se verdadeira hipótese de transação sem negociação e sem discussão de cláusulas. A vontade do particular fica restrita a escolher aderir ou não aos termos da transação. É certo ainda que ao aderir, o particular estará renunciando a qualquer ação judicial ou administrativa, presente ou futura, sobre o direito transacionado (art. 35, § 4º). Interpretando melhor esse dispositivo, Luiz Antonio Scavone Junior afirma que a desistência só terá efeito após o deferimento da transação²⁹.

²⁹ SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. *Manual de arbitragem, mediação e*



7 CONCLUSÃO

São inegáveis as vantagens do emprego das técnicas de comunicação e negociação em qualquer procedimento de solução de controvérsias. Uma negociação feita com auxílio de profissionais treinados pode evitar a proposição de demandas judiciais longas e custosas para ambas as partes. Mesmo no bojo de um processo, seja judicial ou extrajudicial, como a arbitragem, uma negociação bem conduzida pode resolver o litígio ainda na fase preambular.

Outros países, como a Itália, já perceberam as vantagens da negociação, incentivando-a fortemente. O instituto da negociação assistida é um exemplo disso. Acreditamos que o mesmo, com as devidas adaptações, seria de grande utilidade em nosso sistema. Isto porque, a exemplo do que ocorre com os casos de divórcios e inventários, os advogados e o tabelião de notas têm a qualificação e a experiência necessárias para auxiliar as partes na negociação e no encerramento de litígios.

A nosso sentir, qualquer negociação sobre direitos patrimoniais disponíveis, levada a efeito por partes assistidas por seus advogados, perante um notário, possui chances significativas de terminar de forma consensual grande parte dos litígios. Ademais, a documentação do ato por um profissional dotado de fé pública faz prova pré-constituída e o torna plenamente apto a transferir bens e direitos, móveis e imóveis, além de instaurar qualquer procedimento de execução forçada.

Desse modo, deve-se avançar na promoção de medidas de incentivo à negociação extrajudicial, medidas de caráter facultativo, quando levadas a efeito sob a orientação de profissionais qualificados, certamente aumentarão o êxito das formas extrajudiciais de resolução de controvérsias.

conciliação. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 321.



REFERÊNCIAS

- BACELLAR, Roberto Portugal. *Mediação e arbitragem*. São Paulo: Saraiva, 2012.
- BILIOTTI, Elisabetta. *Teoria e tecniche della negoziazione*. Disponível em: https://www.centrostudi.cisl.it/attachments/article/11/Quaderni_6.pdf. Acesso em: 15 jan. 2021.
- BONO, Edward de. *The six thinking hats*. Disponível em: <https://www.debono.com/six-thinking-hats-summary>. Acesso em: 18 nov. 2020.
- CARNELUTTI, Francesco. *Instituições do processo civil*. v. 1. São Paulo: Classic Book, 2000.
- CARVALHO, Thomaz Jefferson. *Manual prático e arbitragem*. Boa vista: UFRR, 2019.
- CENTRO DE ESTUDOS DE MÍDIA ALTERNATIVA BARÃO DE ITARARÉ. *Discurso do ex-presidente do Uruguai, Pepe Mujica*, São Paulo, 27/04/2016. Disponível em: <https://www.sul21.com.br/opiniaopublica/2016/05/a-filosofia-politica-de-mujica-por-ele-mesmo-por-pepe-mujica/>. Acesso em: 30 nov. 2020.
- CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA. *Diretiva n. 52/2008*. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:136:0003:0008:PT:PDF>. Acesso em: 02 jun. 2020.
- GABBAY, Daniela Monteiro. Negociação. In: SALLES, Carlos Alberto de; LORENCINI, Marco Antônio Garcia Lopes; SILVA, Paulo Eduardo Alves. *Negociação, mediação, conciliação e arbitragem: curso de métodos adequados*

- de solução de controvérsias. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020 (Kindle).
- FIOCRUZ. *Sarampo volta ao mapa*. Disponível em: <https://portal.fiocruz.br/noticia/sarampo-de-volta-ao-mapa#:~:text=Depois%20de%20ser%20eliminado%20das,Rond%C3%B4nia%20e%20Rio%20de%20Janeiro>. Acesso em: 10 out. 2020.
- FISHER, Roger; URY, William; PATTON, Bruce. *Como chegar ao sim: a negociação de acordos sem concessões*. Tradução de Ricardo Vasques Vieira. Rio de Janeiro: Salmom, 2014.
- FREITAS JR., Antônio Rodrigues de. Teoria geral do conflito – visão do direito. In: BACELLAR, Roberto Portugal; LA-GRASTA, Valeria Ferioli (coord.). *Conciliação e mediação – ensino em construção*. São Paulo: IPAM/ENFAM, 2016.
- HARVARD LAW SCHOOL, *About the Harvard Negotiation Project*. (Faculdade de Direito de Harvard, Programa de Negociação). Disponível em: https://www.pon.harvard.edu/research_projects/harvard-negotiation-project/hnp/. Acesso em: 05 jan. 2021
- ITÁLIA. *Decreto Legislativo n. 132, de 2014*. Disponível em: <https://cdn.fiscoetasse.com/upload/12.ARTICOLI-DA-2-A-11-DEL-DECRETO-LEGGE-132-2014.pdf>. Acesso em: 10 nov. 2020.
- ITÁLIA. *Decreto Legislativo n. 28/2010*. Mediazione civile. Disponível em: <https://www.altalex.com/documents/codici-altalex/2013/11/04/mediazione-civile-il-testo-aggiornato-del-d-lgs-28-2010>. Acesso em: 01 jun. 2020.
- MARASCHIN, Márcia Uggeri. *Manual de Negociação baseado na teoria de Harvard*. Escola da Advocacia-Geral da União Ministro Victor Nunes Leal. Brasília, 2017.
- PASSOS, Celia. *Mediação, arbitragem e composição dos conflitos regulatórios, relacionamento com outras agências*



- de controle*. Brasília: Inatel, 2010. v. 37. Trechos extraídos, com adaptação e complementação. Disponível em: http://www.isaconsultoria.com.br/media_upload/Teoria%20do%20Conflito%20_%20Texto%20Celia%20Passos.5c7430ccc0610.pdf. Acesso em: 06 abr. 2020.
- SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. *Manual de arbitragem, mediação e conciliação*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.
- SHAPIRO, Daniel. *Negotiating the Nonnegotiable: How to Resolve Your Most Emotionally Charged Conflicts*. Viking. New York, 2016.
- SLOANE, Paul. *How do be a brilliant thinker: exercise your mind and find creative solutions*. London. Koganpage, 2010.
- STONE, Doglas; PATTON, Bruce e HEEN, Sheila. *Difficult Conversations: How to Discuss What Matters Most*. Viking/Penguin Books. London, 1999.
- ROSENBERG, Marshall B. *Comunicação não-violenta: técnicas para aprimorar relacionamentos pessoais e profissionais*. Tradução de Mário Vilela. São Paulo: Ágora, 2006.
- TARTUCE, Flávio. *Manual de direito civil: volume único*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018.
- TARTUCE, Fernanda; BERGAMASCHI, André Luís. *A solução negociada e a figura jurídica da transação: associação necessária?* Disponível em: <file:///C:/Users/Jo%C3%A3o/Desktop/Solucao-negociada-transacao-Bergamaschi-Tartuce.pdf>. Acesso em: 10 nov. 2020.



divergences are not solved by machines, but end up being reproduced in a new format.

Keywords: ethics; artificial intelligence; Law; legal hermeneutics

Sumário: Introdução; 1. Histórico, conceito e definição de inteligência artificial; 2. Ética e inteligência artificial; 3. Ética no uso de inteligência artificial nos sistemas judiciais; 4. Modelos de inteligência artificial aplicados ao Direito; 5. Os dilemas de um uso adequado da inteligência artificial aos ditames da Hermenêutica Jurídica; Conclusão; Referências bibliográficas.

INTRODUÇÃO



uso da inteligência artificial é, sem dúvida, um caminho sem volta. Afinal, o desenvolvimento da tecnologia tem o propósito último de auxiliar as atividades humanas, tornando-as mais simples e eficientes. No entanto, com o avanço da inteligência artificial, suscitam com cada vez mais intensidade a hipótese de o homem ser substituído pelas máquinas.

A discussão inevitavelmente chegou ao campo do Direito. A todo o momento se tem notícia do desenvolvimento de uma nova ferramenta tecnológica que facilita ou elimina qualquer necessidade de atividade do operador do Direito. E se por enquanto parece substituir apenas atividades consideradas mecânicas, é certo que a complexidade dos algoritmos de inteligência artificial perigosamente se aproxima – e, por vezes, supera – da racionalidade humana. Se a racionalidade pode ser simulada, é posto em perspectiva também a possibilidade de inteligências emotivas e complexos comportamentos humanos igualmente serem reproduzidos. Estando ou não neste estado da arte, é preciso discutir os dilemas que decorrem desta nova realidade.



Assim, este artigo trata dos dilemas éticos e jurídicos que envolvem a prática jurídica quando se faz uso da inteligência artificial. Busca-se apresentar que a ética ainda assume um papel importante nas relações jurídicas, ainda que intermediadas pela inteligência artificial. Por isso mesmo, é imprescindível que sejam traçadas orientações para um uso ético desta inovação tecnológica no campo jurídico.

Dessa maneira, o presente estudo buscou confirmar a hipótese de que a inteligência artificial precisa seguir parâmetros éticos e não está em um estágio de desenvolvimento suficiente para substituir as atividades humanas. Mais que isso, a inteligência artificial ainda é dependente da intervenção humana e está submetida às opções éticas daqueles que a programam e alimentam seu banco de dados que servirá de base para a tomada de decisões. Como última hipótese a confirmar, que as dificuldades e divergências hermenêuticas não são resolvidas pelas máquinas, mas acabam sendo reproduzidas em um novo formato.

O artigo está estruturado em cinco partes. Na primeira é apresentado brevemente o histórico do desenvolvimento da inteligência artificial para depois discutir sobre o seu conceito e definição à luz dos diversos elementos que a compõe. A seguir, é realizada uma breve apresentação do conceito de ética, para que se possa discorrer sobre como se procede ao diálogo com a inteligência artificial e suas dificuldades inerentes. Para tanto, faz-se referência àquilo que já se desenvolveu em nível internacional como orientações para o uso ético de uma inteligência artificial. Na terceira parte há uma especificação daquilo que foi desenvolvido na anteriormente, trabalhando com as diretrizes específicas para o uso ético da inteligência artificial nos sistemas judiciais e os problemas derivados deste contexto. Na quarta parte, são apresentados os principais modelos e exemplos de inteligência artificial que já estão em atividade para clarificar o alcance e impacto desta nova tecnologia na atividade do operador do Direito. Finalmente, na quinta parte são discutidas as



perplexidades hermenêuticas que estão diante de um uso ético e adequado da inteligência artificial.

1. HISTÓRICO, CONCEITO E DEFINIÇÃO DE INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL

O termo “inteligência artificial” foi cunhado por John MacCarthy, em 1956, em conferência organizada conjuntamente com Marvin Minsky sobre o assunto intitulada “Darthmouth Summer Research Project on Artifical Intelligence”². Termo este que não surge espontaneamente, mas em decorrência de inúmeros estudos ao longo dos séculos que culminaram naquilo que se denomina atualmente de inteligência artificial.

O desenvolvimento do conceito parte de uma ideia um tanto quanto simples na sua formulação, mas extremamente difícil na sua prática: a capacidade de projetar as habilidades humanas, tanto mentais quanto motoras, em outros entes. E se nota desde a mitologia grega esta pretensão humana. Falava-se na existência de Talos, um gigante quase invulnerável de bronze que rondava a ilha de Creta três vezes ao dia para protegê-la de invasores³. Em outras civilizações, como a egípcia, se fazia alusão a estátuas sagradas com capacidades humanas. Desenvolve-se assim a concepção dos autômatos, que será essencial para as estruturas de inteligência artificial.

O avanço da Lógica Formal também tem um papel essencial. Em Aristóteles, o ajuste do raciocínio em uma estrutura silogística permite a formulação de conclusões sem que necessariamente se valha do exercício empírico. Além disso, reforça a obrigatoriedade do vínculo de uma conclusão verdadeira desde que suas premissas também sejam verdadeiras, impedindo a

² MOOR, J. The Dartmouth College Artificial Intelligence Conference: The Next Fifty Years. *AAAI AI Magazine*, v. 27, n. 4, 2006.

³ FRANCHINI, A. S.; SEGANFREDO, Carmen. *As 100 melhores histórias da mitologia: Deuses, heróis, monstros e guerras da tradição greco-romana*. 9ª ed. Porto Alegre: L&PM, 2007. p. 396.



falácia, o sofisma, relação tão cara tanto ao Direito quanto ao desenvolvimento da inteligência artificial, para que os resultados obtidos sejam aqueles pretendidos. Uma frente que será imprescindível para o avanço da matemática.

A criação das máquinas de calcular também pode ser apontada como um paradigma para a evolução das máquinas até os computadores atuais. Pascal com sua máquina com as funcionalidades de soma e subtração (as *pascalines*) e Leibniz que adicionou as funções de divisão e multiplicação. Sem se esquecer de que antes mesmo, entre os gregos, Herão de Alexandria criou autômatos simples, com cordas e pesos, que funcionavam por tempo considerável sem a intervenção humana.

Em 1854, George Boole investigava quais eram as leis que regiam o pensamento e, com isso, quais fundamentam as teorias matemáticas de lógica e probabilidades⁴. É o que se convencionou chamar de Álgebra Booleana. Um pontapé inicial para que se programe uma máquina para se valer de tais regras para organizar um raciocínio, se baseando em um simples alfabeto de apenas dois símbolos (0 e 1).

Na década de 30, Alonzo Church formula o chamado Cálculo Lambda, sistema formal de estudo de funções recursivas computáveis em relação à teoria da computabilidade. Em uma semântica simples, é pelo Cálculo Lambda que se pode traduzir formalmente as propriedades da computação, capturando aquilo que é de mais básico nos operadores e funções e como podem ser combinados para formar outros operadores.

A união daquilo que se descobriu sobre a metodologia do raciocínio humano e do que se desenvolveu sobre os processos computacionais veio com as chamadas Redes Neurais Artificiais. Em estudos que datam de 1943, há a mimetização do sistema nervoso humano pelo uso da lógica matemática, construindo

⁴ BOOLE, George. *An investigation of the laws of thought*. Project Gutenberg, 2017. Disponível em: <https://www.gutenberg.org/files/15114/15114-pdf.pdf>. Acesso em 06/04/2020.



modelos de neurônios artificiais, redes deles e instrumentos algorítmicos para a aprendizagem das Redes Neurais Artificiais sobre como resolver problemas concretos⁵.

Pode-se também fazer referência aos estudos de Alan Turing. Discípulo de Church, em 1950 já questionava se as máquinas poderiam pensar e até que ponto seria possível distinguir o ser humano de uma máquina em um jogo de imitação⁶.

Diante de todo este contexto e evolução na construção das máquinas, a questão que imediatamente se remete é saber qual é a definição de inteligência artificial. A dúvida é tormentosa, tendo em vista que existem as mais variadas maneiras de a inteligência artificial ser definida, com diversificados enfoques.

Alguns trabalham a partir das semelhanças comportamentais com o ser humano; outros, pela ideia da própria forma de pensar humana; outros, ainda, na capacidade de pensar racionalmente; e há aqueles que definem através do agir racional⁷. Notável, assim, que a definição de inteligência artificial se concentra nas ideias de sistemas que envolvem o pensar e o agir racional ou como um ser humano.

O agir semelhante ao humano retoma as ideias de Alan Turing, no que ficou conhecido como o Teste de Turing. Nele, um computador deve ser interrogado por um ser humano de maneira remota, sendo a máquina bem sucedida se conseguir fazer com que o interrogador não consiga distinguir se há um computador ou um ser humano do outro lado. Logo, é preciso que o computador tenha as seguintes capacidades: processamento natural da linguagem humana para a comunicação, armazenamento de informações providenciadas antes ou durante o

⁵ SILVA, Nilton Correia da. *Inteligência artificial*. In: FRAZÃO, Ana; MULHOLLAND, Caitlin (Coord). *Inteligência Artificial e Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. p. 41.

⁶ TURING, A. M. Computing Machinery and Intelligence. *Mind*, v. 59, n. 236, p. 433-460, out. 1950.

⁷ RUSSELL, Stuart J.; NORVIG, Peter. *Artificial Intelligence: A Modern Approach*. Nova Jérsei: Prentice-Hall, 1995. p. 4.



interrogatório, raciocínio autômato de uso das informações armazenadas para responder questões e obter novas conclusões, aprendizagem para adaptação a novas circunstâncias para detectar e extrapolar padrões⁸.

Definir a inteligência artificial como um pensar como um ser humano é problemático, já que envolve compreender como funciona a mente humana. Pode-se tentar buscar a resposta por uma introspecção, investigando quais os passos dados pela mente para pensar, ou realizar experimentos de psicologia para tanto. A partir disso é que se poderia formular uma máquina com um raciocínio humano. O que se tem, na verdade, é inteligências artificiais que chegam a conclusões que não se sabe exatamente explicar (ou traduzir) em termos compreensíveis para seres humanos as etapas realizadas. Este foi o problema do *General Problem Solver* (GPS) criado por Herbert Simon, J. C. Shaw e Allen Newell em 1957: um programa que tinha a pretensão de solucionar universalmente problemas, embora conseguisse resolver somente problemas simples. Mesmo chegando a soluções corretas, seus criadores não conseguiam determinar como a máquina alcançava tal resultado⁹.

Acerca da definição como um pensar racional, tem-se que há um aceno ao desenvolvimento do silogismo aristotélico, mas agora aplicado diretamente às máquinas. Um dos grandes problemas do uso deste ponto de vista se afigura na dificuldade do uso de informações imprecisas, muito presentes e comuns na linguagem humana. O conhecimento pode não ser completamente preciso e certo, tornando dificultoso seu uso no caminhar da lógica formal. Outro problema é a potencial insuficiência de dados sobre as mais diversas variáveis que possam existir na realidade, tornando a solução lógica racional correta em uma

⁸ RUSSELL, Stuart J.; NORVIG, Peter. *Artificial Intelligence: A Modern Approach*. Nova Jérsei: Prentice-Hall, 1995. p. 5.

⁹ NEWELL, A.; SIMON, H. A. GPS, a program that simulates human thought. *Lernende Automaten*, p. 109-124, 1961. p. 113-114.



solução prática incorreta¹⁰.

Finalmente, o agir racional é o agir para atingir um determinado objetivo, utilizando as inferências corretas. É dizer que a máquina deve se utilizar dos meios racionais para atender plenamente o objetivo perseguido, num viés muito mais prático do que na concepção anterior. Nem todas as situações têm, necessariamente, apenas um caminho correto a ser seguido, ou nenhum deles é suficiente para atingir o que se quer, e mesmo assim deve ser realizado. Isto se aproxima muito do problema das políticas públicas e das escolhas trágicas no sentido que Ronald Dworkin trabalha¹¹. Ou, em termos mais simples, atos reflexos – como se desviar de um objeto atirado contra si – é uma conduta que não tem como aguardar uma reflexão mais profunda, racional.

Um agir racional é mais abrangente que um mero pensar racional, pois serve de caminho para um raciocínio lógico, e não o utilizando necessariamente. Por isso, é um modelo para a inteligência artificial que se aproxima muito mais das bases utilizadas por outras ciências. Na Economia Neoclássica, se fala do *homo economicus* como o padrão de homem racional para se extrair inúmeras conclusões em institutos econômicos. No Direito, se fala na já superada concepção do homem médio, que hoje se compreende no que se espera que racionalmente um ser humano, naquelas circunstâncias postas, faria.

Assim, se espera da inteligência artificial uma habilidade

¹⁰ RUSSELL, Stuart J.; NORVIG, Peter. *Artificial Intelligence: A Modern Approach*. Nova Jérsei: Prentice-Hall, 1995. p. 7.

¹¹ “É certamente impossível que, num caso verdadeiramente difícil, uma das partes esteja simplesmente certa e a outra, simplesmente errada. Mas por quê? Pode ser que a suposição de que uma das partes pode estar certa e a outra, errada, esteja cimentada em nossos hábitos de pensamento em um nível tão profundo que não podemos, de modo coerente, negar tal suposição, por mais céticos ou intransigentes que pretendamos ser nessas questões. Isso explicaria nossa dificuldade em formular coerentemente o argumento teórico. O “mito” de que num caso difícil só existe uma resposta correta é tão obstinado quanto bem-sucedido. Sua obstinação e seu êxito valem como argumentos de que não se trata de um mito” (DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2011. p. 446).



Interessante mencionar que a União Europeia também procurou conceituar inteligência artificial para fins de aplicação nas suas Orientações Éticas para uma IA de Confiança, a qual será trabalhada adiante:

Os sistemas baseados em inteligência artificial podem ser puramente confinados ao software, atuando no mundo virtual (por exemplo, assistentes de voz, programas de análise de imagens, motores de busca, sistemas de reconhecimento facial e de discurso), ou podem ser integrados em dispositivos físicos (por exemplo, robôs avançados, automóveis autônomos, veículos aéreos não tripulados ou aplicações da Internet das coisas)¹³.

Neste diapasão, ainda que haja múltiplas definições¹⁴, se pode dizer que a inteligência artificial trata da automatização de atividades associadas à cognição humana, como a tomada de decisões, solução de problemas e aprendizagem¹⁵. Há, portanto, a associação da inteligência artificial à forma humana de se pensar e se comportar.

¹³ UNIÃO EUROPEIA. *Uma definição de IA: Principais capacidades e disciplinas científicas*. Disponível em: https://ec.europa.eu/newsroom/dae/document.cfm?doc_id=60669. Acesso em 10/05/2020.

¹⁴ WOLKART, Erik Navarro. *Análise Econômica do Processo Civil: Como a economia, o direito e a psicologia podem vencer a tragédia da justiça*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. p. 706.

¹⁵ BELLMAN, Richard. *An introduction to Artificial Intelligence: Can Computers Think?*. Boyd & Frase, 1978, apud RUSSELL, Stuart J.; NORVIG, Peter. *Artificial Intelligence: A Modern Approach*. Nova Jérsei: Prentice-Hall, 1995. p. 5.



Como se bem sabe, o avanço tecnológico tem muito a contribuir com o Direito, seja na simplificação de procedimentos, em uma reinterpretação de seus institutos ou até mesmo como uma ferramenta de auxílio no desempenho das funções essenciais de seus operadores. Pode-se dizer que não há mais espaço nas sociedades contemporâneas para o desenvolvimento de atividades alheias à tecnologia.

Entretanto, não se pode negar que é preciso estabelecer alguns parâmetros para o uso e o agir da inteligência artificial, que extrapolam o mero campo da causalidade. Sobretudo se pensado no âmbito das decisões que envolvem um número elevado de variáveis que não permitem uma resposta absolutamente racional. Ou, ainda, se permite, que não seja uma solução que inviabilize o bem estar humano. É neste contexto que se insere o debate sobre a ética no uso da inteligência artificial.

2. ÉTICA E INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL

Muitos são aqueles que historicamente se propuseram a definir o que é ética. Em uma superficial retrospectiva, pode-se dizer que foi tema de reflexão de Sócrates, Platão, Aristóteles, Epicuro, Sêneca, Santo Agostinho, São Tomás de Aquino, Espinosa, Kant, Hume, Bentham, Nietzsche, Moore, Rawls e Habermas. Logo, existem inúmeras definições de ética, pensadas na coerência da linha filosófica defendida pelo seu respectivo autor.

Se é que é possível traçar algum delineamento geral, se pode dizer que o conceito de ética envolve a ideia de intersubjetividade, pois funciona a partir do exercício social de reciprocidade, respeito e responsabilidade¹⁶. A ética é essencialmente humana, já que é a partir dela que se sopesa a finalidade, utilidade, consequências e mecanismos do comportamento.

Uma ação humana contaminada pela ética deve conter

¹⁶ BITTAR, Eduardo C. B. *Curso de Ética Jurídica: ética geral e profissional*. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 25.

certos caracteres. Em primeiro lugar, precisa ser uma conduta livre e autônoma, já que o ato inconsciente ou por imposição arbitrária não pode ser gerador de responsabilidade. Além disso, a conduta precisa ser norteada pela convicção pessoal do agente, em que ele se convence de que aquele raciocínio deve impulsionar os seus atos. Finalmente, deve ser uma conduta que não se submete a uma censura externa, isto é, que não seja suscetível de uma coerção, dependendo tão somente da própria consciência e dos valores adotados pelo próprio indivíduo para guiar o seu comportamento¹⁷.

Isso significa que enquanto a moralidade envolve a “boa vida”, no sentido de uma vivência boa e correta em termos quotidianos, a ética eleva os deveres ao patamar dos mais nobres valores humanos e, portanto, de seres sociais. Pensa em ética em termos de deveres, ao lado de sua responsabilidade – para empregar a linguagem de Habermas – é pensar nela como o plano onde os hábitos concretos de vida estão ligados com os primeiros que perdem sua força normativa¹⁸.

A grande questão é se este delineamento ético pode ser aplicado na inteligência artificial. Neste ponto reside uma distinção essencial: o que ocorre na verdade não é a criação de um saber ético para a inteligência artificial, em um exercício absolutamente autônomo, mas o seu transporte para ela. Em outras palavras, é dizer que aquele que programa a inteligência artificial é que irá simular sua concepção humana ética nela, determinando os parâmetros básicos de um agir que se aproxime daquilo que é considerado ético em uma relação intersubjetiva, só que agora envolvendo a interlocução com uma máquina¹⁹. Não há

¹⁷ BITTAR, Eduardo C. B. *Curso de Ética Jurídica: ética geral e profissional*. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 27.

¹⁸ OLIVEIRA, Roberto Cardoso de. A questão étnica: qual a possibilidade de uma ética global?. In: ARIZPE, Lourdes (org). *As dimensões culturais da transformação global*. Brasília: UNESCO, 2001. p. 59.

¹⁹ Neste sentido e explorando as diversas construções da natureza da tecnologia da informação: INTRONA, Lucas. *Phenomenological Approaches to Ethics and Information Technology*. In: ZALTA, Edward N. *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*. Disponível em: <https://plato.stanford.edu/archives/fall2017/entries/ethics-it>



neutralidade nos algoritmos²⁰. O que ocorre é que seus criadores, conscientemente ou não, transferem seus próprios valores para os algoritmos, influenciando o comportamento da inteligência artificial.

Trata-se de um desdobramento daquilo que ficou conhecido como *machine learning*. São sistemas capazes de se adaptarem a novas circunstâncias e de extrapolar padrões originais²¹. Como o próprio nome diz, a máquina aprende a partir de um conjunto de dados que a ela fica disponível, sendo treinada para o desempenho de determinadas funções. Logo, é dependente de dados que estejam disponíveis, que sejam suficientes e confiáveis, senão o desempenho será aquém ou diverso do esperado²².

Há um exemplo que demonstra a importância da base de dados utilizada no comportamento da inteligência artificial. Em 2016, a Microsoft resolveu ativar uma inteligência artificial no Twitter para interagir com os internautas da geração *millennial*, isto é, de 18 a 24 anos de idade. Chamada de Tay, seu banco de dados era alimentado com as interações havidas. Só que o experimento deu muito errado, já que em questão de horas os internautas “ensinaram” a inteligência artificial a ser racista, nazista e com posições políticas extremamente radicais²³.

phenomenology/. Acesso em 10/03/2020.

²⁰ CEPEJ. European Ethical Charter on the Use of Artificial Intelligence in Judicial Systems and their environment. Disponível em: <https://rm.coe.int/ethical-charter-en-for-publication-4-december-2018/16808f699c>. Acesso em 17/05/2020.

²¹ WOLKART, Erik Navarro. *Análise Econômica do Processo Civil: Como a economia, o direito e a psicologia podem vencer a tragédia da justiça*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. p. 706.

²² Não se pode olvidar de uma espécie de *machine learning* que é a denominada *deep learning*, a qual poderia supostamente superar este problema da dependência da lapidação de dados pelo ser humano. Ocorre que, ainda assim, a máquina depende de uma enorme quantidade de dados, não supervisionados, para aprender, como aqueles obtidos na internet ou em *big data*. Só que quem fornece esses dados, mesmo que não filtrados, ainda é um ser humano.

²³ THE GUARDIAN. *Tay, Microsoft's AI chatbot, gets a crash course in racism from Twitter*. Disponível em: <https://www.theguardian.com/technology/2016/mar/24/tay-microsofts-ai-chatbot-gets-a-crash-course-in-racism-from-twitter>. Acesso em 14/05/2020.

Também existem outros dois desafios enfrentados no campo do *machine learning*. O primeiro é a inteligibilidade dos dados, isto é, a dificuldade de se desenvolver uma solução computacional que forneça um mínimo de compreensão do procedimento, como as respostas são geradas (*explainable AI*). Isto derivado da galopante e incrementada complexidade dos modelos matemáticos que vem surgindo, dificultando a explicação das soluções apresentadas pela inteligência artificial.

Outro problema diz respeito à perenidade dos sistemas de inteligência artificial, já que são criados para funcionalidades específicas. Atribui-se parte do problema não só aos objetivos reducionistas, mas também à persistente escassez de dados que permita o treinamento de novos sistemas ou de generalização do conhecimento obtido para solução de novas situações, já que não há um acúmulo de aprendizagem entre as inteligências artificiais ou, até mesmo, uso desta base acumulada em uma nova função. Todavia, existem iniciativas para alteração desse quadro, como os *lifelong learning algorithms* e *lifelong machine learning*²⁴.

Desse modo, fica evidente que é necessário um controle sobre a atuação de uma inteligência artificial ou, até mesmo, sobre a base de dados a qual se estrutura. É preciso que haja respeito a patamares mínimos de ética. Neste sentido, existem iniciativas internacionais de direcionamento, como as Recomendações do Conselho em Inteligência Artificial da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE)²⁵, os Princípios de Inteligência Artificial do G20²⁶ e as Orientações Éticas Para uma IA de Confiança da União Europeia²⁷.

²⁴ CHEN, Zhiyuan; LIU, Bing. *Lifelong Machine Learning*. 2ª ed. Austin: Morgan & Claypool, 2018. p. 1-2.

²⁵ OCDE. *Recommendation of the Council on Artificial Intelligence*. Disponível em: <https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL-0449>. Acesso em 14/05/2020.

²⁶ G20. *G20 Ministerial Statement on Trade and Digital Economy*. Disponível em: <https://www.mofa.go.jp/files/000486596.pdf>. Acesso em 14/05/2020.

²⁷ UNIÃO EUROPEIA. *Orientações Éticas para uma IA de Confiança*. Disponível em: https://ec.europa.eu/newsroom/dae/document.cfm?doc_id=60435. Acesso em



Adotados desde maio de 2019 pelos seus membros e por outros países como o Brasil, e embora não sejam obrigatórios e se aproximem mais de uma recomendação para influenciar a conduta dos signatários, os princípios estatuidos pela OCDE promovem que a inteligência artificial deva ser inovadora, confiável e que respeite os direitos humanos, as leis, a diversidade e valores democráticos. Além disso, devem ser flexíveis e práticas o suficiente para serem mantidas em um campo em rápida e constante evolução, permitindo que haja a intervenção humana se fizer necessário, o que atrai o dever de indivíduos e organizações de desenvolvê-las e operá-las devidamente, sob pena de responderem pelos prejuízos causados. A ética aplicada à inteligência artificial também deve fazer com que esta beneficie as pessoas e o planeta para um desenvolvimento sustentável, com crescimento inclusivo e com bem-estar.

Outro dos princípios se relaciona diretamente com o problema da inteligibilidade do *machine learning*, conforme apontado anteriormente. Aduz que deve haver transparência e revelação de informações responsável dos sistemas de inteligência artificial, para assegurar que as pessoas entendam o seu funcionamento e possam contestá-la.

Neste contexto, os governos devem facilitar os investimentos públicos e privados em pesquisa e desenvolvimento para incentivar inovação em inteligência artificial confiável, fomentar inteligências artificiais acessíveis com infraestruturas digitais, tecnologias e mecanismos de compartilhamento de dados e conhecimento. Igualmente, devem assegurar uma política de ambiente propício para o desenvolvimento de inteligências artificiais confiáveis, capacitar pessoas a manusearem inteligências artificiais e dar suporte aos trabalhadores para uma transição justa, além de cooperar internacionalmente para o progresso na administração de uma inteligência artificial confiável.

Os princípios do G20 não se diferem tanto dos

14/05/2020.



recomendados pela OCDE, até porque deles se derivaram. Logo, reforçam a atenção que deve haver aos valores humanos, à transparência e inteligibilidade, à segurança, *accountability* e investimentos e cooperação na pesquisa e desenvolvimento de inteligências artificiais confiáveis.

A União Europeia também se preocupou em estabelecer diretrizes para o bom uso da inteligência artificial. Em abril de 2019, foram aprovadas as Orientações Éticas para uma IA de Confiança, as quais instituíram sete requisitos considerados chave que as inteligências artificiais devem respeitar para serem consideradas confiáveis. Alguns são semelhantes aos vistos anteriormente, como ter um plano para o caso de a inteligência artificial necessitar da intervenção humana caso algo dê errado e mitigar os prejuízos, respeito à privacidade e proteção de dados, transparência dos modelos empregados, *accountability* e trazer benefícios sociais e ambientais, aumentando o bem estar. Outros não deixam de ser desdobramentos das diretrizes anteriores, mais bem especificados, como o respeito à diversidade, vedação à discriminação e atendimento à razoabilidade, impedindo vieses que tragam múltiplas implicações negativas, como a marginalização de grupos considerados vulneráveis.

Todas estas diretrizes acabam por traçar orientações gerais para o uso ético de sistemas de inteligência artificial. Contudo, deve ser verificado se há algum diploma neste sentido voltado para os sistemas judiciários. É o que se pretende fazer a seguir.

3. ÉTICA NO USO DE INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL NOS SISTEMAS JUDICIÁRIOS

Especificamente sobre o uso da inteligência artificial pelo sistema judiciário, a Comissão Europeia de Eficiência da Justiça (CEPEJ), órgão integrante do Conselho da Europa, elaborou em dezembro de 2018 documento em que foram



elencados cinco princípios para a promoção e preservação da ética. Intitulado “Carta de Ética Europeia sobre o uso de inteligência artificial em sistemas judiciais e seu ambiente²⁸”, é notável que seu surgimento se deu antes mesmo das Orientações Éticas para uma IA de Confiança da União Europeia.

O primeiro princípio é o de respeito aos direitos fundamentais, para que se assegure que a elaboração e a implementação de ferramentas e serviços em inteligência artificial não os violem. O segundo é o da não discriminação, evitando o aprofundamento ou o desenvolvimento de instrumentos de exclusão de indivíduos e grupos. O terceiro, da qualidade e segurança para o processamento de decisões e dados judiciais, fortalecendo os meios tecnológicos para que as fontes sejam certificadas e os dados intangíveis. O quarto, da transparência, imparcialidade e equidade, no sentido de tornar os métodos de processamento dos dados inteligíveis e acessíveis, além de ser possível a sua verificação através de auditorias externas. O quinto princípio, “sob controle do usuário”, garante que os usuários possam controlar suas escolhas, e não simplesmente sendo comandados a realizar determinadas ações, numa abordagem meramente prescritiva.

Acerca do respeito aos direitos fundamentais, a ideia é salutar, mas carece de balizas que norteiem a prática do uso de sistemas de inteligência artificial. Não há dúvidas que os novos mecanismos tecnológicos não podem violar direitos e garantias fundamentais, mas é notório o quão tormentoso é o exercício hermenêutico deles. Isto se comprova, ao menos no contexto brasileiro, pelas milhares de ações julgadas pelo Supremo Tribunal Federal todos os anos, em que há o enfrentamento de interpretações diversas dos direitos fundamentais tanto pelas partes quanto pelos próprios ministros que o compõem. Fica a dúvida então sobre qual orientação a inteligência artificial deverá

²⁸ CEPEJ. *European Ethical Charter on the Use of Artificial Intelligence in Judicial Systems and their environment*. Disponível em: <https://rm.coe.int/ethical-charter-en-for-publication-4-december-2018/16808f699c>. Acesso em 17/05/2020.



se basear para construir as preferências por uma abordagem *ethical-by-design* ou *human-rights-by-design*, isto é, pré-determinada pelo programador e não pelo usuário.

Pode-se cogitar que o banco de dados pode ser alimentado apenas com orientações jurisprudenciais já sedimentadas, mas isto atrai dois novos problemas. Primeiro, que até mesmo o sentido apontado pelo tribunal é passível de nova interpretação. O julgamento não encerra o exercício hermenêutico, mas apenas tem o poder de delimitar os sentidos jurídicos possíveis dentro da pluralidade de concepções cabíveis²⁹. Em segundo, que a inteligência artificial não será empregada somente em casos que envolvam direitos fundamentais que já tiveram algum tipo de manifestação judicial, o que pode resultar em uma aplicação desta ferramenta sem uma base de dados solidificada. Como resultado, a decisão alcançada, estruturada nos algoritmos da inteligência artificial, pode violar um ou mais direitos fundamentais.

O problema ainda se estende não só ao conteúdo do litígio que envolve divergência na aplicação do direito fundamental, mas também às próprias formalidades do julgamento. Há consistentes debates sobre o limite de acesso às esferas recursais, ao contraditório, à ampla defesa, sobretudo na esfera criminal. Em um singelo exemplo, no Brasil recentemente se discutiu acerca da ordem de apresentação de alegações finais quando

²⁹ “Visto desse ângulo, percebemos que o conhecimento dogmático dos juristas, embora dependa de pontos de partida inegáveis, os dogmas, não trabalha com certezas, mas com incertezas. Essas incertezas são justamente aquelas que, na sociedade, foram aparentemente eliminadas (ou inicialmente delimitadas) pelos dogmas. [...] Com isso, o jurista retoma a incerteza primitiva, ampliando-a, mas de modo controlado, isto é, aumentando-a a um grau de suportabilidade social, de modo que torne decidíveis os eventuais conflitos. Com o termo controlado queremos significar que a dogmática aumenta as incertezas (a questão incerta do justo e do equitativo torna-se mais complexa, pois tem de se haver com a norma proibitiva), mas de modo que elas sejam compatíveis com duas exigências centrais da disciplina jurídica: a vinculação a normas, que não podem ser ignoradas, e a pressão para decidir os conflitos, pois para eles tem-se de achar uma saída” (FERRAZ JUNIOR. Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito: Técnica, Decisão, Dominação*. 4º ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 49-50.)



entre os acusados há quem celebrou acordo de colaboração premiada³⁰. A matéria não está expressamente positivada, tendo os ministros do Supremo Tribunal Federal que se voltarem à interpretação dos princípios do contraditório e da ampla defesa. Restou decidido, por maioria de votos, que os réus colaboradores devem se manifestar antes dos não colaboradores, a fim de possibilitar que os não colaboradores possam se defender das alegações feitas pelos colaboradores, que acabam por auxiliar a acusação. Uma inteligência artificial, neste caso, caso se baseasse nos precedentes, aplicaria as regras dos artigos 403, §3º e 404, parágrafo único, Código de Processo Penal que determina prazo comum para todos os réus, sem distinção.

Este problema acaba por se refletir no segundo princípio, da não discriminação. Uma ferramenta que viole direitos fundamentais acaba por discriminar indivíduos e grupos. Com a compreensão de que a igualdade e a justiça são as estruturas de todo o sistema político-jurídico – assim como defendem John Rawls³¹ e Ronald Dworkin³² –, a violação dos direitos fundamentais inevitavelmente acarretará em desigualdade.

Os demais princípios, por sua vez, têm mais relação com uma *accountability* do que precisamente com a construção dos mecanismos de inteligência artificial. Apresentam uma preocupação com a segurança, a confiabilidade dos sistemas e sua inteligibilidade. Mais que se preocupar com o seu funcionamento, tratam de regulações acerca da necessária fiscalização do seu funcionamento, para que a adesão aos seus termos seja consciente e informada, bem como possua instrumentos de proteção dos dados nele armazenados. São preocupações com o funcionamento da inteligência artificial, e não seu desenvolvimento.

³⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Habeas Corpus nº 166.373. Plenário, Rel. Min. Edson Fachin, j. 02/10/2019.

³¹ RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Tradução de Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 12.

³² DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 261-266.



Apesar de todas estas observações feitas, não aparenta ser uma boa opção desmerecer os esforços da CEPEJ. Muito pelo contrário. É justamente a abstração e generalidade da ética que não permitem que se desenvolvam orientações pormenorizadas. A iniciativa é louvável justamente por traçar balizas gerais que devem ser obedecidas quando diante de um caso concreto, em um modelo que muito se aproxima – se não for semelhante – dos conceitos jurídicos indeterminados e dos próprios princípios jurídicos. Por isso, não devem ser estritamente observados em tribunais europeus que se aventurem com a inteligência artificial, mas de todo e qualquer tribunal que dela faça uso.

4. MODELOS DE INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL APLICADOS AO DIREITO

Inúmeros são os exemplos contemporâneos de aplicação da inteligência artificial no trabalho dos juristas do século XXI. Só que a discussão de seu impacto no âmbito jurídico não é tão recente, bem como os questionamentos das implicações que seu uso pode acarretar na atividade jurídica.

Já em 1970, Bruce Buchanan e Thomas Headrick especulavam uma possível relação entre o Direito e a computação, compreendendo que a inteligência artificial tinha com o que contribuir e sendo necessário explorar este relacionamento com seriedade. Dentre os diversos benefícios apontados pelos autores ao longo de seu estudo, destaca-se o ganho em estabilidade na aplicação das normas jurídicas, eliminando as ambiguidades e tornando o sistema jurídico logicamente consistente e completo, providenciando respostas claras e inequívocas para todos os casos³³.

³³ BUCHANAN, Bruce G.; HEADRICK, Thomas E. Some Speculation About Artificial Intelligence and Legal Reasoning. *Stanford Law Review*, v. 23, p. 40-62, nov. 1970. p. 60-61. Curioso notar que os autores especulam a possibilidade de os computadores serem deixados de lado pelos juristas, como uma perda de tempo e dinheiro, ou até mesmo como uma ferramenta somente da academia ou de alguns poucos



Nem todos concordam inteiramente com este posicionamento. Giovanni Sartor e Karl Branting entendem que a inteligência artificial é também uma forma de combate à discricionariedade, mas não substitui a atividade jurisdicional. Afinal, segundo eles, a elaboração da decisão judicial é uma área de grande complexidade, em que a expertise jurídica sofisticada se mistura com competências emocionais e cognitivas. É nela que o magistrado interpreta textos, faz analogias, analisa os fatos, realiza interações dialéticas, verifica intenções e questões de justiça e razoabilidade³⁴.

Esta atividade não tem como ser realizada por uma inteligência artificial. Por conseguinte, seria correta a orientação das pesquisas em curso de, ao invés de tentar usurpar a atividade jurisdicional do ser humano, ter a finalidade de assisti-lo com ferramentas práticas de suporte e análise das decisões judiciais. Com isso, há um melhor entendimento da prática jurisdicional e modelagem do procedimento de elaboração de decisões³⁵.

Muitas iniciativas de auxílio dessa ordem estão em andamento nos tribunais brasileiros. O Supremo Tribunal Federal adotou o sistema Victor, uma inteligência artificial de leitura de recursos extraordinários para identificação da vinculação a temas de repercussão geral, conversão de imagens em textos no processo digital, separação de documentos e classificação das peças processuais mais utilizadas pelo tribunal. Conforme relatado, tarefas que levavam, em média, 44 minutos para serem realizadas por um servidor público do tribunal, agora são feitas em

juristas. Parece que a alternativa vislumbrada por eles é que se confirma: o convencimento de os computadores terem tanto potencial que os juristas sentem a sua profissão ameaçada no futuro e que a prática jurídica é enormemente influenciada pelos computadores.

³⁴ SARTOR, Giovanni; BRANTING, L. Karl. *Introduction: Judicial Applications of Artificial Intelligence*. In: SARTOR, Giovanni; BRANTING, L. Karl. *Judicial Applications of Artificial Intelligence*. Dordrecht: Kluwer Academic, 1998. p. 1.

³⁵ SARTOR, Giovanni; BRANTING, L. Karl. *Introduction: Judicial Applications of Artificial Intelligence*. In: SARTOR, Giovanni; BRANTING, L. Karl. *Judicial Applications of Artificial Intelligence*. Dordrecht: Kluwer Academic, 1998. p. 2.



No diapasão destas iniciativas, Karl Branting, James Lester e Charles Callaway propõem um modelo de estrutura de decisão judicial auxiliada por inteligência artificial. Nele, os autores apresentam preocupações interessantes, como uma estrutura ilocucionária³⁸ que conecte os objetivos do autor e o texto

³⁸ A ideia de ato ilocucionário advém do pensamento de John L. Austin – posteriormente desenvolvido também por John R. Searle – que compreende que certos atos de fala são, na verdade, ações. Ao proferir palavras, o interlocutor está simultaneamente



utilizado para se atingir estes objetivos, bem como o uso da estrutura retórica própria, da estilística e convenções discursivas próprias do gênero do documento³⁹. Tudo que evidencia que a inteligência artificial não substitui, mas complementa e auxilia o trabalho realizado pelo jurista, que ainda detém a atividade cognitiva essencial da atividade jurídica.

Acerca do levantamento estatístico de decisões judiciais, bem como de compilação de jurisprudência de maneira automatizada, já se nota que é uma realidade. Nos Estados Unidos, muitas bancas de advogados, como a Baker & Hostetler, já se utilizam da inteligência artificial Ross e de seu subsistema Eva, ambas desenvolvidas pela IBM⁴⁰. Com ela, conseguem em pouquíssimo tempo organizar os argumentos necessários para a elaboração de uma peça processual ou até mesmo revisar um contrato a partir da jurisprudência compilada. Atividades que levariam horas, senão dias, para um ser humano.

realizando uma ação. Isto porque, baseado na teoria pragmática de Wittgenstein, o sentido das proposições podem ser diversos a depender do jogo de linguagem que está sendo realizado. As circunstâncias e contextos podem mudar o sentido das palavras, sendo necessária uma investigação sobre o enunciado para se alcançar o sentido usado. Em um exemplo, quando se diz “você está na minha frente”, não é uma mera constatação daquele que proferiu a frase. Há um ato locucionário, ilocucionário e perlocucionário ao mesmo tempo no ato de fala (AUSTIN, John L. *How to do things with words*. Oxford: Oxford University Press, 1962. p. 100-101). O ato locucionário é o ato de dizer a frase em si. O ato ilocucionário não é a intenção de constatar que alguém está a sua frente, mas o protesto contra aquele que obstrui sua passagem ou visão. E o ato perlocucionário é a intenção de provocar um efeito naquele que recebe a locução, para influenciar seu comportamento e pensamento, saindo da frente daquele que realizou o ato de fala. John L. Austin identificou cinco grupos de expressões conforme sua força ilocucionária. Para o Direito, especificamente, interessam as chamadas expressões veridictivas, pois tem o condão de dar um veredicto sobre um assunto, baseado nos valores e provas relacionadas ao caso. É a essência da atividade jurisdicional (SEARLE, John R. *Mente, Linguagem e Sociedade*. Tradução de F. Rangel. Rio de Janeiro: Rocco, 2000. p. 72-73).

³⁹ BRANTING, L. Karl; LESTER, James C.; CALLAWAY, Charles B. *Automating Judicial Document Drafting: A Discourse-Based Approach*. In: SARTOR, Giovanni; BRANTING, Karl. *Judicial Applications of Artificial Intelligence*. Dordrecht: Kluwer Academic, 1998. p. 35.

⁴⁰ IBM. *Ross Intelligence Customers*. Disponível em: <https://rossintelligence.com/customers.html>. Acesso em: 28/11/2019.



No tocante à revisão dos contratos, existem três sistemas de inteligência artificial que já auxiliam os advogados. Com o Kyra Systems, a inteligência artificial busca cláusulas essenciais em contratos de fusões e aquisições, realizando comparação das informações com o exigido nos formulários de autoridades anti-truste. O Ebrevia extrai informações essenciais do contrato para garantia de observância de suas cláusulas. Já o LawGeex aponta erros nas cláusulas por meio de alertas.

Quanto a este último, inclusive, foi feito um desafio para que vinte advogados examinassem os riscos contidos em cinco contratos de confidencialidade. Sobre os mesmos documentos, o LawGeex foi também aplicado. O resultado foi que o LawGeex e somente um advogado tiveram precisão de 94%, enquanto os demais, em média, tiveram precisão de 85%. Um deles, inclusive, teve precisão de apenas 67%. Se a diferença não parece tão grande na precisão, no aspecto da velocidade a diferença é enorme: o LawGeex fez a revisão em apenas 26 segundos, enquanto que os advogados demoraram, em média, 92 minutos, sendo que o mais veloz levou 51 minutos⁴¹.

Embora ainda sejam atividades que possam ser consideradas mecânicas, a consultoria McKinsey analisou que 23% das atividades jurídicas podem ser automatizadas. Em outras palavras, já são substituídas ou substituíveis por robôs⁴². A IBM⁴³ fez levantamento de possíveis hipóteses de aplicação da inteligência artificial na área jurídica, sintetizando-as em seis: previsão de resultados de litígios, elaboração de documentos, pesquisa jurídica e revisão de contratos, identificação de padrões

⁴¹ CONSULTOR JURÍDICO. *Inteligência artificial bate 20 advogados em testes de revisão de contratos*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-nov-21/inteligencia-artificial-bate-20-advogados-revisao-contratos>. Acesso em: 22/07/2020.

⁴² MCKINSEY. *Harnessing automation for a future that works*. Disponível em: <https://www.mckinsey.com/featured-insights/digital-disruption/harnessing-automation-for-a-future-that-works>. Acesso em: 29.11.2019.

⁴³ IBM. *Artificial Intelligence (AI) for the practice of law: An introduction*. Disponível em: <https://blog.rossintelligence.com/post/ai-introduction-law>. Acesso em: 28/11/2019.



em decisões judiciais, identificação de propriedade intelectual em portfólios e faturamento automático de honorários.

Muitas destas hipóteses já podem ser observadas nas soluções tecnológicas atualmente oferecidas aos profissionais do Direito brasileiros. Os serviços das chamadas *legaltechs*, empresas *startups* voltadas ao mercado jurídico, podem ser compiladas em cinco ramos: indexação e monitoramento, jurimetria, geração automática de documentos, controle de fluxo de trabalho e *marketplaces*.

Nos serviços de indexação e monitoramento, há o acompanhamento automatizado de processos, expedindo notificações aos usuários quando há movimentação processual, publicação em diários oficiais, bem como a digitalização dos documentos. Na jurimetria há a aplicação de metodologia própria da estatística para descrição dos perfis de magistrados e previsão de julgamento de determinados temas. Na geração automática de documentos, contratos e petições padronizadas são sugeridas aos usuários, que terá apenas o trabalho de personalizá-las ao caso concreto. O controle de fluxo de trabalho serve para o fornecimento de estatísticas de produção dos profissionais, das pendências ainda existentes e distribuição de atribuições. Por fim, os *marketplaces* interessam para o gerenciamento de processos em diferentes localidades, bem como permitir uma maior conexão entre advogados e clientes.

5. OS DILEMAS DE UM USO ADEQUADO DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL AOS DITAMES DA HERMENÊUTICA JURÍDICA

Verificados os variados aspectos da interação da ética com a inteligência artificial e a incorporação desta nas diversas atividades jurídicas, é o momento de se discutir os problemas inerentes à interpretação. É preciso compreender que a inteligência artificial não é um fim em si mesmo, tampouco a solução



para os problemas jurídicos, e sim, mera facilitadora para o alcance desta solução.

O grande dilema está justamente no exercício hermenêutico. O problema da interpretação como uma atividade essencialmente humana ainda não foi resolvido, e o advento da inteligência artificial não o solucionará. Talvez, o agravará ainda mais. Uma máquina – ao menos ainda – não consegue pensar como um ser humano. Mais que isso, quando foi feita referência passada sobre o funcionamento da inteligência artificial, restou demonstrado que ela precisa de um banco de dados que deve ser alimentado por um ser humano. Precisa, portanto, de uma base para iniciar a sua aprendizagem e trazer soluções.

Pode-se fazer referência aqui aos métodos historicamente construídos para a obtenção de sentido dos termos. Ainda muito se discute, criticamente, acerca das doutrinas subjetivistas e objetivistas da interpretação jurídica.

A primeira, relacionada à ideia de *voluntas legislatoris*, se traduz na apreensão da vontade do legislador no momento do exercício hermenêutico. É um movimento *ex tunc*, em que é preponderante a vontade histórica, genética, para a extração de sentido. Críticas não faltam a esta concepção: a vontade do legislador é uma mera ficção por não ser uma pessoa fisicamente identificável, a figura do legislador é mera competência legal e não a norma em si, que a norma deve ser inteligível por si só, sem depender de uma figura abstrata que lhe dê sentido e a fossilização que a vontade do legislador cria por não permitir a adequação da norma às mutações sociais, o que não explicaria a complementação e a criação do direito pela jurisprudência⁴⁴.

A doutrina objetivista se relaciona à ideia de *voluntas legis*. Formula-se que deve ser seguida a vontade da lei, uma interpretação que acompanhe fatores objetivos, com a norma sendo extraída pelo próprio intérprete independentemente do

⁴⁴ FERRAZ JUNIOR. Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito: Técnica, Decisão, Dominação*. 4º ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 266-267.



sentido querido pelo legislador. Pode-se dizer que é um movimento *ex nunc*, já que se preocupa com uma interpretação alinhada às circunstâncias contemporâneas à aplicação da lei.

Ela também não é uma doutrina livre de críticas. Além de ser atacada pela desconsideração aos aspectos históricos e preliminares da formulação da norma que podem nortear a interpretação e dar-lhe o melhor sentido, há também profunda crítica de somente deslocar o subjetivismo do legislador para o intérprete. Em outros termos, há supremacia da vontade do intérprete, podendo moldar o sentido da norma conforme seus interesses. Consequentemente, o direito perde em segurança, certeza e estabilidade, tornando-se instrumento de vontades e interesses circunstanciais⁴⁵. É o cerne do tão criticado ativismo judicial que contamina decisões judiciais por todo o mundo⁴⁶.

Os críticos das concepções subjetivistas e objetivistas apontam que ela está presa aos paradigmas filosóficos clássicos e da Ontognoseologia, isto é, da relação sujeito-objeto⁴⁷, um mal que também contamina teorias procedurais, que trabalham com a teoria da argumentação jurídica. Neste diapasão, o sentido não é obtido a partir de uma revelação ao sujeito cognoscente, mas de uma construção dos interlocutores em um determinado contexto de fala. Inexiste cisão entre a fundamentação e a aplicação assim como na moldura clássica se compreende, porque isto leva

⁴⁵ FERRAZ JUNIOR. Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito: Técnica, Decisão, Dominação*. 4º ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 267-268.

⁴⁶ O ativismo judicial e a judicialização da política são primos. A judicialização da política é uma circunstância decorrente do modelo constitucional, em que o Poder Judiciário deve decidir porque assim lhe cabia essa função. Já o ativismo, por sua vez, é uma atitude proativa de interpretação da Constituição, expandindo seu sentido e alcance pelo descolamento entre a classe política e a sociedade civil (Cf. BARROSO, Luis Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Thesis, Rio de Janeiro, vol. 5, n. 1, p. 23-32, 2012). É o que Ramos define como “o desrespeito aos limites normativos substanciais da função jurisdicional” (RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 141). Enquanto o primeiro é desejável, o segundo deve ser combatido.

⁴⁷ STRECK, Lenio Luiz. *Lições de Crítica Hermenêutica do Direito*. 2º ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016. p. 105-106.



a um rejeitável relativismo, afastando a racionalidade do ato de interpretar. Não são as palavras que dão significados para as coisas, mas é para significar as coisas, incluso o Direito, é que se necessita de palavras⁴⁸.

Não se ousa aqui neste estudo avançar mais nas peculiaridades de cada uma das críticas e correntes de hermenêutica jurídica. Com o que se apresentou já fica evidente que há uma pluralidade de modos de se descrever como se realiza o ato de interpretar, a partir de variados paradigmas. Um mesmo dispositivo legal pode ter sido criado com uma intenção legislativa, mas sua redação pode transmitir ideia distinta. A depender de como a inteligência artificial for programada, ela poderá favorecer uma ou outra interpretação.

Vide o exemplo dado alhures acerca da ordem de alegações finais da colaboração premiada. Pela vontade do legislador – mesmo considerando que o instituto da colaboração premiada é posterior ao artigo em comento – as alegações finais devem ser simultâneas entre réus colaboradores ou não. Já pela vontade do intérprete, os réus colaboradores devem anteceder os não colaboradores. Além disso, a decisão pelo Supremo Tribunal Federal foi por maioria de votos, o que torna claro como a matéria é controvertida e a orientação seguida pode ser interpretada ou não como uma violação a um direito fundamental.

Conflitos que envolvem a efetivação de políticas públicas também contém grande controvérsia acerca da existência ou não de violação de direitos fundamentais. A decisão de um magistrado que concede um tratamento em favor de uma pessoa ao invés de o orçamento público favorecer tratamentos para a coletividade, a imposição da construção de uma escola ao invés de um hospital, a inserção coercitiva de criança em creche que já tem todas as suas vagas ocupadas, dentre outros temas, são alguns exemplos em que é difícil apontar qual é a solução correta.

⁴⁸ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 497-498.



Envolve entender se há ativismo judicial ou judicialização de política. E não é a inteligência artificial que solucionará, por si só, tais dilemas.

São nuances que ela não tem, ao menos ainda, como uma de suas potencialidades. Longe disso, a leitura realizada pela máquina não consegue identificar ambiguidades, vagezas e sentidos subliminares e uma complexa construção hermenêutica sem que haja uma mente humana por trás que a tenha informado disto.

O agravamento do problema da interpretação pela inteligência artificial surge com uma pretensa legitimidade que o uso da máquina concede ao discurso. Dotada de racionalidade extrema que por muitas vezes supera a análise humana, a inteligência artificial poderá servir de subterfúgio para justificar decisões que violem direitos e garantias fundamentais. Como se por ter sido determinada por uma máquina, haveria uma infalibilidade inerente e indiscutível. Desse modo, ao invés de uma determinada decisão ser amparada em sólidos argumentos jurídicos e questões de fato, justifica-se que foi proferida conforme a orientação da inteligência artificial, e que os algoritmos não podem estar errados.

Um perigo que não é superado completamente com os meios de fiscalização que são garantidos pelas diversas orientações estudadas alhures. As linhas de códigos de programação podem estar perfeitamente digitadas, bem como a base de dados devidamente alimentada, mas falta um exercício hermenêutico apurado para notar que deve haver uma distinção no caso concreto a ser analisado. Ou, ainda, que a própria base pode estar enviesada por quem a preencheu. Tudo isto depende de uma atividade inerentemente humana, que a tecnologia ainda não consegue esmiuçar.

Por isso que ainda se pensa na inteligência artificial como um facilitador das atividades humanas, sobretudo aquelas de essência mecânica. Vale dizer, a inteligência artificial é um



acessório para ampliar e acrescer na qualidade e quantidade de trabalho a ser desempenhado.

CONCLUSÃO

Por tudo o que fora desenvolvido neste estudo, extrai-se que a inteligência artificial percorreu um longo caminho para chegar ao estado da arte atual. Não há dúvidas que continuará a ser incrementada em complexidade e utilidade. Afinal, este é o objetivo primordial da tecnologia: tornar cada vez mais fácil a vida humana. O campo do Direito não está desatrelado desta realidade, e obviamente muitos questionamentos acabam surgindo sobre os limites técnicos da inteligência artificial e sua potencialidade em substituir atividades jurídicas, tradicionalmente consideradas essencialmente humanas.

Caminhando ou não para uma substituição do labor do profissional do Direito, é certo que é preciso discutir os caminhos éticos a serem percorridos. Com este estudo restou comprovado que a ética, mesmo intermediada pela inteligência artificial, ainda cumpre um papel preponderante e imprescindível na prática jurídica. Não existe, pelo menos até o momento, uma ética desenvolvida exclusivamente por um robô. Ela continua a ser um aspecto intrinsecamente humano e que somente acaba por se refletir na inteligência artificial através dos bancos de dados que ela se alimenta, pelos seus algoritmos, para realizar suas operações. A ética encontrada na inteligência artificial, portanto, é nada mais do que a ética daquele que a programou ou forneceu conteúdo para seu desenvolvimento.

Por isso que é importante que sejam estabelecidas orientações, como as várias iniciativas apresentadas ao longo deste artigo, para um uso ético da inteligência artificial. Especificamente no caso das atividades jurídicas, que elas não se aproveitem de sua programação para legitimar violações aos direitos e garantias fundamentais dos jurisdicionados, bem como tenham



instrumentos suficientes de controle, fiscalização e transparência, para a devida *accountability*.

A inteligência artificial é instrumento para a realização das atividades jurídicas e, por conta disso, padece ainda das dificuldades de uma atividade interpretativa. O novo formato digital não supera as divergentes abordagens hermenêuticas, mas as reproduzem e perpetuam. Como um agravante, pode ainda legitimar um discurso violador de direitos pelo grau de confiabilidade da racionalidade da máquina. Enquanto não for encontrada uma resposta para solucionar a divergência hermenêutica – e parece que se está longe disso, ou até mesmo é bem provável que nunca se encontre –, a ética ainda será uma variável inquestionável dentro da equação do comportamento humano, seja por si só, seja facilitado por uma inteligência artificial.

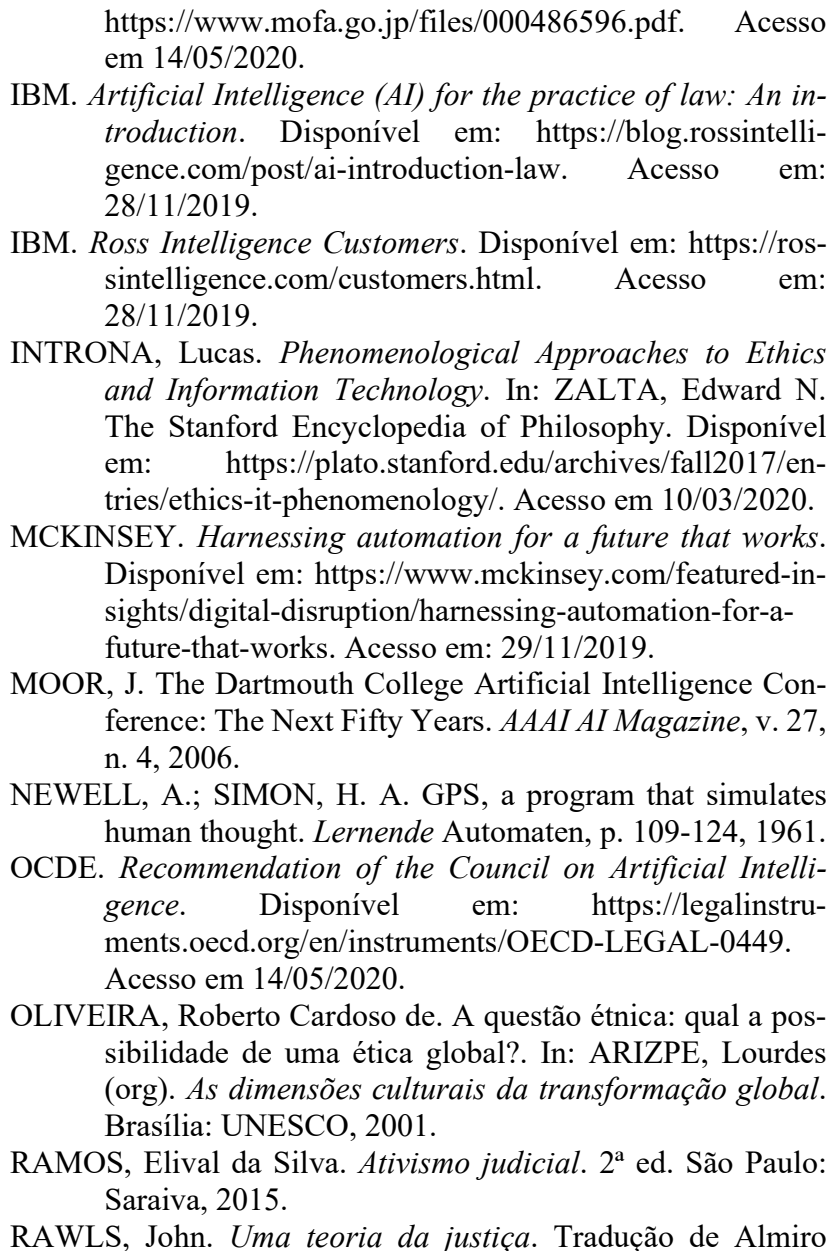


REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AUSTIN, John L. *How to do things with words*. Oxford: Oxford University Press, 1962.
- BARROSO, Luis Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Thesis, Rio de Janeiro, vol. 5, n. 1, p. 23-32, 2012.
- BITTAR, Eduardo C. B. *Curso de Ética Jurídica: ética geral e profissional*. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
- BOOLE, George. *An investigation of the laws of thought*. Project Gutenberg, 2017. Disponível em: <https://www.gutenberg.org/files/15114/15114-pdf.pdf>. Acesso em 06/04/2020.
- BRANTING, L. Karl; LESTER, James C.; CALLAWAY, Charles B. *Automating Judicial Document Drafting: A Discourse-Based Approach*. In: SARTOR, Giovanni;



- BRANTING, Karl. *Judicial Applications of Artificial Intelligence*. Dordrecht: Kluwer Academic, 1998.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Habeas Corpus nº 166.373. Plenário, Rel. Min. Edson Fachin, j. 02/10/2019.
- BUCHANAN, Bruce G.; HEADRICK, Thomas E. Some Speculation About Artificial Intelligence and Legal Reasoning. *Stanford Law Review*, v. 23, p. 40-62, nov. 1970.
- CEPEJ. *European Ethical Charter on the Use of Artificial Intelligence in Judicial Systems and their environment*. Disponível em: <https://rm.coe.int/ethical-charter-en-for-publication-4-december-2018/16808f699c>. Acesso em 17/05/2020.
- CHEN, Zhiyuan; LIU, Bing. *Lifelong Machine Learning*. 2ª ed. Austin: Morgan & Claypool, 2018.
- CONSULTOR JURÍDICO. *Inteligência artificial bate 20 advogados em testes de revisão de contratos*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-nov-21/inteligencia-artificial-bate-20-advogados-revisao-contratos>. Acesso em: 22/07/2020.
- DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2011.
- DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014.
- FERRAZ JUNIOR. Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito: Técnica, Decisão, Dominação*. 4º ed. São Paulo: Atlas, 2003.
- FRANCHINI, A. S.; SEGANFREDO, Carmen. *As 100 melhores histórias da mitologia: Deuses, heróis, monstros e guerras da tradição greco-romana*. 9ª ed. Porto Alegre: L&PM, 2007. p. 396.
- G20. *G20 Ministerial Statement on Trade and Digital Economy*. Disponível em:





- Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- RUSSELL, Stuart J.; NORVIG, Peter. *Artificial Intelligence: A Modern Approach*. Nova Jérsei: Prentice-Hall, 1995.
- SARTOR, Giovanni; BRANTING, L. Karl. *Introduction: Judicial Applications of Artificial Intelligence*. In: SARTOR, Giovanni; BRANTING, Karl L. *Judicial Applications of Artificial Intelligence*. Dordrecht: Kluwer Academic, 1998.
- SEARLE, John R. *Mente, Linguagem e Sociedade*. Tradução de F. Rangel. Rio de Janeiro: Rocco, 2000.
- SILVA, Nilton Correia da. *Inteligência artificial*. In: FRAZÃO, Ana; MULHOLLAND, Caitlin (Coord). *Inteligência Artificial e Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.
- STRECK, Lenio Luiz. *Lições de Crítica Hermenêutica do Direito*. 2º ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.
- STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Relatório do 1º Ano de Gestão Ministro João Otávio de Noronha 2018-2019*. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/sites/portalp/Site-Assets/documentos/noticias/Relat%C3%B3rio%20de%20gest%C3%A3o.pdf>. Acesso em 11/05/2020.
- SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Presidente do Supremo apresenta ferramentas de inteligência artificial em Londres. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=422699>. Acesso em 14/03/2020.
- THE GUARDIAN. *Tay, Microsoft's AI chatbot, gets a crash course in racism from Twitter*. Disponível em: <https://www.theguardian.com/technology/2016/mar/24/tay-microsofts-ai-chatbot-gets-a->



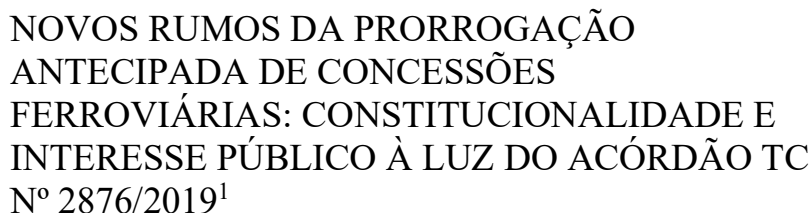
crash-course-in-racism-from-twitter. Acesso em 14/05/2020.

TURING, A. M. Computing Machinery and Intelligence. *Mind*, v. 59, n. 236, p. 433-460, out. 1950.

UNIÃO EUROPEIA. *Orientações Éticas para uma IA de Confiança*. Disponível em: https://ec.europa.eu/newsroom/dae/document.cfm?doc_id=60435. Acesso em 14/05/2020.

UNIÃO EUROPEIA. *Uma definição de IA: Principais capacidades e disciplinas científicas*. Disponível em: https://ec.europa.eu/newsroom/dae/document.cfm?doc_id=60669. Acesso em 10/05/2020.

WOLKART, Erik Navarro. *Análise Econômica do Processo Civil: Como a economia, o direito e a psicologia podem vencer a tragédia da justiça*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.



Resumo: Com a necessidade de obter novos investimentos na infraestrutura ferroviária, bem como de atualizar os contratos de concessão do setor, a Lei nº 13.448/2017 criou mecanismo de prorrogação antecipada de contratos, por meio do qual os interessados poderiam garantir extensão do seu prazo contratual, em troca da realização de investimentos de interesse do governo. A lei teve a sua constitucionalidade questionada no STF, bem como sua compatibilidade com o interesse público. Recentemente, o TCU julgou a adequação da prorrogação antecipada da Malha Paulista, realizada nos moldes da Lei. O objetivo do presente trabalho é, à luz das considerações tecidas pelo TCU, analisar a constitucionalidade da lei, bem como sua compatibilidade com o interesse público.

¹ O presente trabalho foi originalmente elaborado como requisito para a conclusão da disciplina Direito e Economia da Regulação: Aplicações a Transportes e Finanças, ministrada pelos professores doutores Patrícia Sampaio e Armando Castelar no âmbito do Programa de Pós-Graduação em Direito da Fundação Getúlio Vargas do Rio de Janeiro, tendo sido debatido em sala de aula com os professores e os demais colegas. O autor é grato a todos pelas observações elaboradas ao longo destas discussões, que em muito enriqueceram o trabalho, em especial ao colega Luiz Carlos Penner.

Inserido ao protocolo 17.711.187-2 por: 3º SGT Osmar Lima de Faria Parana Vieira em: 04/06/2021 14:16. As assinaturas deste documento são de: 1º SGT A Katryne Priddy da Silva C do e não tem o B 03/2021 e a 7º SGT Ederleide; realizado https://www.e-proto.com.br/03/2021/4/validarAssinatura com o código: 6a30095610e9c0ef5cc877c0123ed21c.



concession agreements in exchange of new investments in infrastructure, through Law nº 13.448/2017. Said mechanism, however, was deemed unconstitutional and contrary to the general interest, in an injunction filed before the Supreme Court. Recently, Brazilian Court of Auditors has ruled on the adequacy of said mechanism. The present paper, in light of the considerations made by the Court of Auditors, is to analyze the constitutionality as well as the general interest involved in the mechanism created by the law.

Palavras-Chave: Ferrovias – Prorrogação Antecipada – Contratos de Concessão – Interesse Público

Keywords: Railways – Anticipated Prorogation – Concession Contracts – General Interest

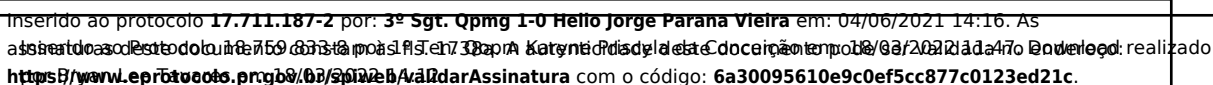
1. INTRODUÇÃO



Lei nº 13.448/2017 institui mecanismo de prorrogação antecipada das concessões ferroviárias. Os concessionários interessados em ampliar o prazo de duração de seus contratos poderão requerê-la ao Poder Concedente, desde que preencham os requisitos estabelecidos pela Lei, incluindo a realização de novos investimentos, de interesse do Governo, na expansão da malha ferroviária.

Foram suscitadas dúvidas acerca da constitucionalidade deste mecanismo, bem como de sua compatibilidade com o princípio da supremacia do interesse público, sendo ajuizadas duas ações diretas de inconstitucionalidade. Ainda assim, o TCU recentemente deu aval à prorrogação antecipada da Malha Paulista, sugerindo apenas ajustes ao procedimento.

Partindo da premissa de que o interesse público deve ser averiguado com base em resultados concretos, o presente





regulação estatal, para evitar abusos do poder de monopólio, que poderia gerar ineficiências econômicas ao longo da cadeia, bem como resultar em desrespeito aos direitos dos usuários do serviço.

As características típicas dos monopólios naturais, bem como as necessidades de altos investimentos em infraestrutura, fazem com que, em muitos países, a sua regulação ocorra de forma intestina. Há a assunção dos serviços prestados pelo Estado, seja diretamente ou através de empresas estatais que, desta forma, determinam as condições em que a infraestrutura será operada, bem como as tarifas que serão cobradas de seus usuários.

Foi este o caso do Brasil em que, até meados da década de 1990, os serviços de transporte e gestão de infraestrutura ferroviária foram prestados, diretamente, pela Rede Ferroviária Federal Sociedade Anônima – RFFSA⁴, estatal criada em 1954 a partir da estatização das ferrovias existentes e da integração de suas malhas, e pela Ferrovia Paulista Sociedade Anônima, criada em 1971 com a integralização da malha ferroviária de São Paulo. Este modelo, associado a uma preferência explícita do Estado por investimentos no transporte rodoviário, mostrou-se ineficaz, resultando na precarização da infraestrutura ferroviária brasileira.

Dada a importância deste modal – mais barato para longas distâncias e cargas mais pesadas⁵ – a precariedade da

ineficiente a construção de múltiplas redes de infraestrutura para possibilitar a competição.” PORTO, Antônio José Maristrello. Princípios de análise do direito e da economia. In. PINHEIRO, Armando Castelar *et alli* (org.) *Direito e Economia: Diálogos*. Rio de Janeiro. FGV Editora. 2019, 1ª edição, p. 42

⁴ A malha ferroviária paulista foi estatizada somente em 1971, com a criação da Ferrovia Paulista Sociedade Anônima, a FEPASA, criada através da integralização de todas as ferrovias operantes naquele estado. Sobre o desenvolvimento histórico do setor, cf. SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro e DAYCHUM, Mariam Tchepurnaya. *Regulação e Concorrência no Setor Ferroviário*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2017, pp. 1-47.

⁵ “Quanto aos modais terrestres ferroviário e rodoviário, há situações em que a concorrência entre esses dois modos não se mostra economicamente eficiente, em virtude

infraestrutura converteu-se em um gargalo para as exportações brasileiras, tornando o transporte de bens e *commodities* para os portos mais oneroso para os exportadores.⁶

Visando ampliar os investimentos em infraestrutura no setor, o governo federal promoveu a separação horizontal da malha ferroviária da RFFSA, adotando um critério de segregação geográfica de sua malha, seguida pela concessão de sua exploração à iniciativa privada, em regime de integração vertical, sendo a mesma concessionária responsável tanto pela manutenção e gestão da infraestrutura quanto pela prestação do serviço de transporte ferroviário⁷. Além disso, também foi previsto o arrendamento, aos concessionários, dos bens utilizados para a prestação dos serviços concedidos.

Hoje, com as primeiras concessões já vigendo há quase duas décadas, verificam-se que os resultados almejados foram, em grande parte, atingidos e até mesmo superados. Nota-se uma redução nos números dos acidentes, um incremento nas velocidades médias de tráfego e na capacidade da carga, o que contribuiu para o aumento da participação do setor ferroviário no

da qualidade da carga e vocação do sistema que opera o serviço de transporte. Enquanto o modal ferroviário é mais eficiente no transporte de cargas de baixo valor agregado por longas distâncias, o modal rodoviário presta-se ao transporte de cargas de médio e alto valor agregado, por médias e curtas distâncias.” DAYCHOUM, Mariam Tchepurnaya. A concorrência intermodal no transporte terrestre decargas no Brasil: uma análise histórica sob perspectiva da oferta ferroviária. In. ARAGÃO, Alexandre Santos de *et alli*. *Regulação e Infraestrutura*. Belo Horizonte. Editora Fórum. 2017. 1ª edição, p. 522

⁶ “Conforme esperado, os resultados sugerem que os custos de transporte têm um impacto significativo. Uma redução de 10% nos custos de transporte aumentaria o número de produtos exportados entre 4% e 7%, dependendo da variável escolhida para representar o custo de transporte do município”. MOREIRA, Mauricio Mesquita. O óbvio ignorado: custos internos de transporte e a geografia das exportações do Brasil. In. PINHEIRO, Armando Castelar e FRISCHTAK, Claudio (org.) *Gargalos e soluções na infraestrutura de transportes*. Rio de Janeiro. Editora FGV. 2014. 1ª ed. pg. 136.

⁷ SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro e DAYCHUM, Mariam Tchepurnaya. *Regulação e Concorrência no Setor Ferroviário*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2017, p. 43

transporte de cargas no Brasil⁸.

Ainda assim, restam muitos avanços a serem feitos no setor. A carência de investimentos em ampliação da malha ferroviária, por exemplo, ainda não foi suprida, tendo em vista que, ainda que o setor privado tenha ampliado a sua participação em investimentos no setor, estes forem direcionados, sobretudo, à recuperação e manutenção da malha já existente⁹. Em parte, isto se dá porque os contratos de concessão não contêm estímulos para que as concessionárias invistam na ampliação da malha ferroviária¹⁰.

A baixa velocidade média dos trens é outro fator limitador do uso do modal ferroviário. Segundo estimativa da Associação Nacional dos Transportadores Ferroviários (ANTF), citada em sua obra, a velocidade média dos trens nas ferrovias brasileiras varia entre 5km/h e 20km/h, quando poderia chegar a até 80km/h. Como fatores que contribuem para este problema, são apontados: (i) gargalos nos acessos aos portos; (ii) a existência de inúmeras passagens de nível; (iii) ocupação irregular das faixas de domínio; (iv) a existência de conflitos entre as malhas ferroviárias interestaduais ou intermunicipais com linhas urbanas, como ocorre, por exemplo, em São Paulo; e (vi) o trajeto

⁸ PINHEIRO, Armando Castelar. RIBEIRO, Leonardo Coelho. *Regulação das ferrovias*. Rio de Janeiro. Editora FGV, 2017. 1ª edição, p. 39.

⁹ Consoante asseveraram Armando Castelar Pinheiro e Leonardo Coelho Ribeiro, “embora o setor privado tenha se envolvido em algumas expansões da rede ferroviária, com um grande investimento em andamento no Nordeste, a maior parte dos recursos investidos pelas concessionárias privadas tem sido direcionada à reabilitação e modernização dos trilhos, trens e outros equipamentos.” PINHEIRO, Armando Castelar. RIBEIRO, Leonardo Coelho. *Regulação das ferrovias*. Rio de Janeiro. Editora FGV. 2017. 1ª edição, p. 41.

¹⁰Estas necessidades não foram contempladas porque, nas palavras de Carlos Alves da Silva Campos Neto, os contratos foram “feitos apressadamente e o governo federal teve mais interesse em elevar a arrecadação, ao fazer contratos com concessões onerosas (as concessionárias, além de investir e operar as malhas ferroviárias, pagam pelo direito de uso) do que estimular a eficiência econômica.” CAMPOS NETO, Carlos Alves da Silva. Setor ferroviário brasileiro. *Desafios do Desenvolvimento*. Brasília, ano 7, ed. 55, 2009. Disponível em shorturl.at/vwJNS, acessado em 05.01.2020.

curvilíneo das ferrovias¹¹.

Ficou constatada, portanto, a necessidade de se ampliarem os investimentos no setor, bem como a incapacidade do Estado, que passa por grave crise, de promovê-los por conta própria. Com isto em mente, e considerando também a necessidade de se atualizarem os contratos, buscando adequá-los às melhores técnicas regulatórias¹², no âmbito do Programa de Parcerias de Investimentos (PPI), criado pela Lei nº 13.334/2016, foi promulgada a Medida Provisória nº 752/2016 que, mais tarde, converter-se-ia na Lei nº 13.448/2017, que estabelece as diretrizes para as prorrogações das concessões rodoviárias, aeroportuárias e ferroviárias.

Nesse quadrante, com vistas à situar juridicamente a ferramenta prevista na Lei nº 13.448/2017, destaca-se que existem três tipos distintos de prorrogações de contratos de concessão: (i) as prorrogações por emergência; (ii) as por reequilíbrio; e (iii) as prorrogações por interesse público, que dividem-se em duas subespécies distintas: (a) as prorrogações comuns; e (b) as prorrogações antecipadas¹³.

As prorrogações por emergência estão previstas no art. 42, § 2º da Lei nº 8.987/95, e foram estendidas às concessões em caráter precário, na data de entrada da lei, desde que vencidas ou vigentes por prazo indeterminado, durando até que seja promovida nova licitação, com a ressalva de que seu prazo não será inferior a 24 meses.

Para compreender as prorrogações por reequilíbrio, por sua vez, é necessário antes fixar uma premissa: a de que os contratos de concessão possuem uma lógica futura. Isto porque

¹¹ PINHEIRO, Armando Castelar. RIBEIRO, Leonardo Coelho. *Regulação das ferrovias*. Rio de Janeiro. Editora FGV. 2017. 1ª edição, p. 40.

¹² MARQUES NETO, Floriano de Azevedo *et alli.* (org.) *Dinâmica da Regulação. Estudo de casos da jurisprudência brasileira: a convivência dos tribunais e órgãos de controle com agências reguladoras, autoridade da concorrência e livre iniciativa*. Belo Horizonte. Editora Fórum. 2019. 1ª edição, p. 108.

¹³ GUIMARÃES, Felipe Montenegro Viviani. *Prorrogação por Interesse Público das Concessões de Serviço Público*. São Paulo. Quartier Latin. 2018. 1ª ed. p. 46.



acarretam em vultuosos investimentos, que serão amortizados ao longo da exploração do serviço, mediante a cobrança de tarifa pelo uso. Assim, a recuperação do capital investido e o lucro da concessionária decorrerão do tempo de exploração do serviço. O prazo do contrato é fundamental para o cálculo do retorno previsto para o investimento, do valor de sua tarifa e outros fatores que lhe são essenciais, de modo que passa a integrar o seu equilíbrio econômico-financeiro¹⁴.

A manutenção do equilíbrio econômico-financeiras do contrato de concessão, por sua vez, é um direito do concessionário, entabulado nos arts. 37, XXI da CF e 9º, § 4º da Lei de Concessões. Assim, na ocorrência de evento exógeno que afete este equilíbrio, pode a parte pleitear, por meio de aditivos, o seu reequilíbrio¹⁵. Tendo em vista, conforme já assentado, que o prazo contratual integra a base econômica do contrato de concessão, tem-se que o pleito de reequilíbrio contratual pode ser atendido através de sua prorrogação.

As prorrogações por interesse público¹⁶, por sua vez, são aquelas que visam promover a sua adequada prestação. Elas são realizadas de acordo com a conveniência do Poder Público, desde que obedecidos parâmetros objetivos pré-fixados e

¹⁴ FREITAS, Rafael Vêras de. As prorrogações e a relicitação previstas na Lei no 13.448/2017: um novo regime jurídico de negociação para os contratos de longo prazo. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 15, n. 59, p. 175-199, jul./set. 2017.

¹⁵ “Contratos de concessão, por sua própria natureza, são celebrados em longo prazo e possuem execução diferida no tempo. Nesse quadrante, é comum que fatores exógenos interfiram em seu regular adimplemento. Nestes casos, a parte lesada possui o direito de pleitear o reequilíbrio contratual por meio da pactuação de termo aditivo.” GUERRA, Sérgio, com a colaboração de SANTOS, José Marinho Séves. *Mutação Regulatória e Equilíbrio Econômico-Financeiro. – Caso “ARTESP – TAM”*: Processo nº 1040986-29.2014.8.26.0053, TJSP. In. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo et alli. (org.) *Dinâmica da Regulação. Estudo de casos da jurisprudência brasileira: a convivência dos tribunais e órgãos de controle com agências reguladoras, autoridade da concorrência e livre iniciativa*. Belo Horizonte. Editora Fórum. 2019. 1ª edição, p. 178

¹⁶ GUIMARÃES, Felipe Montenegro Viviani. *Prorrogação por Interesse Público das Concessões de Serviço Público*. São Paulo. Quartier Latin. 2018. 1ª ed. p. 57.



previstas no contrato de concessão. Podem ser comuns, previstas em lei ou no próprio contrato, efetivando-se ao seu termo final, ou antecipadas.

Como o próprio nome indica, as últimas se dão antes do encerramento da vigência do contrato de concessão, antecipando seu fim e dando início a um novo prazo até seu encerramento. Entretanto, seu principal diferencial em relação as prorrogações por interesse público comuns não é este, mas sim o fato de que elas sempre possuem como objetivo possibilitar ao Poder Concedente que antecipe a obtenção de benefícios que, de outro modo, somente se dariam ao final da concessão¹⁷.

Trata-se de medida que, naturalmente, exige uma ponderação da parte do Poder Concedente, na medida em que lhe impõe um custo de oportunidade¹⁸, qual seja o de não poder empreender uma nova licitação para o serviço concedido¹⁹. Assim é que as condições em que a prorrogação se dará deverão ser

¹⁷ Para Felipe Montenegro Viviani Guimarães, destacam-se, como exemplos de vantagens que podem ser auferidas pelo Poder Concedente, sem excluir outras possibilidades: "(i) auferir receitas públicas com o pagamento pela prorrogação da outorga; (ii) reduzir o valor da tarifa proporcionalmente aos níveis de investimentos em bens reversíveis já amortizados; (iii) promover novos investimentos na concessão; (iv) adequar os contratos de concessão ao ordenamento jurídico em vigor; e/ou (v) solucionar grandes conflitos administrativos setoriais. GUIMARÃES, Felipe Montenegro Viviani. *Prorrogação por Interesse Público das Concessões de Serviço Público*. São Paulo. Quartier Latin. 2018. 1ª ed. p. 57.p. 62-63.

¹⁸ Cooter e Ullen definem o conceito de custo de oportunidade da seguinte maneira: "*We have been implicitly using one of the most fundamental concepts in microeconomics: opportunity cost. This term refers to the economic cost of an alternative that has been foregone (...) When maximizing utility, the consumer must consider the opportunities given up by choosing one bundle of consumer goods rather than another; when maximizing profits, the firm must consider the opportunities foregone by committing its resources to the production of widgets rather than to something else.*" COOTER, Robert e ULLEN, Thomas. *Law and Economics*. Berkeley. Berkeley Law Books. 6ª edição, 2016. p. 30.

¹⁹ "Claramente, a decisão de prorrogação do prazo de um contrato de infraestrutura duradouro tem o efeito de postergar a concretização do valor concorrência, impondo ao gestor o dever de demonstrar que está amparado em razões de interesse público que justifiquem, à luz das especificidades da situação concreta, alongar o prazo inicialmente ajustado". GARCIA, Flávio Amaral. *Concessões, Parcerias e Regulação*. São Paulo. Malheiros. , 2019, 1ª ed. pp. 227-228.



Para as prorrogações antecipadas das concessões ferroviárias, a Lei nº 13.448/2017 estabelecido os seguintes requisitos: (i) previsão no instrumento contratual; (ii) inexistência de prorrogação anterior; (iii) inclusão de novos investimentos, não previstos no contrato original; (iv) vigência do contrato por, no mínimo, 50% e, no máximo, 90% de seu prazo; (v) prestação de serviço adequado pela concessionária, que será auferido pelo atingimento das metas de segurança e produção por, no mínimo, três no período de cinco anos antecedentes ao pedido de prorrogação antecipada, ou do cumprimento das metas de segurança no período de quatro anos antecedentes ao pedido de prorrogação antecipada.

No mais, seu art. 7º prescreve que o termo aditivo de prorrogação deverá conter cronograma de investimentos, bem como mecanismos que dissuadam a concessionária de incorrer em seu descumprimento. Igualmente, foi imposto ao Poder Concedente, através do art. 8º da Lei nº 13.448/2017, o ônus de justificar a sua escolha, por meio da apresentação de estudos técnicos que comprovem ser esta a melhor opção disponível.

No mais, como destaque, foi previsto, em seu art. 25, § 3º, a extinção dos contratos de arrendamentos firmados para a utilização dos bens vinculados à concessão, preservando-se as obrigações financeiras, pagas e a pagar, dos contratos extintos. Também foi determinada a transferência dos bens operacionais e não operacionais arrendados ao concessionário, facultando-se a possibilidade de alienação terceiros. Observa-se, por fim, que o art. 25, § 3º da Lei determinou que, ao cabo do contrato, tais bens serão revertidos à União.

O referido dispositivo foi recentemente regulamentado pelo Decreto nº 10.161/2019, de cujo teor destacamos os pontos a seguir. Em primeiro lugar, nos termos do art. 2º, §1º, entende-se que a extinção dos arrendamentos se dará de forma



independente da prorrogação dos contratos, de modo que poderá ser concluída apenas após a assinatura do termo aditivo pertinente.

A transferência dos bens móveis, por sua vez, nos termos do art. 3º do Decreto, se dará de forma gratuita, sujeita à reversão ao acervo de bens da União de outros com equivalente capacidade nominal de carga e tração, em termos a serem regulamentados pela ANTT. Trata-se de inovação bem vinda, tendo em vista que ao concessionário caberá gerir os bens móveis e transferidos, nos termos do art. 3º, §5º do Decreto.

O art. 5º assegura que as obrigações financeiras, pagas e a pagar, serão mantidas no termo aditivo a ser celebrado, ao passo que seu art. 6º, em linha com o que já havia sido definido pela Lei nº 13.448/2017, faculta a conversão, em investimentos, de eventuais valores devidos pelo concessionário em função dos arrendamentos dos bens móveis e imóveis por ele utilizados.

Por fim, permite a disposição ou alienação, pelo concessionário, dos ativos inservíveis, que são entendidos, nos termos do art. 7º, §1º, como “vagões, locomotivas, equipamentos de via, equipamentos de oficina ou veículos rodoviários que estejam fora de operação por danos, avarias ou obsolescência e cuja recuperação ou utilização operacional seja inviável”²⁰. Esta alienação, contudo, ficou sujeita a parâmetros que ainda serão determinados pelo Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes (DNIT).

²⁰ Trata-se de medida que, em boa hora, veio solucionar um problema que atormentava as concessionárias, qual seja: a existência de uma série de bens inutilizados que acumulavam-se em depósitos. Isto por que as normas anteriormente vigentes eram silentes acerca de sua destinação o que, por um lado, inibia as concessionárias de tomarem uma posição para solucionar a questão e, por outro, gerava incentivos para que o Poder Concedente permanecesse inerte. Como asseveram Pinheiro e Ribeiro, tal situação resultou na formação de verdadeiros “cemitérios logísticos com milhares de trens em deterioração avançada, dificultando a integração das cidades, gerando problemas ambientais, propiciando a proliferação de doenças, o comércio e uso de drogas ilegais e a prática de atos criminosos nestes locais.” PINHEIRO, Armando Castelar. RIBEIRO, Leonardo Coelho. *Regulação das ferrovias*. Rio de Janeiro. Editora FGV. 2017. 1ª edição, p. 142.



Embora seja considerada, do ponto de vista estratégico, como de grande importância, por promover a captação de investimentos em um setor chave da infraestrutura de transportes do país, a recepção à Lei nº 13.448/2017 e, em especial, aos dispositivos que regem a prorrogação antecipada das concessões ferroviárias, não foi vista com bons olhos por todos os agentes do setor. Com efeito, contra estas medidas foram movidas duas ações de diretas inconstitucionalidade, que serão objeto de análise do próximo tópico. No bojo destes processos, também se questionou o atendimento do interesse público pelas medidas nelas prescritas, tema que será discutido no último tópico deste trabalho.

3. DEBATES SOBRE A INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI Nº 13.448/2017

A primeira das ações acima mencionada foi a ADI nº 5.684/DF, movida ainda contra a MP nº 752/2016, pela Associação Nacional Frente pela volta das Ferrovias (FERRO-FRENTE). A ação, entretanto, foi objeto de decisão monocrática do seu relator, o Ministro Dias Toffoli, decidindo pelo não conhecimento, em função da ilegitimidade da FERROFRENTE para figurar no polo ativo da lide. Contra esta decisão foram opostos embargos de declaração, que, até o momento da elaboração deste trabalho, encontravam-se conclusos ao relator.

Com fundamentos semelhantes, foi proposta pela Procuradoria Geral da República, então comandada por Raquel Dodge, a ADI nº 5.991/DF, distribuída para a relatoria da Ministra Carmen Lúcia. O pedido de decisão liminar, formulado na inicial, foi negado pelo STF, como se verá adiante.

Cotejando-se ambas as ações, verifica-se que os principais questionamentos foram apontados acerca dos arts. 4º, inciso II, 5º e 6º, §§ 1º e 2º, por ofensa à regra da licitação, sob o fundamento de que a prorrogação antecipada dos contratos seria



favorável às concessionárias sem o correspondente benefício ao interesse público, bem como estaria gerando uma ampliação indevida do objeto licitada; art. 6º, §2º, inciso II, porquanto possibilitaria a prorrogação de contratos sem exigir o cumprimento das metas de produção e de segurança em todo o período contratual; e art. 25, §§3º a 6º, que autorizaria a extinção de contratos de arrendamento dos bens vinculados aos contratos originais de concessão, com transferência dos bens aos contratados sem licitação e sem autorização legislativa.

A regra da licitação é prevista no art. 37, XXI, da Constituição, o qual prescreve que toda contratação pública será precedida de licitação. Argumenta-se pela inconstitucionalidade dos dispositivos, tendo em vista que: (i) violariam o dever de licitar; (ii) implicariam em alteração do objeto concedido; e (iii) transfeririam ao concessionário investimentos em malhas distintas da concedida que, em sua origem, seriam de atribuição do Poder Público.

A licitação é ferramenta que tem, como objetivo, precisamente oportunizar a ampla concorrência pela prestação do serviço, de modo a garantir que a Administração Pública escolha a sempre a melhor proposta a garantir os seus interesses²¹. O que equivale a dizer que ela é um meio que a Administração Pública possui para efetivar a contratação e não um fim em si mesma, de modo que não se deve licitar apenas por estar prescrito no texto constitucional, mas sim por se tratar da forma mais eficiente de se atingir a finalidade proposta pelo administrador²².

Trata-se de questão a ser observada por que a licitação não é isenta de custos e, se elaborada já na presença de solução mais eficiente e prevista em lei, pode gerar um gasto desnecessário ao Poder Público. No caso em comento, tratar o instituto

²¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo. Editora Atlas S.A. 2014, 2ª edição, pp. 372 e seguintes.

²² MOREIRA, Egon Bockmann; MENDES, Renato Geraldo. A licitação nem sempre produz a melhor contratação. *Revista Zênite – Informativo de Licitações e Contratos (ILC)*, Curitiba: Zênite, n. 247, p. 841-842, set. 2014. Grifo no original.



como fim e não como meio poderia vir a retardar investimentos em um setor importante da economia, bem como a atualização dos contratos de concessão de acordo com as melhores prescrições regulatórias.

Não é por outro motivo, portanto, que a Constituição prevê expressamente uma ressalva ao dever de licitar, a qual deve ser prevista especificamente na legislação infraconstitucional. Assim, a previsão, constante dos arts. 4º, inciso II, 5º e 6º, §§1º e 2º Lei nº 13.448/2017, de prorrogação antecipada das concessões ferroviárias não ofende o dispositivo constitucional em comento.

A constitucionalidade dos dispositivos questionados é corroborada também pelo fato de que a Lei não dá, ao Poder Concedente, uma carta em branco para prorrogar antecipadamente as concessões. Através de seu art. 8º, ela impõe a obrigação de se fundamentar a escolha pela prorrogação antecipada de modo que somente se for cabalmente comprovada ser esta a melhor alternativa é que poderá ser prorrogado o prazo contratual.

Nesse quadrante, também descabe a alegação de que haveria violação à referida norma constitucional por alteração do objeto do contrato de concessão. Isto porque, conforme já dito acima, tais contratos são firmados por longo prazo. Assim, a sua mutabilidade, entabulada na própria Lei de Concessões em seu art. 23, V, é entendida como uma ferramenta para garantir sua maleabilidade ante fatores imprevistos que possam ocorrer no decurso de seu cumprimento, bem como uma garantia de manutenção da eficiência e da prestação de um serviço adequado a longo prazo.²³

²³ Como muito bem definiu Egon Bockmann Moreira, “a única coisa imutável é a certeza da mudança”. Para o autor, “o projeto concessionário deve ser concebido como algo que resista ao tempo – e sua perenidade depende em muito da respectiva mutabilidade. (...) seria um contrassenso, atentatório à eficiência administrativa, pretender estancá-los e, assim, impedir que o contrato de concessão acompanhe a evolução da vida.” MOREIRA, Egon Bockmann. *Direito das Concessões de Serviço Público. Inteligência da Lei 8.987/1995 (Parte Geral)*. São Paulo. Malheiros. 2010. 1ª ed. p. 43.



O objeto contratual figura como limite à estas modificações apenas na medida em que sua desnaturação é vedada – ou seja, devem manter-se as suas condições essenciais, compreendidas como aquelas que, nas palavras de Marçal Justen Filho²⁴, “delimitaram o universo dos licitantes e refletiram a escolha por uma certa concepção inconfundível dentre várias possíveis para a implantação do serviço público”.

O objeto do contrato, por sua vez, está ligado precisamente às suas proposições nucleares, consubstanciadas nas definições do serviço concedido à iniciativa privada. Logo, como a Lei nº 13.448/2017 propõe mudanças pontuais, com o objetivo de, sobretudo, atualizar a matriz contratual, ampliar seu prazo e promover investimentos de interesse do Poder Público, mantendo incólumes as cláusulas essenciais dos contratos de concessão por ela regidos, não se vislumbra alteração do objeto concedido na hipótese.

Quanto à transferência de investimentos do Poder Público para as concessionárias, esta não se dá em violação à Constituição uma vez que é insita à própria ideia de concessão. Com efeito, todas as concessões configuram-se a partir da transferência de atribuição típica do Poder Público a ente privado, o qual se torna titular do direito subjetivo de explorar a atividade delegada²⁵.

A constitucionalidade do art. 6º, §2º, inciso II, foi posta em xeque uma vez que possibilitaria a prorrogação de contratos sem exigir o cumprimento das metas de produção e de segurança em todo o período contratual, foi questionada por pretensa violação ao princípio da prestação adequada do serviço, consignada no art. 175, §1º, IV, da Constituição.

Isto porque abrandariam os parâmetros contratualmente

²⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria Geral das Concessões de Serviço Público*. São Paulo, Dialética, 2004, 1ª edição, p. 445.

²⁵ Cf. MOREIRA, Egon Bockmann. *Direito das Concessões de Serviço Público. Inteligência da Lei 8.987/1995 (Parte Geral)*. São Paulo. Malheiros. 2010. 1ª ed. p. 23 e seguintes.



delimitados para se auferir a qualidade do serviço, em prol do privilégio de interesses privados das concessionárias, que permaneceriam auferindo os lucros decorrentes da exploração do serviço concedido sem que, entretanto, houvesse um retorno para os usuários.

Não se coaduna, aqui, com tal entendimento, tendo em vista que, em primeiro lugar, os parâmetros fixados em lei estão de acordo com aqueles previstos nos contratos de concessão. No mais, ainda que assim não fosse, trata-se de postura assumida pelo Poder Público que está de acordo com a busca pela consensualidade entre administração e administrados, uma importante baliza para a atuação do administrador público – que será melhor explorada no próximo tópico.

No tocante às violações ao *caput* do art. 37 da Constituição, salienta-se que, ao passo que a compatibilidade da Lei nº 13.448/2017 com o interesse público será debatida apenas ao final deste trabalho, cabe tecer as seguintes considerações acerca das pretensas violações aos princípios da eficiência e da impessoalidade.

Em primeiro lugar, destaca-se que, com relação ao princípio da eficiência, concretizados os objetivos vislumbrados pelo legislador, se estará caminhando em direção ao seu cumprimento, já que a prorrogação antecipada das concessões ferroviárias tem justamente o desiderato de promover, em menor prazo do que seria possível de outras formas, investimentos significativos em um setor de infraestrutura essencial para o país.

Quanto ao princípio da impessoalidade, destaca-se: como a lei é composta por preceitos genéricos e, portanto, não direcionados a nenhuma concessionária ou pessoa específica, impossível falar-se em violação ao princípio da impessoalidade, que pugna precisamente por uma atuação isenta e distante da parte da Administração Pública.

Quanto à constitucionalidade da disciplina prevista para o arrendamento de bens, foi ponderado que, por não ser feito o



inventário dos bens antes da celebração dos aditivos, haveria uma “dilapidação do patrimônio público”, o que ensejaria violação ao princípio da moralidade.

Não se está, entretanto, diante de uma negociação entre particulares. Entende-se, neste trabalho, haver um caráter funcional dos bens públicos²⁶, os quais receberam este *status* ao estarem, por exemplo, afetados à prestação de serviço público, caso dos bens objeto dos dispositivos em comento. Assim, tem-se que, com o decurso do prazo contratual, os bens retornarão ao patrimônio da União. Não se está, portanto, diante de hipótese de dilapidação do patrimônio público.

Trata-se de assertiva que encontra guarida no Decreto nº 10.161/2019, que disciplinou o regime jurídico dos bens arrendados estabelecido pelo legislador. Com efeito, consoante já exposto, há previsão expressa de reversão dos bens arrendados. Por todos os prismas que se examina esta matéria, portanto, não se vislumbra o vício de inconstitucionalidade alegado.

Por fim, destaca-se que o art. 175, §1º, I, da Constituição prevê, expressamente, a possibilidade de prorrogação dos contratos de concessão. No mais, aduzindo a classificação de José Afonso da Silva²⁷, trata-se de norma: diretiva, uma vez que impõe obrigação de regulamentá-la, direcionada ao legislador; integrativa, pois não prescinde da lei posterior que a regulamente; e de eficácia limitada, por que sua eficácia plena somente será alcançada quando publicada lei que a regulamenta.

O legislador não age contra o texto constitucional ao disciplinar as hipóteses de prorrogação antecipada das concessões ferroviárias. Ao revés, age exatamente de acordo com as determinações prescritas no art. 175, §1º, I, dotando-o de plena eficácia. Seus dispositivos dão vida à prescrição constitucional,

²⁶ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Regime jurídico e utilização dos bens públicos. In. DALLARI, Adilson Abreu *et al* (org.). *Tratado de Direito Administrativo: Volume 2*. São Paulo. Editora Saraiva. 2013. 1ª edição, p. 401

²⁷ Cf. SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. São Paulo. Malheiros. 2010 8ª edição..



amoldando-a ao que consideram ser de interesse público.

Embora ainda não tenha se manifestado, em definitivo, acerca da constitucionalidade da Lei, o STF deu uma indicação de que se posicionará de forma favorável ao negar o provimento de liminar pedida na ADI nº 5991. O Ministro Gilmar Mendes, em seu voto, sumariza bem a questão.

Mendes destaca que, quanto à exigência de licitação prévia e ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório, o legislador teve o cuidado de somente autorizar a prorrogação antecipada nos casos em que haja autorização no edital e no contrato, de modo que não foram violados os referidos princípios.

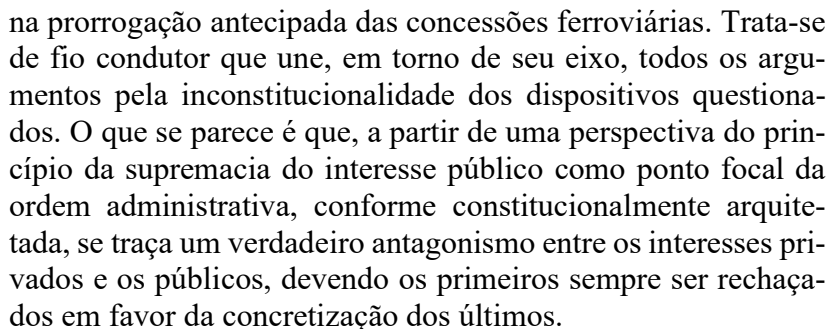
Além disso, deixou para o administrador decidir, discricionariamente, sobre a conveniência da prorrogação. Para garantir que esta se dará dentro das lindes constitucionais, dotou a lei de mecanismos de averiguação, de modo a garantir a vantajosidade da proposta, respeitando, assim, os preceitos do art. 37 da Constituição.

Por fim, destacou também que: (i) a transferência de bens, prevista na lei, não se dará de forma gratuita aos particulares, tendo em vista que seus valores serão considerados ao se auferir o equilíbrio econômico-financeiro do contrato, além de ser estabelecida a sua reversividade; e (ii) que a transferência de investimentos também não violaria a constituição.

Tendo concluído a análise acerca da constitucionalidade da lei, passa-se agora a interpretar seus efeitos à luz do interesse público, tomando como base as ponderações feitas pelo Tribunal de Contas da União (TCU) quando do julgamento da adequação da prorrogação antecipada da concessão da Malha Paulista.

4. INTERESSE PÚBLICO NA PRORROGAÇÃO ANTECIPADA DE CONCESSÕES FERROVIÁRIAS

Conforme estipulado inicialmente, adentra-se agora em outra importante discussão, que é a do interesse público presente



Duas coisas parecem estar, portanto, em jogo nesta discussão: em primeiro lugar, a conceituação do interesse público enquanto princípio constitucional no ordenamento jurídico brasileiro e, em segundo, se as prorrogações antecipadas das concessões ferroviárias o atendem. Isto porque, em desfavor da Lei 13.488/2017, parece se pugnar a aplicação abstrata deste princípio, em compasso com a doutrina mais tradicional acerca do instituto, ao passo que, em acepções contemporâneas, às quais aderimos, tem prevalecido a ideia de que o interesse público não se sobrepõe *per se* ao particular e tampouco lhe é antagônico. Pelo contrário, sustenta-se que a convergência entre ambos pode trazer resultados mais eficazes para toda a coletividade e que o atendimento ao interesse público deve ser auferido concretamente.

Nesse quadrante, recorre-se à classificação entabulada por José Guilherme Giacomuzzi²⁸, para quem o primeiro grupo corresponde aos chamados “clássicos”, ao passo que no segundo encontram-se os doutrinadores identificados como “críticos”. Ao primeiro grupo, ligam-se argumentos que, embora permitam variantes, possuem como ponto nodal a ideia de que o interesse público, equivalente ao bem comum, é o único espelho capaz de capturar o interesse geral e deve permanecer como fundamento

²⁸ GIACOMUZZI, José Guilherme. Uma Breve Genealogia do Interesse Público. In: *O Direito Administrativo na Atualidade: Estudos em homenagem ao centenário de Hely Lopes Meirelles* (1917-2017). Org. WALD, Arnaldo *et alli*. São Paulo. Malheiros. 2017. 1ª edição, p. 636.



máximo do direito administrativo, sob pena de vê-lo sucumbir aos interesses privados.

Ao segundo, ligam-se argumentos no sentido de que o conceito de interesse público seria inoperacionalizável e, portanto, insuficiente como baliza para guiar a Administração Pública, incorrendo o risco de justificar uma série de posturas arbitrárias de sua parte, posto que a esta cabe definir o interesse público.

Giacomuzzi liga a esta dicotomia doutrinária uma outra, filosófica, que divide moralistas e realistas²⁹. No que tange, especificamente, ao interesse público, a distinção entre estas duas matrizes consubstancia-se em duas vertentes filosóficas: uma rousseauiana, lastreada no conceito filosófico da *volonte générale* (vontade geral), que é oposta por outra, utilitarista, fundamentada na filosofia de Jeremy Bentham³⁰.

Pelo lado rousseauiniano, Giacomuzzi³¹. assevera que a vontade geral, que define o interesse público, é composta pelos seguintes eixos: (i) um ideal de justiça universal, porque estaria presente em todos os lugares, acessível pela própria consciência humana e imune às convenções da sociedade, e eterna, porque invariável com o tempo; (ii) bondade, que teria lugar em oposição a uma ordem calcada no amor próprio; e (iii) a igualdade, de

²⁹ “Vistas as coisas cruamente, a verdadeira disputa sobre a concepção de Direito dá-se entre os que partem de uma teoria sobre como as coisas *devem moralmente ser* e aqueles que partem de uma teoria sobre como as coisas *devem ser na realidade*.” GIACOMUZZI, José Guilherme. Uma Breve Genealogia do Interesse Público. In. *O Direito Administrativo na Atualidade: Estudos em homenagem ao centenário de Hely Lopes Meirelles* (1917-2017). Org. WALD, Arnoldo *et alli*. São Paulo. Malheiros. 2017. 1ª edição.p. 636. (grifo no original).

³⁰ GIACOMUZZI, José Guilherme. Uma Breve Genealogia do Interesse Público. In: *O Direito Administrativo na Atualidade: Estudos em homenagem ao centenário de Hely Lopes Meirelles* (1917-2017). Org. WALD, Arnaldo *et alli*. São Paulo. Malheiros. 2017. 1ª edição, pp. 641-642.

³¹ GIACOMUZZI, José Guilherme. Uma Breve Genealogia do Interesse Público. In: *O Direito Administrativo na Atualidade: Estudos em homenagem ao centenário de Hely Lopes Meirelles* (1917-2017). Org. WALD, Arnaldo *et alli*. São Paulo. Malheiros. 2017. 1ª edição, pp. 651-653.



No polo oposto encontra-se o viés utilitarista do interesse público, com forte influência das ideias do filósofo inglês Jeremy Bentham. Pela ótica de Giacomuzzi³⁴, trata-se de

³⁴ GIACOMUZZI, José Guilherme. Uma Breve Genealogia do Interesse Público. In: *O Direito Administrativo na Atualidade: Estudos em homenagem ao centenário de*



pensamento baseado na premissa de que o Direito não decorre de um ideal de justiça, mas sim de uma necessidade prática de os indivíduos a vida em sociedade. A legitimidade das normas decorreria da capacidade de articulação dos indivíduos para a sua formação. Trata-se de concepção pragmática e que não prescinde de um exame fático. É um Direito que se enxerga através das lentes da realidade, aberto aos influxos recebidos de interesses considerados privados.

Dentro das concepções de interesse público, o viés utilitarista está presente nas escolas “críticas”, que possuem, no Direito Administrativo brasileiro, como um de seus formuladores iniciais, Humberto Bergmann Ávila³⁵, quem já asseverou que interesse público e privado “estão de tal forma instituídos pela Constituição brasileira que não podem ser separadamente descritos na análise da atividade estatal e de seus fins. Elementos privados estão incluídos nos próprios fins do Estado (p. ex. preâmbulo e direitos fundamentais)”.

Gustavo Binenbojm³⁶ refuta expressamente a supremacia do interesse público. Em sua concepção, ambas os lados da dicotomia seriam incompatíveis com uma ordem democrática constitucional. A primeira por pender ao autoritarismo e a segunda por ser incompatível com os direitos fundamentais outorgados pela constituição.

Ao revés, deve compreender que, embora parte do ordenamento jurídico brasileiro, o interesse público comporta “uma

Hely Lopes Meirelles (1917-2017). Org. WALD, Arnaldo *et alli*. São Paulo. Malheiros. 2017. 1ª edição, pp. 654-656.

³⁵ ÁVILA, Humberto Bergmann. Repensando o Princípio da supremacia do interesse público sobre o particular. In *O Direito Público em Tempos de Crise – Estudos em Homenagem a Ruy Ruben Ruschel*, Porto Alegre. Livraria do Advogado Editora. 1999, 1ª ed. p. 111. Apud. GIACOMUZZI, José Guilherme. Uma Breve Genealogia do Interesse Público. In. *O Direito Administrativo na Atualidade: Estudos em homenagem ao centenário de Hely Lopes Meirelles* (1917-2017). Org. WALD, Arnaldo *et alli*. São Paulo. Malheiros. 2017. 1ª edição

³⁶ BINENBOJM, Gustavo. *Uma Teoria do Direito Administrativo: Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização*. Rio de Janeiro. Renovar. 2014. 3ª ed. pp. 83-130.



imbricação entre interesses difusos da coletividade e interesses individuais e particulares, *não se podendo estabelecer a prevalência teórica e antecipada de uns sobre os outros*”.

Nesse quadrante é que, para o autor, a supremacia do interesse público deixa de ser vista como um princípio constitucional e passa a ser entendida como uma ponderação entre interesses de naturezas distintas – privados e públicos. A sua metodologia passa a aproximar-se à da ponderação, típica do princípio da proporcionalidade, na qual devem ser analisadas: (i) a necessidade da medida ; (ii) a sua adequação, sobretudo em face de potenciais alternativas menos gravosas; e (iii) os benefícios auferidos, os quais deverão compensar os prejuízos causados³⁷.

Temos, assim, que embora a refute expressamente, em seus efeitos práticos a posição de Binjenbojm aproxima-se àquela de matriz utilitarista que, a nosso ver, parece ser a mais adequada às novas prescrições do Direito Administrativo brasileiro. Com a edição da Lei nº 13.655/2018, que inseriu dispositivos orientando a aplicação de normas de Direito Público na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), estabelecendo novas lindes à interpretação e aplicação do Direito Administrativo, verificam-se dispositivos que, expressamente, determinam que sejam adotadas ponderações consequencialistas na tomada de decisão (art. 20) e que seja buscada a concertação entre os interesses públicos e privados (art. 26).

Com relação ao artigo 20, Marçal Justen Filho³⁸ assevera que

“As projeções sobre os efeitos práticos da decisão devem ser incorporadas na motivação da decisão. A validade do ato depende da indicação não apenas dos dispositivos

³⁷ BINENBOJM, Gustavo. *Uma Teoria do Direito Administrativo: Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização*. Rio de Janeiro. Renovar. 2014. 3ª ed. p. 109.

³⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. Art. 20: Dever de concretude, transparência e proporcionalidade nas decisões públicas. *Revista de Direito Administrativo. Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655/2018)*. FGV Direito Rio Editora. out. 2018. p. 32.



constitucionais, legais ou regulamentares invocados como fundamento da decisão. Também é indispensável, sempre que existir um valor abstrato, indicar os efeitos práticos estimados e tornar evidente o processo de concretização dos valores.”

O Supremo Tribunal Federal (STF) nos autos da Pet 8.002 Ag/RS³⁹, de relatoria do Min. Luiz Fux, já asseverou, com base neste dispositivo, que o “Magistrado tem o dever de examinar as consequências imediatas e sistêmicas que o seu pronunciamento irá produzir na realidade social”.

Também o Tribunal de Contas da União⁴⁰, quando da análise do dispositivo em comento, decidiu que este tem o desiderato de vedar “o emprego exclusivo de argumentos retóricos ou principiológicos em decisões, quer dizer, a motivação não embasada também em análise prévia e detida dos fatos e de suas consequências práticas.”

A prescrição constante do referido artigo não é direcionada somente aos magistrados, mas deve ser observada em todas as instâncias decisórias da administração pública, seja ao decidir um processo administrativo, seja no momento da elaboração normativa. É o que se depreende do seu texto, direcionado expressamente às “esferas administrativa, controladora e judicial”.

No tocante ao art. 26, Sérgio Guerra e Juliana Bonacorsi de Palma⁴¹ preceituam que tal dispositivo consagrou uma cultura de consensualidade dentro da administração pública, prescrevendo um regime jurídico que autoriza o administrador público a promover negociações com particulares visando pôr fim a irregularidade, incerteza jurídica e situações contenciosas”.

³⁹ STF, Pet 8002 AgR, Min. Rel. LUIZ FUX, Primeira Turma, j. em 12/03/2019.

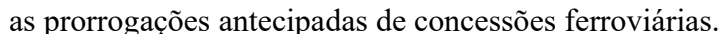
⁴⁰ TCU, Acórdão 2786/2019, Segunda Câmara, Rel. Min. Raimundo Carreiro, Sessão 23/04/2019 No mesmo sentido, conferir: TCU, Acórdão 3044/3019, Plenário, rel. Min. Walton Alencar Rodrigues, Sessão 10.12.2019; e TCU, Acórdão 2690/2019, Plenário, rel. Min. Ana Arraes, Sessão 6.11.2019.

⁴¹ GUERRA, Sérgio e PALMA, Juliana Bonacorsi de. Art. 26 da LINDB: novo regime jurídico de negociação com a Administração Pública. *Revista de Direito Administrativo. Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655/2018)*. FGV Direito Rio Editora. out. 2018. p. 138



Por isso, passa-se agora a analisar os aspectos mais importantes do acórdão TC 2.876/2019, de relatoria do Min. Augusto Nardes, que julgou a prorrogação da Malha Paulista, com vistas à delimitar quais os aspectos práticos mais importantes a serem considerados quando se analisa a compatibilidade da medida proposta com o interesse público. Nesta análise, o foco será, sobretudo, voltado para as ponderações referentes aos investimentos e à sua compatibilidade com o interesse público. A importância desta análise está no fato de que este racional poderá ser empregado para o julgamento de casos futuros envolvendo

⁴² STF. RE nº 253.885. Rel. Min. Ellen Gracie. Primeira Turma, j. 04.06.2002.



Dada a sua localização estratégica, é a malha que realiza a maior quantidade de transporte de granéis do país – com a possibilidade de aumentar ainda mais a sua participação nesta espécie de carga. O Governo Federal considerou importante a prorrogação antecipada da concessão por ser a única forma de antecipar investimentos necessários para resolver entraves críticos em sua infraestrutura, sobretudo nos conflitos urbanos existentes ao longo de seu curso e no aumento de sua capacidade de carga.

Nesse quadrante, o TCU destaca que a Malha Paulista possui velocidade de transporte abaixo da média nacional e que os conflitos urbanos contribuem para este fato⁴⁴ – que, conforme exposto no primeiro tópico deste trabalho, é um dos fatores que contribui para a redução da capacidade de carga de uma ferrovia. Assim, estes investimentos seriam uma forma de ampliar a eficiência e capacidade da malha, de extrema importância para o comércio brasileiro com o exterior, uma vez que realiza a maior quantidade de transporte de granéis no país.

Em termos práticos, o resultado se traduz nas projeções da ANTT, transcritas no relatório elaborado pela Secretária de Fiscalização de Infraestrutura Portuária e Ferroviária do TCU (SeinfraPortoFerrovia) ⁴⁵, para quem, sem a realização destes

⁴³ Cf. TCU. Acórdão 2.876/2019. Plenário. Relator Ministro Augusto Nardes. Julgamento em 27.11.2019.

⁴⁴ Cf. TCU. Acórdão 2.876/2019. Plenário. Relator Ministro Augusto Nardes. Julgamento em 27.11.2019.

⁴⁵ TCU. Acórdão 2.876/2019. Plenário. Relator Ministro Augusto Nardes. Julgamento em 27.11.2019.



investimentos a demanda ficará restrita a 30 bilhões de TKU (toneladas por quilômetro-útil) até o ano de 2029. Com a realização de investimentos imediatos, a demanda passaria a crescer já a partir de 2019, chegando a aproximadamente 44 bilhões de TKU em 2024 e estabilizando nesse valor até o final da concessão.

Ao formular as alternativas regulatórias necessárias disponíveis, a ANTT considerou, em seu relatório de Análise de Impacto Regulatório (AIR) quatro alternativas: (i) a manutenção do contrato com prorrogação somente ao final, em 2028, ou a realização de nova licitação, considerada o cenário base, ou o *baseline*; (ii) alteração do contrato vigente, promovendo o seu reequilíbrio econômico-financeiro através da extensão de seu prazo de duração; (iii) a prorrogação antecipada da concessão; e (iv) o encerramento antecipado do contrato de concessão. Em cada uma destas alternativas, a Agência listou impactos positivos e negativos em curto, médio e longo prazo.

A ANTT, então, promoveu a análise de cada um dos cenários com base no seu impacto, considerado como medidor de eficiência, e a efetividade, que foi considerada como a capacidade de atingir os fins desejados. O objetivo desta metodologia era auferir o cenário que conjugasse os maiores graus de eficiência e eficácia.

Afim de promover a devida comparação entre os efeitos projetados para cada um dos cenários, a ANTT dividiu os impactos entre positivos e negativos, cujo saldo final foi utilizado como a *proxy* para auferir a adequação de cada um destes. Por fim, ressalta-se que à magnitude de cada um foi atribuída um valor de 1 (baixa relevância) a 5 (alta relevância), que foi empregado como fator multiplicador de cada impacto avaliado para fins do cálculo do saldo final. O fator que melhor pontuou foi o considerado mais adequado.

O resultado final foi de que a prorrogação antecipada das concessões era o meio que melhor conjugava a eficácia com a eficiência, dando mais possibilidades de se alcançar os



resultados almejados pelo Poder Concedente. Embora a Seinfra-PortoFerrovia tenha questionado a metodologia⁴⁶, asseverou que, mesmo com sua correção, o resultado teria sido idêntico. A prorrogação antecipada da concessão para operação da infraestrutura da Malha Paulista é a medida mais eficiente para atingir às finalidades do Poder Concedente.

Com relação ao inventário de bens, o TCU expressou uma preocupação, em especial, com a possibilidade de risco moral⁴⁷, uma vez que este será feito pela própria concessionária que, além da assimetria de informações, possui também incentivos para elevar seus ganhos, sobretudo sabendo que a prorrogação do contrato já estará garantida. No mais, foi verificada a inclusão, de forma indevida, dos custos com benfeitorias, inclusive em bens de terceiros, os quais, por não comporem a base de bens da concessionária, não deveriam ter sido inventariados.

Após considerar os argumentos apresentados pela Rumo, concessionária que opera a Malha Paulista, de que tais benfeitorias teriam sido realizadas visando o aumento da capacidade da ferrovia, o relator considerou ser oportuno analisar “item a item,

⁴⁶ Dentre as fragilidades apontadas, destacamos: (i) ausência de comprovação da prestação adequada de serviços, tendo em vista que do próprio relatório constam informações de que a velocidade de tráfego na malha paulista está abaixo da média nacional; (ii) a situação dos trechos abandonados, que correspondem a 42% da malha; (iii) a existência de passivo judicial e administrativo a ser sanado, bem como de processos administrativos no Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), cujas informações disponíveis estavam desatualizadas; (iv) descon sideração ou inserção duplicada de alguns dos efeitos que se verificam no cenário base; e (v) ausência de avaliação sobre a capacidade do contratado de garantir a continuidade e prestação adequada dos serviços.

⁴⁷ “O termo ‘risco moral’ designa situações nas quais a conduta de um dos agentes envolvidos numa relação econômica não pode ser verificada pela outra parte, e é fundamental para a consecução eficiente do negócio. Se o comportamento de um dos participantes, que chamaremos de agente, é relevante (por sua conduta potencialmente importar em custos para a outra parte, chamada de principal, e em ganhos de desvio para si), existirão incentivos para que o agente quebre com o estipulado. A relação provavelmente não se aperfeiçoará da forma contratualmente disposta.” PORTO, Antônio José Maristrello. Princípios de análise do direito e da economia. In. PINHEIRO, Armando Castelar *et alli* (org.) *Direito e Economia: Diálogos*. Rio de Janeiro. FGV Editora. 2019, 1ª edição, p. 43.



em função do tipo de benfeitoria efetivamente realizada, em relação à sua essencialidade para continuidade da prestação do serviço⁴⁸”.

Com relação ao risco moral, por sua vez, considerou-se que este poderia ser mitigado caso passe a ser prevista, no contrato, a glosa integral da base de ativos na hipótese de o inventário não ser tempestivamente concluído, com o respectivo recálculo da base econômico-financeira do contrato. Assim, no entender do TCU, aumentaria o interesse da concessionária na realização do inventário, de modo que o risco moral restaria mitigado.

Quanto aos investimentos, seguindo a ordem de análise empregada pelo TCU, trataremos primeiramente dos investimentos na resolução dos conflitos urbanos e, após, trataremos dos demais investimentos previstos no contrato.

Foram identificadas as seguintes impropriedades nas cláusulas prevendo a realização dos primeiros: (i) ausência de caracterização em relação ao objeto específico de cada intervenção destinada conflito urbano; (ii) ausência de cronograma de investimentos, havendo somente estipulação de um prazo limite para a entrega das obras, fixado em dez anos, bem como a previsão de acréscimo do saldo dos investimentos ao valor da outorga caso eles não sejam realizados ao cabo deste prazo; (iii) elevado risco de atraso na entrega das obras necessárias; (iv) inexistência de garantia incidindo sobre os investimentos a serem realizados para sanar os conflitos urbanos, incidindo esta somente sobre os investimentos com prazo determinado. Assim, a possibilidade de inadimplemento contratual, consubstanciado através da não realização dos investimentos sob comento, foi considerada elevada.

Assim, em respeito aos artigos 104, inciso III do Código Civil e 7º da Lei nº 13.448/2016, bem como levando em

⁴⁸ TCU. Acórdão 2.876/2019. Plenário. Relator Ministro Augusto Nardes. Julgamento em 27.11.2019.



consideração os possíveis prejuízos a serem causados ao poder concedente e às cidades afetadas, que não teriam base contratual para cobrar a realização das obras necessárias em caso de inadimplemento, decidiu o TCU de que a previsão dos investimentos para sanar os conflitos urbanos somente seria lícita mediante a inequívoca definição destes investimentos.

No mais, foi suscitado pelo MP/TCU que os investimentos para a solução de conflitos urbanos já estariam inclusos nas obrigações assumidas pela concessionária quando da celebração do contrato. Quanto a este ponto, foi considerado que: (i) o Decreto 1.823/1996, que aprovou o Regulamento do Transporte Ferroviário, em seu art. 10º, estabelece a obrigação de investimentos, nesta hipótese, para a concessionária nas áreas urbanas já existentes quando da celebração do contrato, o que não se verifica no caso da Malha Paulista, localizada em região que experimentou grande crescimento econômico nas últimas décadas; e (ii) que a resolução dos conflitos urbanos integra o Programa Nacional de Segurança Ferroviária em Áreas Urbanas – PROSEFER, de modo que se trata de política pública federal e, portanto, não constituiria, *a priori*, obrigação da concessionária.

Por fim, quanto a punição, foi recomendada a inclusão de cláusula prevendo a redução do prazo da concessão em tempo proporcional ao montante dos investimentos não realizado. Também foi determinada a elaboração de mecanismo de garantia contratual, o qual deveria incidir sobre todos os investimentos previstos⁴⁹.

No tocante aos demais investimentos, foram propostas, dentre outras adequações: inserção de metas de acréscimo na velocidade média, com vistas a aumentar a baixa velocidade dos trens na Malha Paulista; e inclusão de limitação à idade das composições que nelas trafegam, com vistas a combater a defasagem tecnológica.

⁴⁹ TCU. Acórdão 2.876/2019. Plenário. Relator Ministro Augusto Nardes. Julgamento em 27.11.2019.



Foi solicitada, também, a inserção de cláusula determinando, explicitamente, que investimentos adicionais não se refeririam aos conflitos urbanos e expansão da malha ferroviária, para evitar eventual pedido de reequilíbrio econômico-financeiro do contrato com base em investimentos desta categoria, os quais constituem precisamente o motivo pelo qual a concessão fora antecipadamente prorrogada.

Naturalmente, outros debates, que não possuem tanto interesse para este trabalho, não foram considerados nesta análise. Entretanto, do que se vê acima, bem como de todo o teor dos autos, é que na análise da adequação da prorrogação antecipada da Malha Paulista, os Ministros permaneceram sempre atentos à importância do precedente julgado, à necessidade de consecução dos investimentos e à essencialidade da Malha Paulista para a infraestrutura ferroviária no país.

Da soma destes fatores, de ordem estritamente pragmática, decorrente da análise dos documentos enviados e dos desdobramentos fáticos da decisão, que surgiu a diretriz de, realizados os pequenos ajustes sugeridos, autorizar-se a prorrogação antecipada da Malha Paulista.

Assim, quer parecer que o TCU passará a adotar, na apreciação da prorrogação antecipada das demais malhas, critérios pragmáticos e o impacto dos investimentos, deixando de lado as prescrições abstratas típicas dos princípios. Prevalece, portanto, a apreciação realista da consecução do interesse público, ainda que aliada à realização de interesses privados.

5. CONCLUSÕES

Por todo o acima exposto, parece seguro concluir que: (i) não há vício de inconstitucionalidade que macule a Lei nº 13.448/2017; (ii) ao ponderar-se a compatibilidade de qualquer medida regulatória com o interesse público, faz-se necessário considerar seus impactos sobre o setor regulado; e (iii) à luz da



ponderação exercida pelo TCU, não se vislumbra, *a priori*, incompatibilidade entre o instituto da prorrogação antecipada de concessão e o interesse público.

Ao contrário, como ficou ilustrado a partir das discussões travadas no âmbito da Corte de Contas, trata-se de ferramenta que, a depender de seu manejo, pode mostrar-se eficaz para, precisamente, alcançar a sua efetivação. A análise de sua eficácia, entretanto, deverá ser avaliada caso a caso.

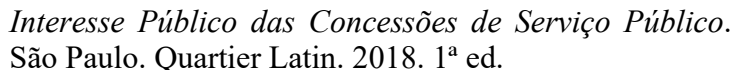


BIBLIOGRAFIA

- ÁVILA, Humberto Bergmann. Repensando o Princípio da supremacia do interesse público sobre o particular. In *O Direito Público em Tempos de Crise – Estudos em Homenagem a Ruy Ruben Ruschel*, Porto Alegre. Livraria do Advogado Editora. 1999, 1ª ed.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo. Malheiros. 2011. 28ª ed.
- BINENBOJM, Gustavo. *Uma Teoria do Direito Administrativo: Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização*. Rio de Janeiro. Renovar. 2014. 3ª edição.
- CAMPOS NETO, Carlos Alvares da Silva. Setor ferroviário brasileiro. *Desafios do Desenvolvimento*. Brasília, ano 7, ed. 55, 2009. Disponível em shorturl.at/wyJNS, acessado em 05.01.2020.
- COOTER, Robert e ULLEN, Thomas. *Law and Economics*. Berkeley. Berkeley Law Books. 6ª edição, 2016.
- DAYCHOUM, Mariam Tchepurnaya. A concorrência intermodal no transporte terrestre decargas no Brasil: uma análise histórica sob perspectiva da oferta ferroviária. In. ARAGÃO, Alexandre Santos de *et alli*. *Regulação e*



- Infraestrutura*. Belo Horizonte. Editora Fórum. 2017. 1ª edição, pp. 521-545.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo. Editora Atlas S.A. 2014. 27ª ed.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. O Direito Administrativo da Crise. In. *O Direito Administrativo na Atualidade: Estudos em homenagem ao centenário de Hely Lopes Meirelles* (1917-2017). Org. WALD, Arnaldo *et alli*. São Paulo. Malheiros. 2017. 1ª edição, pp. 886-896.
- GARCIA, Flávio Amaral. *Concessões, Parcerias e Regulação*. São Paulo. Malheiros. 2019, 1ª ed.
- GIACOMUZZI, José Guilherme. Uma Breve Genealogia do Interesse Público. In. *O Direito Administrativo na Atualidade: Estudos em homenagem ao centenário de Hely Lopes Meirelles* (1917-2017). Org. WALD, Arnaldo *et alli*. São Paulo. Malheiros. 2017. 1ª edição, pp. 635-664.
- GUERRA, Sérgio e PALMA, Juliana Bonacorsi de. Art. 26 da LINDB: novo regime jurídico de negociação com a Administração Pública. *Revista de Direito Administrativo. Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655/2018)*. FGV Direito Rio Editora. out. 2018. p. 135-169.
- GUERRA, Sérgio, com a colaboração de SANTOS, José Marinho Séves. *Mutação Regulatória e Equilíbrio Econômico-Financeiro. – Caso “ARTESP – TAM”: Processo nº 1040986-29.2014.8.26.0053, TJSP*. In. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo *et alli*. (org.) *Dinâmica da Regulação. Estudo de casos da jurisprudência brasileira: a convivência dos tribunais e órgãos de controle com agências reguladoras, autoridade da concorrência e livre iniciativa*. Belo Horizonte. Editora Fórum. 2019. 1ª edição
- GUIMARÃES, Felipe Montenegro Viviani. *Prorrogação por*



- Inserido ao protocolo **17.711.187-2** por: **3º Sgt. Qpmg 1-0 Helio Jorge Parana Vieira** em: 04/06/2021 14:16. As assinaturas deste documento são de: **3º Sarg. Qpmg 1-0 Kateryn Priscylla da C. do Carmo** em: 08/06/2021 14:47. Endereço: <https://www.e-protoctos.org.br/07/2021/04/validarAssinatura> com o código: **6a30095610e9c0ef5cc877c0123ed21c**.



Nardes. Sessão em 27.11.2019.



fornecimento de dados pessoais acontece em todos os contextos de vida: abrir uma conta bancária, comprar uma viagem de avião na internet, elaborar uma ficha-cliente num hospital, assinar um contrato de trabalho, utilizar um sistema de câmaras na autoestrada ou num *shopping*, aceitar os termos ou condições de um produto ou serviço, ou, simplesmente, facultar uma cópia da cédula de identidade. Os desafios decorrentes da proteção de dados pessoais reclamam uma figura como o Encarregado de Proteção de Dados (EPD), não só para facilitar a interpretação e a *compliance* com o novo Regulamento Geral de Proteção de Dados (RGPD)¹, como também para servir de intermediário entre as organizações (públicas ou privadas) que são responsáveis pelo tratamento de dados (p. ex., um hospital, um laboratório farmacêutico ou uma instituição de crédito), as autoridades públicas de controle e os próprios titulares dos dados pessoais (p. ex., trabalhadores, clientes ou pacientes).

O papel do EPD no âmbito legislativo da União Europeia tem sido debatido há várias décadas. Em 1995 já existia uma Diretiva relativa à proteção das pessoas singulares no que concerne ao tratamento de dados pessoais e à sua circulação², nos termos da qual se fazia referência à possibilidade de as organizações poderem, *facultativamente*, designar um EPD. No ano de 2000, no seguimento da entrada em vigor do Regulamento (CE) n.º 45/2001³, as instituições e os órgãos que faziam parte das chamadas “Comunidades Europeias” – hoje União Europeia – foram incitadas a designar uma pessoa encarregada da proteção de dados, assegurando um tratamento de dados não prejudicial

¹ Regulamento (UE) 2016/679, de 27 de abril de 2016

² Ver Directiva 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de outubro de 1995

³ Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho, de 18 de Dezembro de 2000



aos direitos e liberdades das pessoas⁴. Mas foi recentemente, a partir de 25 maio de 2018, com a entrada em vigor do RGPD, que determinadas entidades públicas e privadas foram mesmo *obrigadas* a designar um EPD. A sua importância é, por isso, indiscutível neste novo quadro legislativo. Fica, então, uma primeira pergunta: quem é obrigado à “*designação*” de um EPD à luz do novo regulamento?

Com a entrada em vigor do RGPD, surgiram também dúvidas acerca do próprio “*enquadramento*” do EPD no desempenho das suas funções no interior das organizações. São várias as perguntas a este nível: qual o envolvimento que tem nas questões atinentes à proteção de dados pessoais; quais os recursos necessários para a realização das boas práticas; poderá ou não receber instruções no desempenho das suas atribuições; poderá ou não ser destituído ou penalizado pelo fato de exercer o seu papel; e haverá ou não um conflito de interesses com outros cargos ou profissões, ou seja, está o EPD autorizado a desempenhar outras atividades para além dessa (p. ex., poderá exercer, em cúmulo, a profissão de advogado?). Como teremos oportunidade de ver, são tudo questões que, de uma forma ou de outra, o RGPD nos dá resposta⁵.

É igualmente importante perceber quais são, afinal, as “*funções*” do EPD, considerando, nomeadamente, a necessária conformidade – ou *compliance* – com o RGPD, a denominada “*avaliação de impacto*”, a cooperação com a respetiva autoridade de controlo e, ainda, o registo das atividades.

A relevância da figura aqui abordada não decorre unicamente da entrada em vigor do novo regulamento no âmbito da União Europeia, decorre também do *direito à proteção das pessoas em relação ao tratamento dos seus dados pessoais*,

⁴ Ver artigo 24.º do Regulamento (CE) n.º 45/2001, de 18 de Dezembro de 2000

⁵ O Regulamento (UE) 2016/679, de 27 de abril de 2016 – RGPD – conta com 173 “considerandos” e uma extensão de 99 disposições legais.



particularmente da sua consagração legislativa e do seu reconhecimento judicial – nos termos do disposto no artigo 8.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia⁶, do disposto no artigo 16.º do Tratado do Funcionamento da União Europeia⁷, assim como de acordo com as decisões do Tribunal de Justiça da União Europeia⁸.

Neste sentido, vamos começar por olhar para a perspectiva *da pessoa*, isto é, do indivíduo titular dos dados pessoais, para depois assimilar, em melhores condições, o papel do EPD, em particular no que diz respeito à sua designação, enquadramento e funções⁹.

1 – A PERSPECTIVA DO TITULAR DOS DADOS

⁶ Artigo 8.º – “Protecção de dados pessoais 1. Todas as pessoas têm direito à protecção dos dados de carácter pessoal que lhes digam respeito. 2. Esses dados devem ser objecto de um tratamento leal, para fins específicos e com o consentimento da pessoa interessada ou com outro fundamento legítimo previsto por lei. Todas as pessoas têm o direito de aceder aos dados coligidos que lhes digam respeito e de obter a respectiva rectificação. 3. O cumprimento destas regras fica sujeito a fiscalização por parte de uma autoridade independente.”

⁷ Artigo 16.º 1. Todas as pessoas têm direito à protecção dos dados de carácter pessoal que lhes digam respeito (...)

⁸ Ver, entre outros, o Acórdão do Tribunal de Justiça (grande secção), de 5 de junho de 2018, processo C-210/16: “Reenvio prejudicial — Diretiva 95/46/CE — Dados pessoais — Proteção das pessoas singulares relativamente ao tratamento destes dados — Injunção para desativar uma página Facebook (página de fãs) que permite recolher e tratar certos dados que dizem respeito aos visitantes desta página — Artigo 2.º, alínea d) — Responsável pelo tratamento de dados pessoais — Artigo 4.º — Direito nacional aplicável — Artigo 28.º — Autoridades nacionais de controlo — Poderes de intervenção dessas autoridades»”

⁹ Para este efeito, vamos ter particularmente em conta as orientações sobre os encarregados da proteção de dados adotadas em 13 de dezembro de 2016, com a última redação revista e adotada em 05 de abril de 2017, realizadas pelo “grupo do artigo 29.º para a proteção de dados”.



O indivíduo que fornece dados com um conteúdo que pode identificá-lo como *pessoa*, tem uma expectativa quanto ao seu tratamento e quanto à sua proteção. Essa expectativa está relacionada com uma esfera íntima e privada que, à luz das novas realidades tecnológicas, deverá ser tutelada no seu núcleo essencial. É certo que o tratamento dos dados é realizado pela própria organização (pública ou privada) que recebe os dados, mas, afinal, quem zela pela sua proteção?

Nos dias que correm há efetivamente uma preocupação política e social acrescida em relação aos dados pessoais, principalmente porque estão em causa direitos de personalidade. A pessoa tem a faculdade de dispor livremente da informação associada à sua esfera íntima e privada e de a converter, ou não, em informação pública ou de acesso público. A *autodeterminação informativa* é, assim, um direito fundamental que assegura o direito de personalidade e o necessário desenvolvimento da sua personalidade¹⁰. Nesse caso, os dados pessoais devem estar na livre disponibilidade do indivíduo, pelo que a sua divulgação carece de autorização e consentimento, enquanto formas de (auto)limitação voluntária¹¹.

O direito ao esquecimento¹², fundado justamente na ideia de autonomia do titular dos dados, é um primeiro reflexo desse direito à autodeterminação informativa. O direito à oposição ao *profiling* é um segundo¹³. A *pseudonomização* dos dados

¹⁰ Veja-se Rabindranath Capelo de Sousa, *O direito geral da personalidade*, Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p. 356

¹¹ A regra é a do consentimento explícito, livre, específico e informado, conforme o disposto no artigo 7.º do RGPD.

¹² Por vezes é ideal para o titular dos dados não ser identificado ou identificável. Assim, os dados pessoais seriam tornados de tal modo anónimos que seria impossível identificar o seu titular –equivalente a uma destruição total das cópias e reproduções desses mesmos dados. A isso corresponderia a “anonimização” ou *anonymization*. Cfr. art. 17.º do RGPD.

¹³ Os dados pessoais são muitas vezes tratados através de procedimentos matemáticos e estatísticos que introduzem imprecisões e efeitos discriminatórios contra os seus titulares, designadamente quanto à sua origem racial ou étnica,



pessoais é um terceiro¹⁴. Mas há outros. O direito de portabilidade é mais um exemplo de que o titular dos dados tem a faculdade de transmitir as informações pessoais a outro responsável pelo tratamento sem impedimentos por parte de quem os recebeu

orientação sexual, filiação sindical, estado de saúde ou convicções políticas ou religiosas. Ou seja, é possível que as organizações implementem formas automatizadas de processar a informação pessoal e de qualificar as pessoas com base nos seus dados pessoais. E todos sabemos como é importante para os *websites* e para a publicidade na internet o acesso ao *perfil* (“profiling”) do utilizador com o propósito de obter mais rendimentos ou vendas comerciais.

Em concreto, nos termos do Regulamento RGPD, “definição de *perfis*” significa “qualquer forma de tratamento automatizado de dados que consista em utilizar esses dados pessoais para avaliar certos aspetos pessoais de uma pessoa singular, nomeadamente para analisar ou prever aspetos relacionados com o seu desempenho profissional, a sua situação económica, saúde, preferências pessoais, interesses, fiabilidade, comportamento, localização ou deslocações”.

Por esta razão, o titular dos dados tem o direito de se opor ao tratamento dos dados pessoais que lhe digam respeito para os efeitos de uma “definição de perfis” relacionada com fins comerciais, estatísticos ou de investigação científica. Assim como tem direito a não ficar sujeito a nenhuma decisão tomada exclusivamente com base no tratamento automatizado.

O direito à oposição ao *profiling* por parte do titular dos dados é uma consequência natural da tendência para a ubiquidade da informação em espaços como a internet.

Cfr. §2 (71) dos considerandos, art. 4.º, 4) e arts. 21 e 22 do RGPD.

Já tínhamos chegado a estas conclusões em Karenina Carvalho Tito, “Proteção de Dados Pessoais no Regulamento (UE) 2016/679: Anglicismos e Direito” in AAVV, *Estudios de Derecho Iberoamericano* (coord. Gabriel Martín Rodríguez), volume II, Las Palmas de Gran Canaria: La casa Del Abogado, 2019 p. 400 e ss.

¹⁴ Por outro lado, procurando substituir as referências pessoais, como o nome, o número de contribuinte ou a morada, por outras palavras ou códigos, enquanto representações encobertas dos dados originais, teríamos uma “pseudonimização” ou *pseudonymization*. Quer isto dizer que, não estando em causa a anonimização, os dados pessoais podem ser pseudonimizados através de medidas técnicas e organizativas que permitem atribuí-los ao respectivo titular. Com isto diminuem-se os riscos e aumentam-se as garantias para a pessoa singular. Cfr. (26) dos considerandos e art. 4.º, 5), do RGPD.



primeiramente¹⁵.

Tudo isto significa que há limites para a circulação da informação privada das pessoas e que também há uma preocupação com a harmonização das formas de “traficar” os dados pessoais na União Europeia. O que remete precisamente para o direito à reserva da vida privada no contexto das tecnologias de informação e comunicação, particularmente em espaços como a internet.

Para reforçar essa ideia, o RGPD identifica e classifica o que entende serem “dados sensíveis” ou “categorias especiais de dados”¹⁶: porque estão em causa informações que se referem a opiniões políticas, religiosas ou filosóficas, à origem étnica ou racial, à filiação sindical, aos dados genéticos ou biométricos, à saúde ou à orientação sexual, terá de haver uma *tutela acrescida* que acautele a dimensão mais pessoal da personalidade do indivíduo. Percebe-se a razão pela qual a política da União Europeia está preocupada em combater um sistema empresarial que, muitas vezes, aproveita os dados ou a informação pessoal dos potenciais clientes e da população em geral para obter lucros. Os dados pessoais, de fato, passaram a afigurar-se “patrimônio valioso” no mercado econômico¹⁷.

Por outro lado, é certo que o direito à autodeterminação informativa, o direito à reserva da vida privada e, no limite, o direito a ser esquecido, enquanto manifestações da personalidade, podem colidir com um eventual direito de liberdade de

¹⁵ Cfr. art. 20.º do RGPD.

¹⁶ De acordo com o disposto no art. 9.º do RGPD

¹⁷ Cfr. Maria Leonor da Silva Teixeira, “A União Europeia e a Protecção de Dados Pessoais – Uma visão futurista”, *Revista do Ministério Público*, 135 Julho, Setembro 2013, p. 98.



expressão¹⁸ ou com interesses de natureza pública¹⁹ – e, por essa razão, há exceções que permitem o tratamento das categorias especiais de dados²⁰. Como é notório, estamos a falar não só de direitos civis como também de direitos constitucionais consagrados em diversos países da União Europeia. A colisão de direitos é uma decorrência natural dos princípios da ponderação que implicam juízos de necessidade, proporcionalidade e adequação.

É ainda importante ter presente que, no âmbito da mais recente legislação da União Europeia, a tutela dos dados pessoais não se encontra exclusivamente circunscrita ao RGPD. Basta considerar a Diretiva (UE) 2016/680, de 27 de Abril de 2016, “relativa à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais pelas autoridades competentes para efeitos de prevenção, investigação, deteção ou repressão de infrações penais ou execução de sanções penais, e à livre circulação desses dados”, bem como a Diretiva (UE) 2016/681, de 27 de Abril de 2016, “relativa à utilização dos dados dos registos de identificação dos passageiros (PNR) para efeitos de prevenção, deteção, investigação e repressão das infrações terroristas e da criminalidade grave”.

¹⁸ Precisamente quanto à liberdade de expressão, entende Mafalda Miranda Barbosa que em certos casos deverá ser limitada para que a reserva da intimidade da vida privada e familiar (decorrentes da dignidade da pessoa humana) encontre uma forma de realização. Assim, Ana Mafalda Castanheira Neves de Miranda Barbosa, *Litigiosidade Jurídico- Religiosa. Possibilidade de tutela civilística do sentimento religioso*, Cascais: Princípia, 2015, p. 114.

¹⁹ Quanto aos interesses de natureza pública, é possível que prevaleçam ao direito de privacidade, nas precisas palavras de Pedro Pais de Vasconcelos: “a ofensa é lícita quando o interesse público em jogo seja de tal modo ponderoso e a necessidade da ofensa seja de tal modo imperiosa que o exercício do direito à privacidade se torne abusivo, quando ‘exceda manifestamente os limites impostos pela boa fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou econômico desse direito’”. Cf. Pedro Pais de Vasconcelos, *Direito de Personalidade*, Coimbra: Almedina, 2006, p. 80.

²⁰ Cfr., *infra*, nota 30.



2 – DESIGNAÇÃO OBRIGATÓRIA DO ENCARREGADO DE PROTEÇÃO DE DADOS

Tendo presente a importância do direito à proteção das pessoas em relação ao tratamento dos seus dados pessoais, faz sentido que em determinadas situações esteja presente um sujeito com competências e conhecimentos especializados no concreto contexto operacional da organização responsável pelo tratamento dos dados²¹. Por essa razão, vamos começar por analisar a designação obrigatória do EPD por parte das diferentes organizações, nos termos do artigo 37.º, n.º 1, do RGPD.

Neste âmbito, o EPD terá de ser *obrigatoriamente* nomeado em três diferentes circunstâncias:

- 1) Quando o tratamento de dados é efetuado por uma “*autoridade ou organismo público*”; ou
- 2) Quando as “*atividades principais*” do responsável pelo tratamento de dados (ou do subcontratante²²) consistam em operações de tratamento que exijam um “*controle regular e sistemático*” dos titulares dos dados “*em grande escala*”; ou, ainda
- 3) Quando as “*atividades principais*” do responsável pelo tratamento de dados (ou do subcontratante) consistam em:
 - a) operações de “*tratamento em grande escala de*

²¹ Nos termos das definições do RGPD, o “responsável pelo tratamento” é “a pessoa singular ou coletiva, a autoridade pública, a agência ou outro organismo que, individualmente ou em conjunto com outras, determina as finalidades e os meios de tratamento de dados pessoais; sempre que as finalidades e os meios desse tratamento sejam determinados pelo direito da União ou de um Estado-Membro, o responsável pelo tratamento ou os critérios específicos aplicáveis à sua nomeação podem ser previstos pelo direito da União ou de um Estado-Membro”.

²² Esta disposição legal também se aplica aos subcontratantes, isto é, também os subcontratantes são obrigados a nomear um EPD, tendo este que supervisionar as atividades.



categorias especiais de dados”; ou

b) operações de tratamento de dados relacionados com *condenações penais e determinadas infrações*.

Considerando a dificuldade que poderá surgir na interpretação literal de cada uma destas situações, vamos procurar esclarecer o que está aqui em causa²³.

2.1. TRATAMENTO EFETUADO POR AUTORIDADE OU ORGANISMO PÚBLICO (ART. 37.º, N.º1, AL. A) RGPD)

O EPD terá de ser obrigatoriamente nomeado quando o tratamento de dados é efetuado por autoridade ou organismo público. Para efeitos do RGPD, não há qualquer definição formal de “autoridade” ou “organismo público”. No entanto, através dos atos legislativos da União Europeia que foram promulgados ao longo dos anos podemos ter uma ideia. Por via das Diretivas da União Europeia sobre contratos públicos ou sobre documentos na posse de organismos do setor público²⁴, chamamos à atenção para as seguintes definições:

“Organismo do setor público: significa o Estado, as autoridades regionais ou locais, os organismos de direito público e as associações formadas por uma ou mais autoridades ou por um ou mais organismos de direito público.”.

“Organismo de direito público” significa qualquer organismo:

a) Criado para satisfazer especificamente necessidades de interesse geral, sem carácter industrial ou comercial; b) Dotado de personalidade jurídica; e c) Financiado maioritariamente pelo Estado, por autoridades regionais ou locais ou por outros organismos de direito público, ou cuja gestão esteja sujeita a

²³ Note-se que o direito da União Europeia ou o direito dos respectivos Estados-Membros pode exigir, também, a designação obrigatória de um EPD. Ver art. 37.º, n.º4, do Regulamento (UE) 2016/679. Aqui vamos apenas estudar as situações previstas neste último regulamento. Cfr., *supra*, nota 9.

²⁴ Diretivas 92/50/CEE, 93/36/CEE, 93/37/CEE e 98/4/CE. Ver, também, Diretiva 2003/98/CE relativa à reutilização de informações do sector público.



um controle por parte de tais organismos, ou cujos órgãos de administração, de direção ou de fiscalização sejam compostos maioritariamente por membros designados pelo Estado, por autoridades regionais ou locais ou por outros organismos de direito público.”

Perante esta abrangência, parecem estar em causa não só as autoridades ou organismos nacionais, regionais ou locais, como também qualquer organização, singular ou coletiva, pública ou privada, que preste serviços à população ao abrigo do direito público. Sendo assim, por exemplo, as organizações que prestam um serviço público relacionado com o fornecimento de eletricidade, água ou transportes, recebendo dados pessoais dos cidadãos, devem obrigatoriamente designar um EPD.

Fica igualmente patente que estes conceitos vão depender da definição que cada Estado-Membro atribui, em particular, às noções de “autoridade ou organismo público” no domínio nacional.

De fora do círculo de aplicação destes conceitos ficam, expressamente, nos termos da disposição legal em causa, os “tribunais no exercício da sua função jurisdicional”. Ou seja, há regras especiais para a designação dos EPD no que diz respeito às autoridades judiciais. Essa é uma matéria tratada em exclusivo pela já referida Diretiva (UE) 2016/680, de 27 de Abril de 2016, segundo a qual os Estados-Membro *podem isentar* os tribunais e outras autoridades judiciais de designar um EPD²⁵, isto é, a sua designação, neste caso específico, poderá não ser obrigatória.

2.2. TRATAMENTO EFETUADO POR RESPONSÁVEL CUJAS “ATIVIDADES PRINCIPAIS” CONSISTAM EM OPERAÇÕES QUE EXIJAM UM “CONTROLE REGULAR E SISTEMÁTICO” “EM GRANDE ESCALA” (ART. 37.º, N.º1, AL. B) RGPD)

É obrigatório designar um EPD nos casos em que o

²⁵ Ver art. 32.º, n.º 1, da Diretiva (UE) 2016/680, de 27 de Abril de 2016.



tratamento de dados é realizado por uma organização cujo âmbito das suas “atividades principais” implica, por um lado, um “controle regular e sistemático” dos titulares dos dados e, por outro, um controle “em grande escala”.

Levantam-se dúvidas na interpretação do que está aqui em causa.

No que diz respeito à noção de “atividades principais”, o considerando 97 do RGPD esclarece que *“No setor privado, as atividades principais do responsável pelo tratamento dizem respeito às suas atividades primárias e não estão relacionadas com o tratamento de dados pessoais como atividade auxiliar”*, ou seja, aquelas atividades essenciais que implicam o tratamento de dados. Por exemplo, o registo de saúde dos pacientes implica um tratamento de dados pessoais que deve ser considerado como inseparável das atividades principais de qualquer hospital; e a vídeo vigilância em centros comerciais ou em espaços públicos é também uma atividade principal que implica o tratamento de dados por parte das empresas de segurança privada²⁶.

Por sua vez, o “controle regular e sistemático” está relacionado com o *controle do comportamento* dos titulares dos dados. A propósito, o considerando 24 do RGPD oferece o seguinte exemplo:

“A fim de determinar se uma atividade de tratamento pode ser considerada «controle do comportamento» de titulares de dados, deverá determinar-se se essas pessoas são seguidas na Internet e a potencial utilização subsequente de técnicas de tratamento de dados pessoais que consistem em definir o perfil de uma pessoa singular, especialmente para tomar decisões relativas a essa pessoa ou analisar ou prever as suas preferências, o seu comportamento e as suas atitudes.”

É evidente que uma empresa pode utilizar a internet como forma de controle “regular” (seguido ou periódico) e “sistemático” (num sistema de recolha de informação) dos titulares

²⁶ Exemplos que também constam nas orientações mencionadas, *supra*, na nota 9.



dos dados. O mesmo se poderá dizer, por exemplo, em relação a qualquer empresa que forneça o serviço de telefonia móvel celular.

Esta matéria – controle “regular” e “sistemático” – está também interligada ao tratamento *automatizado* de dados que resulta numa “definição de perfis” e que, assim, é suscetível de avaliar aspetos pessoais relacionados com um grupo de pessoas, p. ex., interesses pessoais de consumo, estado de saúde ou desempenho profissional²⁷. Por essa razão existe o já referido direito à oposição ao *profiling*²⁸.

Finalmente, levantam-se ainda dúvidas quanto ao significado de um tratamento de dados “em grande escala”. O considerando 91 do RGPD deixa claro que essas operações visam “*o tratamento de uma grande quantidade de dados pessoais a nível regional, nacional ou supranacional*”, uma vez que podem “*afetar um número considerável de titulares de dados*” e são “*suscetíveis de implicar um elevado risco*” para os direitos e liberdades dos respetivos titulares. São os casos do tratamento de dados de todos os clientes no exercício das atividades das companhias de seguro ou de qualquer instituição de crédito, ou o tratamento para fins de publicidade comportamental realizado por um motor de busca na internet. Ou seja, embora não esteja concretamente quantificado pelo regulamento, estamos a falar de um grande número de pessoas afetadas e de um volume de dados significativo. Para considerar como sendo de “grande escala”, também podemos julgar relevante a duração da atividade de tratamento e a própria extensão geográfica²⁹.

Por outro lado, de acordo com o mesmo considerando 91, “*o tratamento de dados pessoais não deverá ser considerado de grande escala se disser respeito aos dados pessoais de pacientes ou clientes de um determinado médico, profissional de*

²⁷ Neste sentido, veja-se o considerando 71 do RGPD

²⁸ Cfr., *supra*, nota 13

²⁹ Cfr. considerando (91) do RGPD



cuidados de saúde, hospital ou advogado”. Nestas circunstâncias, claramente, não deverá ser obrigatória a designação de um EPD.

2.3. TRATAMENTO EFETUADO POR RESPONSÁVEL CUJA “ATIVIDADE PRINCIPAL” CONSISTA EM OPERAÇÕES “EM GRANDE ESCALA” DE “CATEGORIAS ESPECIAIS” DE DADOS (CFR. 37.º, N.º1, AL. C) RGPD)

Considerando o que já foi dito no ponto anterior acerca dos conceitos de “atividade principal” e “grande escala”, resta esclarecer, novamente, o que podem ser “categorias especiais” de dados.

De acordo com o disposto no artigo 9.º do RGPD, são “categorias especiais de dados” as que “*revelem a origem racial ou étnica, as opiniões políticas, as convicções religiosas ou filosóficas, ou a filiação sindical, bem como o tratamento de dados genéticos, dados biométricos para identificar uma pessoa de forma inequívoca, dados relativos à saúde ou dados relativos à vida sexual ou orientação sexual de uma pessoa*”.

Significa isto que é obrigatório designar um EPD quando a organização responsável exerça uma atividade principal que consista em operações em grande escala destas específicas “categorias especiais” de dados³⁰.

³⁰ É possível proceder ao tratamento das categorias especiais de dados pessoais nos casos previstos no n.º2 do artigo 9.º do RGPD, nomeadamente caso o titular dos dados dê o seu consentimento, caso seja necessário por motivos de interesse público importante ou no domínio da saúde pública, caso seja necessário para fins de arquivo de interesse público, caso seja necessário para efeitos de medicina preventiva ou do trabalho, caso seja necessário num processo judicial, caso os respetivos dados tenham sido manifestamente tornados públicos pelo seu titular, caso seja necessário para efeitos do cumprimento em matéria de certas legislações ou caso seja necessário para proteger os interesses vitais do titular dos dados ou de outros.



2.4. TRATAMENTO EFETUADO POR RESPONSÁVEL CUJAS OPERAÇÕES DE DADOS ESTEJAM RELACIONADOS COM *CONDENAÇÕES PENAIS E DETERMINADAS INFRAÇÕES* (CFR. 37.º, N.º 1, AL. C) RGPD).

Por fim, é obrigatório nomear EPD quando o tratamento incide em dados relacionados com condenações penais e infrações. Este tipo de tratamento, para além de exigir um EPD, também deve ser realizado sob o controle de uma autoridade pública ou, não sendo assim, autorizado por disposições legais da União Europeia ou do respectivo Estado-membro³¹.

3 – ENQUADRAMENTO DO ENCARREGADO DE PROTEÇÃO DE DADOS

Sabendo quais são os casos em que é obrigatório designar um EPD, faz sentido começar por questionar qual é o verdadeiro enquadramento desta figura no interior da organização responsável pelo tratamento de dados.

A) RESPONSABILIDADE (ACCOUNTABILITY)

É importante deixar claro que os dados pessoais só estarão em segurança se forem devidamente monitorizados e controlados de acordo com os princípios relativos ao seu processamento³²: “licitude, lealdade e transparência”; “limitação das finalidades”; “minimização dos dados”; “exatidão”; “limitação da conservação”; e “integridade e confidencialidade”. Porém, o EPD não é pessoalmente responsável em caso de incumprimento das regras de proteção de dados. Quem as deve cumprir e responder pela sua inconformidade é sempre o *responsável pelo*

³¹ De acordo com o artigo 10.º do RGPD.

³² Cfr. artigo 5.º do RGPD



*tratamento de dados*³³. Não é por acaso que o RGPD tem previstos mecanismos de responsabilidade civil imputáveis ao responsável pelo tratamento (ou do subcontratante³⁴) pelos danos sofridos por qualquer pessoa, bem como mecanismos gerais para a entidade pública de controle³⁵ aplicar coimas que podem ascender aos 20.000.000,00€ (vinte milhões de euros) ou, no caso das empresas privadas, até 4% do seu volume de negócios anual a nível mundial correspondente ao exercício financeiro anterior³⁶.

B) CONHECIMENTOS E COMPETÊNCIAS

Ora, o EPD é justamente designado para harmonizar a conformidade com o RGPD e facilitar o cumprimento por parte das organizações responsáveis pelo tratamento de dados. Aliás, de acordo com o próprio RGPD, “*o encarregado da proteção de dados é designado com base nas suas qualidades profissionais e, em especial, nos seus conhecimentos especializados no domínio do direito e das práticas de proteção de dados...*”³⁷. Ou seja, estamos a falar de uma figura, por um lado, com um nível de especialização suficiente para lidar com determinada complexidade e quantidade de dados pessoais e, por outro, com

³³ Nos termos do RGPD, é “«Responsável pelo tratamento», a pessoa singular ou coletiva, a autoridade pública, a agência ou outro organismo que, individualmente ou em conjunto com outras, determina as finalidades e os meios de tratamento de dados pessoais; sempre que as finalidades e os meios desse tratamento sejam determinados pelo direito da União ou de um Estado-Membro, o responsável pelo tratamento ou os critérios específicos aplicáveis à sua nomeação podem ser previstos pelo direito da União ou de um Estado-Membro”.

³⁴ É comum que os dados sejam tratados por terceiros subcontratados.

³⁵ Por exemplo, em Portugal a autoridade administrativa é a Comissão Nacional de Proteção de Dados, em Espanha é a “Agencia Española de protección de datos”.

³⁶ Cfr. arts. 82.º e 83.º do RGPD

³⁷ Cfr. artigo 37.º, n.º 5, do RGPD



conhecimentos e competências no âmbito das operações de tratamento realizadas pela concreta organização responsável. O considerando 97 do RGPD prevê que “*o nível necessário de conhecimentos especializados deverá ser determinado, em particular, em função do tratamento de dados realizado e da proteção exigida para os dados pessoais tratados pelo responsável pelo seu tratamento ou pelo subcontratante.*”.

Portanto, o nível necessário de conhecimentos especializados do EPD deverá ser determinado não só em função da complexidade das operações de tratamento de dados realizadas ou da proteção exigida para os dados pessoais objeto de tratamento, como também em função dos conhecimentos do particular sector empresarial, da empresa específica e das operações de tratamento efetuadas no caso concreto. A capacidade para promover uma cultura de proteção de dados no interior da empresa implica assim uma “pré-compreensão” do tipo de tratamento de dados realizado no âmbito da atividade específica. No fundo, o EPD deverá ser a pessoa adequada e com capacidade para informar, aconselhar e orientar a concreta organização responsável pelos dados e todos os intervenientes.

Para ilustrar, é diferente o tratamento de dados num hospital, que procede à análise do registo de saúde dos doentes, do tratamento de dados de uma empresa de segurança privada, que analisa os dados dos sistemas de vídeo vigilância ou dos sistemas de localização. Exigem-se diferentes conhecimentos e competências por parte do encarregado.

C) ENVOLVIMENTO NA ORGANIZAÇÃO RESPONSÁVEL PELO TRATAMENTO

Devido à complexidade da tarefa, a entidade responsável pelo tratamento de dados deve facultar todas as condições necessárias ao desempenho das funções do EPD. O adequado *enquadramento* na organização responsável pelo tratamento de



dados garante o cumprimento legal do RGPD e permite auxiliar, informar e recomendar todas as pessoas à sua volta, no exercício das funções de *compliance*. Por esse motivo, o EPD reclama um apoio ativo às suas funções, tempo necessário ao desempenho das tarefas, recursos financeiros, equipamentos, acesso aos serviços e, do mesmo modo, formação contínua na área específica de atuação³⁸. Só desse modo fica assegurado que o EPD “*seja envolvido, de forma adequada e em tempo útil, a todas as questões relacionadas com a proteção de dados pessoais*”³⁹, existindo condições para uma favorável proteção das pessoas singulares titulares dos dados.

Por exemplo, o RGPD prevê o envolvimento do EPD na realização de uma “avaliação de impacto” do tratamento nos direitos e liberdades das pessoas titulares dos dados⁴⁰: “*Ao efetuar*

³⁸ Cfr. art. 38.º, n.º2, RGPD

³⁹ Cfr. art. 38.º, n.º1, RGPD

⁴⁰ Precisamente com vista a cumprir todas as orientações legais relacionadas com o tratamento de dados, de modo a não se sujeitarem a qualquer tipo de responsabilidade, as organizações devem realizar uma “avaliação de impacto” das operações de tratamento de dados para os direitos e liberdades das pessoas singulares. Deste modo, antes de se iniciar o tratamento, é avaliada a origem, a natureza, a particularidade, a gravidade e a probabilidade dos riscos inerentes à própria finalidade do tratamento. Riscos que implicam não só reflexos económicos e jurídicos, como também reflexos na reputação comercial das empresas.

Os devidos “privacy impact assessments” estão previstos como obrigatórios em determinados casos que importa considerar: em caso de tratamento automatizado que avalie de forma completa os aspectos pessoais da pessoa singular e que produza efeitos jurídicos ou afete significativamente essas mesmas pessoas; nas operações de tratamento em grande escala relativamente a dados que revelem “categorias especiais de dados pessoais” – designadamente, “origem racial ou étnica, as opiniões políticas, as convicções religiosas ou filosóficas, ou a filiação sindical, bem como o tratamento de dados genéticos, dados biométricos para identificar uma pessoa de forma inequívoca, dados relativos à saúde ou dados relativos à vida sexual ou orientação sexual de uma pessoa” – ou nas operações que revelem dados pessoais relacionados com condenações penais ou outras determinadas infracções; e no



*uma avaliação de impacto sobre a proteção de dados, o responsável pelo tratamento solicita o parecer do encarregado da proteção de dados, nos casos em que este tenha sido designado*⁴¹. Deste modo, antes de se iniciar o tratamento, o EPD avalia a origem, a natureza, a particularidade, a gravidade e a probabilidade dos riscos inerentes à própria finalidade do tratamento⁴². Estes riscos implicam não só consequências econômicas e jurídicas, como também consequências na reputação comercial das empresas. As devidas diligências de avaliação de impacto *estão previstas como obrigatórias em determinados casos* que importa considerar: em caso de tratamento automatizado que avalie de forma completa os aspectos pessoais da pessoa singular e que produza efeitos jurídicos ou afete significativamente essas mesmas pessoas; nas operações de tratamento em “grande escala” relativamente a dados que revelem “categorias especiais de dados pessoais”, ou nas operações que revelem dados pessoais relacionados com condenações penais ou outras determinadas infrações; e no caso de controle sistemático de zonas acessíveis ao público em “grande escala”⁴³.

D) INDEPENDÊNCIA E CONFIDENCIALIDADE

Por outro lado, de forma a poder realizar esta fiscalização de uma forma isenta, é também necessário assegurar a sua *independência*. O EPD poderá ser um colaborador interno ou um

caso de controle sistemático de zonas acessíveis ao público em grande escala. Ver considerandos 84 e 90 e arts. 9 e 34 do RGPD.

Neste sentido, Karenina Tito, “Proteção de Dados Pessoais no Regulamento (UE) 2016/679: Anglicismos e Direito” in AAVV, *Estudios de Derecho Iberoamericano* (coord. Gabriel Martín Rodríguez), volume II, Las Palmas de Gran Canaria: La casa Del Abogado, 2019 p. 402

⁴¹ Cfr. 35.º, n.º2, RGPD

⁴² Cfr. considerandos (84) e (90) do RGPD

⁴³ Cfr. art. 34.º do RGPD



consultor externo⁴⁴ da organização, mas deverá ser, em todo o caso, alguém independente. Os responsáveis pelo tratamento não devem transmitir-lhe instruções, não devem destituí-lo ou penalizá-lo, assim como não devem atribuir-lhe um cargo dentro da organização que resulte num *conflito de interesses*⁴⁵.

Por exemplo, a Ordem dos Advogados portuguesa decidiu recentemente que os advogados estão impedidos de exercer a advocacia em representação das entidades para quem exerçam, ou tenham exercido, as funções de EPD⁴⁶. E isto porque se entende que são incompatíveis, deontologicamente, a atividade de advogado e a atividade de fiscalização exercida como EPD em relação ao mesmo cliente.

Outro exemplo: será susceptível de gerar situações de incompatibilidade o encarregado que tem um cargo de gestão superior na entidade responsável pelo tratamento, como seja director executivo ou director informático, pois não é conveniente que se proceda à fiscalização e, ao mesmo tempo, à decisão das finalidades e dos meios do tratamento dos dados pessoais.

Para além do dever de independência e de não poder estar sujeito a um eventual conflito de interesses, o encarregado está vinculado à obrigação de *sigilo ou de confidencialidade* no exercício das suas funções, o que é importante no âmbito das suas competências de comunicação com trabalhadores e com o público em geral⁴⁷.

4 – FUNÇÕES DO ENCARREGADO DE PROTEÇÃO DE DADOS

As empresas ou organizações com responsabilidade no tratamento de dados pessoais são as primeiras interessadas na

⁴⁴ Cfr. 37.º, n.º6, RGPD

⁴⁵ Cfr. art. 38.º, n.ºs 3 e 6, RGPD

⁴⁶ Cfr. Parecer - Proc. n.º 14/PP/2018-G

⁴⁷ Cfr. artigo 38.º, n.º5, RGPD



identificação das medidas que devem implementar, na prática, para uma cabal conformidade das suas operações com o RGPD. É precisamente o EPD que, depois de nomeado, procura fazer um levantamento e mapeamento de todo o tipo de tratamento de dados realizado pela organização no exercício da sua atividade; realiza um diagnóstico de forma a identificar as lacunas entre a atuação da empresa ou organização e os procedimentos previstos no RGPD; e, também, procede à correção e adaptação dos comportamentos e operações para uma adequada implementação do RGPD. Deste modo, as entidades ou organizações que procedem ao tratamento de dados podem garantir a sua *compliance* e evitar processos de contra ordenação instaurados pelas entidades públicas de controlo, bem como evitar ações de responsabilidade civil instauradas pelos próprios titulares dos dados pessoais.

Com efeito, as funções do EPD podem ser pensadas a partir das relações entre o titular dos dados pessoais, o responsável pelo tratamento e a entidade pública de controle. No fundo, a sua principal função é assegurar o cumprimento das regras e princípios previstos no RGPD⁴⁸.

A) IMPLEMENTAR O RGPD

Em primeiro lugar, para que seja possível implementar o RGPD, o encarregado terá de recolher todas as informações para identificar as atividades de tratamento realizadas pelo responsável. A recolha, o registo, a organização, a conservação, a consulta e a utilização de dados, entre outras atividades, constituem uma operação de tratamento. Então, o EPD deve saber-fazer um levantamento e mapeamento, com precisão, dos vários tipos de tratamento de dados realizados pela respetiva entidade responsável.

Este procedimento também implica identificar as diferentes categorias dos dados pessoais. Para além das já referidas

⁴⁸ Cfr. considerando (97) do RGPD



“categorias especiais de dados”, há ainda os próprios “dados pessoais” e os “dados excluídos”. Na verdade, o legislador optou por um conceito bastante amplo de “dados pessoais”, podendo abranger qualquer informação, de qualquer natureza, independentemente do seu suporte, incluindo som e imagem, relativa a uma pessoa singular identificada ou identificável⁴⁹: nome, morada, e-mail, estado civil, idade, etc.

Os “dados excluídos” são aqueles que se encontram fora do âmbito de aplicação do regulamento, por vários motivos⁵⁰: ou porque não têm qualquer ligação à atividade profissional ou comercial (p. ex., quando uma pessoa realiza uma operação na lista de contatos do seu celular); ou porque está em causa um tratamento no âmbito do exercício de atividades que dizem respeito à política externa e segurança nacional de um Estado-Membro; ou até porque se tratam de dados “anonimizados”, isto é, dados que não podem voltar a ser identificados ou identificáveis.

Em segundo lugar, o encarregado deverá analisar e verificar a conformidade das atividades de tratamento. Aliás, o EPD deve ter uma *abordagem baseada no risco* que implica considerar os riscos associados às operações de tratamento, considerando a natureza, o âmbito, o contexto e as finalidades desse mesmo tratamento⁵¹.

Por um lado, poderá questionar a licitude do tratamento dos dados pessoais, levantando as questões “o titular deu o seu consentimento?”, “executa-se um contrato ou uma diligência pré-contratual?”, “cumpre-se uma obrigação jurídica?”, “defendem-se interesses legítimos do titular dos dados ou de outra pessoa singular?” e “defendem-se interesses legítimos do responsável pelo tratamento ou por terceiros?”.

Por outro lado, poderá questionar se foi ou não facultada determinada informação ao titular dos dados, nomeadamente em

⁴⁹ Cfr. 4.º, 1), RGPD

⁵⁰ Cfr. considerando (16) do RGPD

⁵¹ Cfr. 39.º, n.º 2, RGPD



relação ao prazo de conservação dos dados, à existência do direito de acesso, retificação ou apagamento, à existência do direito de se opor ao processamento ou de retirar o consentimento, ao direito de não sujeição a decisão automatizadas, ao direito à portabilidade dos dados, ao direito ao conhecimento da violação dos dados ou ao direito a reclamar à autoridade administrativa. Ou seja, centrando a sua preocupação na *pessoa* titular dos dados.

Em terceiro lugar, com estas e outras questões, o EPD poderá prestar informações, conselhos ou recomendações ao responsável pelo tratamento⁵². E isto inclusivamente no que diz respeito à *avaliação de impacto* sobre a proteção de dados: se deve ou não ser realizada, qual a metodologia a seguir, se foi ou não corretamente efetuada e se os resultados estão ou não em conformidade com o RGPD.

B) REGISTO E COMPLIANCE

Outras importantes funções atribuíveis ao EDP podem ser elencadas, nomeadamente no que diz respeito à cooperação com a autoridade de controlo⁵³ e à conservação do registo de atividades, isto é, a implementação de registos probatórios do cumprimento das normas comunitárias com todas as informações necessárias⁵⁴.

De fato, o responsável pelo tratamento dos dados, coadjuvado pelo EPD, poderá ter de fazer prova (por evidência) do cumprimento das obrigações previstas no RGPD perante a autoridade pública de controlo. Nesse caso, deverá incluir todas as informações que é obrigado a prestar aos titulares dos dados nos documentos de suporte à recolha de dados (p. ex., no formulário em papel ou no website), nas cláusulas dos contratos, no

⁵² Cfr. 39.º, n.º1, al.c) RGPD

⁵³ Cfr. art. 39.º, n.º1, als. d) e) do RGPD

⁵⁴ Cfr. art. 30.º do RGPD



“Regulamento Interno” ou nos documentos de acesso público (titulados, por vezes, “Política de Proteção”). O responsável pelos dados deverá conservar e organizar a informação relacionada com, designadamente: o registo de todas as atividades de tratamento de dados; as avaliações de impacto realizadas; a prova da prestação de informação aos titulares dos dados pessoais; os modelos de recolha do consentimento dos titulares de dados; os procedimentos implementados para garantir o efetivo exercício dos direitos dos titulares dos dados; os contratos celebrados com os subcontratantes; ou os procedimentos aplicáveis em caso de violação dos dados. E deverá reconhecer que a “Política de Proteção” ou o “Regulamento Interno” – isto é, as políticas de *data governance* – são mecanismos permanentes e dinâmicos de verificação da conformidade com o RGPD. O responsável deverá ainda promover auditorias de forma a verificar a eficácia das medidas implementadas e, eventualmente, modificá-las em conformidade.

C) PRIVACIDADE DESDE A CONCEPÇÃO E PRIVACIDADE POR DEFEITO⁵⁵

Há ainda outros importantes aspetos nos quais o EPD está preparado para assistir o responsável pelo tratamento de dados. São os casos do aconselhamento no âmbito da “privacidade desde a concepção” (*privacy by design*) e da “privacidade por defeito” (*privacy by default*).

Os responsáveis pelo tratamento dos dados devem adotar medidas e orientações internas que respeitem a proteção de dados *desde a sua concepção* ⁵⁶. Ou seja, na criação dos serviços e

⁵⁵ Estas ideias estão também presentes no nosso artigo Karenina Tito, “Proteção de Dados Pessoais no Regulamento (UE) 2016/679: Anglicismos e Direito” in AAVV, *Estudios de Derecho Iberoamericano* (coord. Gabriel Martín Rodríguez), volume II, Las Palmas de Gran Canaria: La casa Del Abogado, 2019 p. 400 e ss.

⁵⁶ Cfr. (78) dos considerandos do RGPD

produtos com pressupostos de processamento de dados, terá que ser imediatamente considerado o direito subjetivo à proteção de dados pessoais. A isto corresponde a “privacidade desde a concepção”.

Nesse sentido, no momento de definição dos meios de tratamento e no momento do próprio tratamento, devem ser implementadas medidas técnicas e organizativas destinadas a aplicar com eficácia os princípios da proteção de dados, assegurando a proteção dos direitos das pessoas em causa⁵⁷. Por exemplo, as etiquetas que incorporem microchips e armazenem informações pessoais devem conter comandos de interrupção e utilizar criptografia, ou seja, linguagem codificada⁵⁸. Mas, pelo contrário, poderá violar as boas práticas desde a concepção uma política de privacidade de uma empresa que tenha potencial para livremente partilhar com entidades terceiras, para fins comerciais, os dados pessoais fornecidos pelo utilizador.

Igualmente, a “privacidade por defeito” tem uma importante incidência na defesa dos direitos e liberdades das pessoas singulares relativamente ao tratamento dos seus dados pessoais. Significa isto que só devem ser recolhidos os dados pessoais que forem necessários para cada finalidade específica do tratamento, isto é, limitados ao estritamente necessário, bem como significa que não devem ser conservados para além da duração mínima necessária⁵⁹.

Na verdade, como já existe uma lógica de privacidade desde a concepção, as próprias configurações e exigências iniciais de privacidade estão *por defeito* e automaticamente presentes

⁵⁷ Definição de “*privacy by design*” que já constava na *Recomendação da Comissão Europeia de 10 de outubro de 2014 (2014/724/EU)*, n.º 2, al. d).

⁵⁸ Cfr. Parecer da Autoridade Europeia para a Proteção de dados sobre a promoção da confiança na sociedade da informação através do reforço da proteção dos dados e da privacidade (2010/C 289/01), ponto 59.

⁵⁹ Cfr. *Recomendação da Comissão Europeia de 10 de outubro de 2014 (2014/724/EU)*, n.º 2, al. e); é o que também decorre do disposto do artigo 25.º do RGPD



nos produtos ou serviços. É essencialmente uma pré-configuração de proteção da privacidade.

Por exemplo, as empresas que administram os *websites* das redes sociais podem estabelecer uma pré-configuração mais protetora da privacidade dos utilizadores mais jovens⁶⁰. De acordo com um inquérito realizado para a Comissão Europeia, *“um quarto das crianças que utilizam sítios de redes sociais, como Facebook, Hyves, Tuenti, Nasza-Klasa SchuelerVZ, Hi5, Iwiw ou Myvip, afirma que o seu perfil foi definido como «público», o que significa que qualquer pessoa o pode ver; muitos destes perfis indicam o endereço e/ou o número de telefone.”*.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O novo RGPD da União Europeia entrou em vigor no dia 25 de maio de 2018 e alarmou muitas autoridades, organismos públicos e empresas privadas detentoras de dados pessoais. Qualquer informação relativa a uma pessoa singular – no que diz respeito, por exemplo, à sua identidade física, fisiológica, genética, religiosa, económica, cultural, política ou social – terá de ser tratada ou manuseada com um especial cuidado. As coimas previstas são elevadas e as autoridades públicas de controlo estão atentas. A preparação interna das organizações deve começar, à cautela, pela nomeação de EPD.

O papel do EPD é essencial para assegurar o cumprimento dos princípios e conceitos, os direitos dos titulares de dados e os deveres das entidades que lidam com esses mesmos dados pessoais. As medidas para preparar a aplicação do RGPD implicam considerar, designadamente, a informação fornecida às pessoas no momento da recolha dos dados pessoais, os procedimentos internos de garantia do exercício dos direitos dos titulares dos dados, o consentimento do titular dos dados, a qualificação dos “dados sensíveis”, a documentação e registo de

⁶⁰ Cfr. IP/11/479, Bruxelas, 18 de Abril de 2011.

atividades de tratamento, os contratos de subcontratação, as políticas e práticas da organização, a proteção desde a concepção dos produtos ou serviços, a avaliação de impacto ou as notificações de violação de segurança, entre outras.

As passadas notícias do uso indevido de dados pessoais por parte da empresa norte americana “Cambridge Analytica”, recolhidos através dos perfis dos utilizados do *Facebook*, com a finalidade de influenciar o voto dos eleitores americanos, é um significativo exemplo do acesso não autorizado a dados pessoais transmitidos, armazenados ou processados.

O presente estudo visou precisamente, através da figura do EPD, sensibilizar para os novos cuidados e procedimentos que devem ser adotados ou alterados com a entrada em vigor do RGPD. Muito se tem escrito acerca do perfil do EPD, sobre se deve ser um jurista, se deve ter conhecimentos de informática ou se deve ter prática na proteção de dados, mas parece que a resposta é que deve ter qualificações necessárias para cumprir a sua missão no caso concreto, em compromisso com regras legais e deontológicas. As suas funções de controle, informação, aconselhamento e cooperação, devem ter em conta os riscos associados às operações de tratamento, designadamente o seu âmbito, contexto e finalidades. Assim, o EPD tem necessariamente deveres específicos de resposta e contato com os titulares dos dados, de alertar a organização para os riscos do tratamento, de cooperar com a autoridade administrativa de controle, de sigilo, confidencialidade e, também, independência.

Esta é sem dúvida uma figura incontornável que faz parte dos novos desafios de proteção de dados pessoais na sociedade contemporânea.



REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS



- Ana Mafalda Castanheira Neves de Miranda Barbosa, *Litigiosidade Jurídico- Religiosa. Possibilidade de tutela civilística do sentimento religioso*, Cascais: Princípia, 2015
- Grupo do artigo 29.º para a proteção de dados, "Orientações sobre os encarregados da protecção de dados", adotadas em 13 de dezembro de 2016, com a última redação revista e adotada em 05 de abril de 2017
- Karenina Tito, "Proteção de Dados Pessoais no Regulamento (UE) 2016/679: Anglicismos e Direito" in AAVV, *Estudios de Derecho Iberoamericano* (coord. Gabriel Martín Rodríguez), volume II, Las Palmas de Gran Canaria: La casa Del Abogado, 2019 p. 400 e ss.
- Maria Leonor da Silva Teixeira, "A União Europeia e a Protecção de Dados Pessoais – Uma visão futurista", *Revista do Ministério Público*, 135 Julho, Setembro 2013
- Pedro Pais de Vasconcelos, *Direito de Personalidade*, Coimbra: Almedina, 2006
- Rabindranath Capelo de Sousa, *O direito geral da personalidade*, Coimbra: Coimbra Editora, 1995



FUNDAMENTOS DO DIREITO DAS COISAS NA ALEMANHA

Leonardo Estevam de Assis Zanini*

Resumo: O presente artigo analisa o tratamento dado pelo direito alemão ao direito das coisas. Apresenta os princípios fundamentais que regulam a matéria, merecendo destaque o princípio da abstração, uma peculiaridade do direito alemão que não é adotada no Brasil. Estuda a noção de coisa adotada pelo Código Civil alemão, a qual não mais se confunde com a situação dos animais. O texto ainda analisa o direito de propriedade na Alemanha, incluindo suas limitações, restrições, formas de defesa, conteúdo, bem como a vinculação social exigida pela Lei Fundamental alemã. Trata-se de pesquisa que utiliza metodologia descritiva e dedutiva, baseada fundamentalmente na investigação bibliográfica, jurisprudencial e legislativa. Por fim, o estudo panorâmico da matéria procura instigar o leitor a melhor compreender o papel socioeconômico do direito das coisas e a procurar soluções no direito alemão para problemas existentes no Brasil.

Palavras-Chave: direito das coisas; direito alemão; vinculação social da propriedade; princípio da abstração; princípio da separação.

FUNDAMENTALS OF THE LAW OF PROPERTY IN GERMANY

* Livre-docente e doutor em Direito Civil pela USP. Pós-doutorado em Direito Civil pelo Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht (Alemanha). Pós-doutorado em Direito Penal pelo Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht (Alemanha). Doutorando em Direito Civil pela Albert-Ludwigs-Universität Freiburg (Alemanha). Mestre em Direito Civil pela PUC-SP. Bacharel em Direito pela USP. Juiz Federal. Professor Universitário.



Abstract: This article analyzes the treatment given by the German law to the rights in rem. It presents the fundamental principles that regulate the matter, highlighting the principle of abstraction, a peculiarity of German law that is not adopted in Brazil. It studies the notion of thing adopted by the German Civil Code, which is no longer confused with the situation of animals. The text further analyzes property rights in Germany, including their limitations, restrictions, forms of defense, content, as well as the social link required by the German Constitution. This is a research that uses a descriptive and deductive methodology, fundamentally based on bibliographic, jurisprudential and legislative research. Finally, the panoramic study of the subject seeks to encourage the reader to better understand the socioeconomic role of the rights in rem and to seek solutions in German law to problems existing in Brazil.

Keywords: Law of property; German law; social obligation of property; principle of abstraction; principle of separation.

Sumário: Introdução – 1. A distinção entre direitos absolutos e direitos relativos – 2. A distinção entre direito das obrigações e direito das coisas – 3. Fontes do direito das coisas – 4. A noção de coisa como objeto corporal – 5. Os animais e as plantas – 6. Coisas móveis e imóveis – 7. Princípios fundamentais do direito das coisas – 7.1. *Numerus clausus* dos direitos reais – 7.2. Princípio da publicidade – 7.3. Princípio da especialidade – 7.4. Princípios da abstração e da separação – 8. O direito de propriedade – 9. A proteção constitucional do direito de propriedade e a propriedade do Código Civil alemão – 10. O conteúdo e os limites da propriedade constitucional – 11. Vinculação social da propriedade – 12. Restrições voluntárias à propriedade – 13. Diferentes formas de propriedade – 14. A proteção do direito de propriedade – 14.1. A pretensão de restituição do proprietário – 14.2. A proteção contra a turbacão da propriedade: pretensão de

cessação e de omissão – 14.3. A proteção contra a turbação da propriedade: problemas de vizinhança – 14.4. Pretensão à reparação de danos – 14.5. Outras ações contra o possuidor irregular – 15. Considerações finais.

INTRODUÇÃO



direito das coisas, em particular o direito de propriedade, tem grande significação política, econômica, social e ambiental. Nas discussões atuais sobre os valores fundamentais da democracia há especial atenção para o problema da propriedade privada e as formas como se deve lidar com ela, donde emergem questões muito sensíveis, em particular relativas à política habitacional.

Na Alemanha a situação não é diferente, mesmo porque o direito das coisas é um dos assuntos que guarda maior uniformidade entre os países de direito romano-germânico. Contudo, a legislação alemã apresenta algumas peculiaridades, demandando-se o estudo dos fundamentos do direito das coisas antes de uma análise mais acurada do direito de propriedade. E nesse ponto, como fruto do direito de tradição germânica, merece destaque a compreensão do princípio da abstração (*Abstraktionsgrundsatz*), uma peculiaridade do direito alemão, que não encontra reflexo no direito brasileiro.

Superada a análise dos fundamentos do direito das coisas e da noção de coisa adotada pelo Código Civil alemão (*Bürgerliches Gesetzbuch* - BGB), passa-se ao estudo do direito de propriedade, incluindo suas limitações, restrições, formas de defesa, conteúdo, bem como a vinculação social exigida pela Lei Fundamental alemã (*Grundgesetz* - GG).

Desse modo, o presente texto objetiva apresentar os fundamentos da legislação alemã sobre o direito das coisas. Trata-se de um estudo no qual a metodologia utilizada é descritiva e



dedutiva, baseada fundamentalmente na investigação bibliográfica, jurisprudencial e legislativa. Ao mesmo tempo em que informa, o estudo panorâmico da matéria também busca instigar o leitor a procurar soluções no direito alemão para problemas existentes no Brasil. Igualmente, são feitos apontamentos específicos sobre eventuais aproximações e diferenças existentes entre o direito alemão e brasileiro, que certamente permitirão uma melhor compreensão do papel socioeconômico do direito das coisas, especialmente da propriedade.

1. A DISTINÇÃO ENTRE DIREITOS ABSOLUTOS E DIREITOS RELATIVOS

Os direitos subjetivos podem ser classificados de diferentes formas. A distinção mais importante na Alemanha, como também ocorre no Brasil, é entre direitos absolutos e direitos relativos.

A propriedade, no direito alemão, está protegida contra qualquer pessoa, constituindo, portanto, um direito absoluto (*absolutes Recht*)¹. O oposto é o caso dos direitos que são dirigidos somente contra uma pessoa determinada e que apenas podem ser exigidos dessa pessoa, isto é, os direitos relativos, aí se incluindo os direitos obrigacionais².

Entretanto, é importante frisar que as pretensões individuais, que constituem direitos relativos, podem resultar do direito de propriedade ou de outros direitos absolutos³. Assim, se um objeto for destruído ou danificado culposamente, o proprietário tem contra o ofensor uma pretensão ao pagamento de

¹ MEDICUS, Dieter. *Allgemeiner Teil des BGB*. 10. ed. Heidelberg: C.F. Müller, 2010, p. 33.

² KLINCK, Fabian. Sachenrecht. In: *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. Eckpfeiler des Zivilrechts*. 6. ed. Berlin: Sellier, 2018, p. 1271.

³ SCHAPP, Jan. *Direito das coisas*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2010, p. 20-21.



indenização (§ 823, 1 do BGB), que é um direito relativo⁴.

O direito alemão divide os direitos absolutos da seguinte forma: a) direitos de domínio sobre uma coisa (e.g. propriedade, penhor, usufruto); b) direitos da personalidade (direito geral da personalidade e direitos particulares da personalidade, como, por exemplo, o direito ao nome e o direito à própria imagem); c) direitos sobre bens imateriais (direitos de domínio sobre bens imateriais: direito de autor, direito de patente, direito de marca, entre outros)⁵.

Desse modo, tirante a relação dos direitos absolutos, da qual faz parte o direito das coisas, os demais direitos são classificados pelos alemães como direitos relativos.

2. A DISTINÇÃO ENTRE DIREITO DAS COISAS E DIREITO DAS OBRIGAÇÕES

No direito alemão também é tradicional a distinção entre direito das coisas e direito das obrigações.

O direito das coisas existe sobre determinados objetos, em número limitado e somente com autorização da lei. São direitos absolutos, que devem ser respeitados por todos, pois o direito concede ampla proteção contra a sua violação por parte de terceiros⁶.

O direito das obrigações, por outro lado, não está limitado a determinados tipos previstos em lei, admitindo-se a sua criação em consonância com a liberdade contratual (*Vertragsfreiheit*). São direitos relativos, pois vinculam somente o credor e o devedor, não afetando terceiros⁷.

⁴ LEIPOLD, Dieter. *BGB I: Einführung und Allgemeiner Teil*. 4. ed. Tübingen: Mohr Siebeck, 2007, p. 72-73.

⁵ LEIPOLD, Dieter. *BGB I: Einführung und Allgemeiner Teil*. 4. ed. Tübingen: Mohr Siebeck, 2007, p. 73.

⁶ PRÜTTING, Hanns. *Sachenrecht*. 36. ed. München: C.H. Beck, 2017, p. 8.

⁷ SCHELLHAMMER, Kurt. *Sachenrecht nach Anspruchsgrundlagen*. 5. ed. Heidelberg: C.F. Müller, 2017, p. 649.



Outrossim, os negócios jurídicos em matéria de direito das coisas diferem consideravelmente dos negócios jurídicos de direito das obrigações. Tanto no direito alemão como no direito brasileiro um contrato de compra e venda de uma coisa móvel, por exemplo, apenas cria para o vendedor a obrigação de transferir a propriedade do objeto da compra⁸.

Isso porque os negócios jurídicos obrigacionais não têm influência imediata sobre a situação jurídica de uma coisa. De fato, é imprescindível, para alterar a situação jurídica da coisa, a realização de um negócio jurídico adicional, um negócio jurídico de disposição (*Verfügungsgeschäft*). Assim sendo, as diferenças entre o direito das obrigações e o direito das coisas não têm natureza meramente teórica, possuindo considerável significado prático⁹.

Nesse ponto, vale notar que o negócio jurídico de disposição também constitui uma construção jurídica que não existe no direito brasileiro, pelo menos segundo a doutrina brasileira majoritária, o que representa um grande diferencial entre o direito das coisas na Alemanha e no Brasil¹⁰.

3. FONTES DO DIREITO DAS COISAS

⁸ “§ 433 Vertragstypische Pflichten beim Kaufvertrag. (1) Durch den Kaufvertrag wird der Verkäufer einer Sache verpflichtet, dem Käufer die Sache zu übergeben und das Eigentum an der Sache zu verschaffen. Der Verkäufer hat dem Käufer die Sache frei von Sach- und Rechtsmängeln zu verschaffen. (2) Der Käufer ist verpflichtet, dem Verkäufer den vereinbarten Kaufpreis zu zahlen und die gekaufte Sache abzunehmen”. Tradução livre: § 433 do BGB: “Deveres contratuais típicos no contrato de compra e venda. (1) Pelo contrato de compra e venda, o vendedor de uma coisa se obriga à sua entrega ao comprador e a lhe transmitir a propriedade sobre a coisa. O vendedor deve entregar a coisa ao comprador livre de vícios materiais e jurídicos. (2) O comprador está obrigado a pagar ao vendedor o preço de compra convencionado e a receber a coisa comprada”.

⁹ EISENHARDT, Ulrich. *Einführung in das Bürgerliche Recht*. 7. ed. Viena: Facultas, 2018, p. 480.

¹⁰ TEPEDINO, Gustavo; MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo; RENTERIA, Pablo. *Direitos reais*. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 115.

O protótipo do direito sobre uma coisa é a propriedade, a qual encontra proteção na Lei Fundamental alemã (art. 14, GG)¹¹.

O direito das coisas faz parte do direito privado alemão, tanto que está previsto no terceiro livro do BGB (§§ 854 a 1296), intitulado “Direito das Coisas” (*Sachenrecht*)¹². Nele está positivado o essencial acerca das regras que regem as relações jurídicas entre um sujeito de direito (*Rechtssubjekt*) e uma coisa (*Rechtsobjekt*), o que inclui a propriedade, a posse, bem como numerosos outros direitos reais limitados¹³.

Entretanto, o terceiro livro do BGB não contém todas as disposições de direito material acerca das coisas, uma vez que existem ainda normas esparsas sobre a matéria em outros livros da codificação civil¹⁴. Na Parte Geral do BGB, por exemplo, existem regras sobre coisas nos §§ 90 a 103, que contêm uma espécie de parte geral do direito das coisas, valendo destacar o estabelecido nos §§ 90 e 90a, este último introduzido em 1990 no BGB¹⁵.

Além disso, existem algumas leis especiais, bastante relevantes, que tratam de determinados assuntos de direitos das coisas fora do âmbito do BGB¹⁶. Esse é o caso da lei relativa ao direito de superfície (*Erbbaurechtsgesetz*), da lei relativa à copropriedade em prédios de apartamentos (*Wohnungseigentumsgesetz*), da lei relativa a navios (*Schiffsgesetz*), e ainda da

¹¹ KÜHL, Kristian; REICHOLD, Hermann; RONELLENFITSCH, Michael. *Einführung in die Rechtswissenschaft*. 3. ed. München: C. H. Beck, 2019, p. 209.

¹² BAUR, Fritz; STÜRNER, Rolf. *Sachenrecht*. 18. ed. München: C.H. Beck, 2015, p. 5.

¹³ DECKENBROCK, Christian; HÖPFNER, Clemens. *Bürgerliches Vermögensrecht*. 3. ed. Baden-Baden: Nomos, 2017, p. 249.

¹⁴ KLINCK, Fabian. *Sachenrecht*. In: *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. Eckpfeiler des Zivilrechts*. 6. ed. Berlin: Sellier, 2018, p. 1271.

¹⁵ SCHELLHAMMER, Kurt. *Sachenrecht nach Anspruchsgrundlagen*. 5. ed. Heidelberg: C.F. Müller, 2017, p. 633.

¹⁶ BAUR, Fritz; STÜRNER, Rolf. *Sachenrecht*. 18. ed. München: C.H. Beck, 2015, p. 8.

lei sobre minas (*Bundesberggesetz*)¹⁷.

4. A NOÇÃO DE COISA COMO OBJETO CORPORAL

O conceito de coisa é fundamental para a compreensão do direito das coisas.

Na Parte Geral do BGB, em seu § 90, encontra-se a noção de coisa (*Begriff der Sache*), que se entende como todo objeto corporal (*körperlicher Gegenstand*), tangível, que forma uma parte delimitável da matéria¹⁸.

Retomando as ideias do movimento pandectista, a concepção legal alemã considera que somente as coisas corpóreas podem ser possuídas¹⁹ e que a propriedade e os direitos reais sobre coisas alheias somente podem existir sobre objetos corpóreos²⁰.

Com isso, fala-se em um gênero (*Oberbegriff*), que seria o “objeto” (*Gegenstand*), o qual engloba todos os objetos de direito (*Rechtsobjekte*), isto é, as coisas corpóreas (móveis e imóveis) e os direitos não corpóreos²¹. Coisas em sentido legal são então somente os bens corpóreos, concepção restrita do direito alemão²², que tem sua origem na vontade dos redatores do BGB.

¹⁷ FROMONT, Michel; KNETSCH, Jonas. *Droit privé allemand*. 2. ed. Paris: LGDJ, 2017, p. 249.

¹⁸ SCHWAB, Dieter; LÖHNIG, Martin. *Einführung in das Zivilrecht*. 20. ed. Heidelberg: C.F.Müller, 2016, p. 128.

¹⁹ No direito brasileiro não há regra tão precisa quanto a do BGB, mas, conforme a doutrina amplamente majoritária, o livro do direito das coisas é voltado para os objetos corporais (PENTEADO, Luciano de Camargo. *Direito das coisas*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 48).

²⁰ CANDIAN, Albina; GAMBARO, Antonio; POZZO, Barbara. *Property – Propriété – Eigentum*, p. 317-318.

²¹ LEIPOLD, Dieter. *BGB I: Einführung und Allgemeiner Teil*. 4. ed. Tübingen: Mohr Siebeck, 2007, p. 500.

²² Por outro lado, o Código Civil austríaco (*Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch – ABGB*), promulgado em 1811, reconhece a existência de coisa incorpórea (*unkörperlichen Sache*), o que consta do seu § 353, que estabelece: “*Alles, was jemandem zugehört, alle seine körperlichen und unkörperlichen Sachen, heißen sein Eigentum*” (STRACK, Astrid. *Hintergründe des Abstraktionsprinzips. Juristische Ausbildung*, v.

que queriam distinguir claramente o direito das coisas do direito das obrigações²³.

Somente se considera coisa o objeto que é tangível (apreendido fisicamente), delimitável e passível de domínio²⁴. É necessário que haja matéria no sentido físico, sendo irrelevante se a matéria está no estado sólido, líquido ou gasoso. Não é necessário então que o objeto seja sólido, pois se puder ser apreendido, qualquer que seja seu estado (sólido, líquido ou gasoso), será considerado coisa. O ar livre, as águas de um rio ou as águas subterrâneas, como regra, não são coisas, visto que integram a categoria dos bens comuns (*res communes omnium*)²⁵, mas se estiverem contidos, por exemplo, em um frasco de vidro, aí passam a integrar a categoria das coisas na acepção empregada pelo BGB. Ainda, conforme entendimento majoritário da doutrina, o som, a eletricidade e a luz não são consideradas coisas²⁶, pois não podem ser possuídas ou transferidas, bem como não há que se falar na existência de um direito de propriedade sobre elas²⁷.

Em relação ao corpo da pessoa viva, não são aplicáveis as regras relativas às coisas. O corpo é o suporte material do ser humano (sujeito de direito), de modo que o corpo não é ele próprio objeto de direitos de outras pessoas. Os embriões (criopreservados ou *in vitro*) também não são considerados coisas, não sendo objeto de propriedade²⁸. No que toca ao cadáver, com exceção de múmias, esqueletos e peças anatômicas, não são

33, n. 1, p. 5-9, 2011, p. 6).

²³ FROMONT, Michel; KNETSCH, Jonas. *Droit privé allemand*. 2. ed. Paris: LGDJ, 2017, p. 249.

²⁴ KÜHL, Kristian; REICHOLD, Hermann; RONELLENFITSCH, Michael. *Einführung in die Rechtswissenschaft*. 3. ed. München: C. H. Beck, 2019, p. 209.

²⁵ SCHELLHAMMER, Kurt. *Sachenrecht nach Anspruchsgrundlagen*. 5. ed. Heidelberg: C.F. Müller, 2017, p. 633-634.

²⁶ KALLWASS, Wolfgang; ABELS, Peter. *Privatrecht*. 23. ed. München: Franz Vahlen, 2018, p. 231.

²⁷ WEBER, Ralph. *Sachenrecht: Grundstücksrecht*. 4. ed. Baden-Baden: Nomos, 2015, v. II, p. 28.

²⁸ WOLF, Manfred; WELLENHOFER, Marina. *Sachenrecht*. 34. ed. München: C.H. Beck, 2019, p. 8.



aplicáveis as regras atinentes às coisas²⁹. Por outro lado, as partes separadas do corpo da pessoa viva, como o cabelo cortado ou o dente arrancado, são qualificadas como coisas³⁰.

Outrossim, diante dessa concepção, bens imateriais, como marcas, patentes, programas de computador, dados eletrônicos, direitos autorais, a firma (como nome do comerciante e da empresa) e o *good will*, não podem ser qualificados como coisas e não podem ser objeto de propriedade. São eles objetos de direito que têm grande importância prática, mas como não são corpóreos, não são coisas³¹, pois não podem ser considerados como uma parte espacialmente limitada da natureza³².

O mesmo raciocínio se aplica aos direitos da personalidade e aos direitos de crédito (*Forderungen*)³³. O suporte material desses direitos, por outro lado, pode ser considerado coisa, distinção que fica clara quando se separa a propriedade do livro do direito de autor sobre o texto que ele contém³⁴.

Por conseguinte, fica evidente que a definição de coisa não busca resolver um problema de ordem física ou lógica, mas simplesmente atender à conveniência jurídica³⁵.

5. OS ANIMAIS E AS PLANTAS

O Código Civil alemão considera que as plantas pertencem à categoria das coisas. Os animais (*Tiere*), por outro lado, eram tidos como coisas até 1º de janeiro de 1991. Atualmente

²⁹ MEDICUS, Dieter. *Allgemeiner Teil des BGB*. 10. ed. Heidelberg: C.F. Müller, 2010, p. 480.

³⁰ MÜLLER, Klaus; GRUBER, Urs Peter. *Sachenrecht*. München: Franz Vahlen, 2016, p. 5.

³¹ LÜKE, Wolfgang. *Sachenrecht*. 4. ed. München: C. H. Beck, 2018, p. 4.

³² STRACK, Astrid. Hintergründe des Abstraktionsprinzips. *Juristische Ausbildung*, v. 33, n. 1, p. 5-9, 2011, p. 6.

³³ FROMONT, Michel; KNETSCH, Jonas. *Droit privé allemand*. 2. ed. Paris: LGDJ, 2017, p. 250.

³⁴ HUBMANN, Heinrich. *Das Persönlichkeitsrecht*. 2. ed. Köln: Böhlau, 1967, p. 86.

³⁵ SCHWAB, Dieter; LÖHNIG, Martin. *Einführung in das Zivilrecht*. 20. ed. Heidelberg: C.F. Müller, 2016, p. 128.

não são mais coisas, devendo ser protegidos por leis especiais. A eles são aplicadas as disposições sobre coisas, por analogia, na medida em que não se estabeleça algo distinto (§ 90a do BGB)³⁶.

De fato, a regulamentação da situação dos animais sofreu alteração legislativa, datada de 20.8.1990, tendo sido introduzido o § 90a no BGB. A codificação alemã passou então a trazer disposição especial em relação aos animais, destacando que eles não são coisas, mas que na falta de disposição especial, as regras atinentes às coisas lhes são aplicadas (§ 90a, 3 do BGB)³⁷.

Larenz e Wolf justificam a distinção de tratamento pelo fato de que os animais são seres vivos, e não meramente coisas. Desta feita, a sua configuração legal não é, em linhas gerais, a da propriedade (§ 903), mas sim fundada em leis especiais de proteção³⁸, o que, porém, não lhes outorga a autodeterminação e a responsabilidade próprias dos seres humanos³⁹.

Com efeito, após a referida alteração, o BGB passou a distinguir os animais (*Tiere*) das coisas (*Sachen*), considerando legalmente como coisas apenas os objetos corporais, as parcelas existentes da natureza dominável (§ 90)⁴⁰. Apesar da distinção, em realidade, no âmbito do direito civil alemão não existem disposições especiais relativas aos animais, que são tratados como

³⁶ § 90a do BGB: “*Tiere sind keine Sachen. Sie werden durch besondere Gesetze geschützt. Auf sie sind die für Sachen geltenden Vorschriften entsprechend anzuwenden, soweit nicht etwas anderes bestimmt ist*”. Tradução livre: “Animais não são coisas. Eles são protegidos por leis especiais. Até onde não for diversamente determinado, a eles são aplicáveis os correspondentes preceitos válidos para as coisas”.

³⁷ SCHELLHAMMER, Kurt. *Sachenrecht nach Anspruchsgrundlagen*. 5. ed. Heidelberg: C.F. Müller, 2017, p. 634.

³⁸ Na Alemanha, a proteção especial outorgada aos animais, que são considerados seres vivos, encontra-se, em linhas gerais, na *Tierschutzgesetz* – TierSchG (HÜBNER, Heinz. *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches*. 2 ed. Berlin: de Gruyter, 1996, p. 166).

³⁹ LARENZ, Karl; WOLF, Manfred. *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*. 8. ed. München: Beck, 1997, p. 387.

⁴⁰ BROX, Hans; WALKER, Wolf-Dietrich. *Allgemeiner Teil des BGB*. 31. ed. München: Carl Heymanns Verlag, 2007, p. 400.



coisas móveis e regidos pelas normas atinentes à propriedade e à posse⁴¹.

Outrossim, vale notar que, segundo muitos estudiosos, essa alteração não passa de uma ficção, uma banalidade, decorrente de motivação política, que procurou implantar a pauta de proteção dos animais no âmbito do BGB. A alteração é realmente objeto de fortes críticas na Alemanha, afirmando-se que, no fim das contas, os animais continuam tendo tratamento como coisas na esfera do direito civil⁴².

Em todo caso, como alerta Medicus, é um absurdo a pretensão de dar tratamento aos animais como sujeitos jurídicos⁴³. E para reforçar seu entendimento, exemplifica com um pedido teratológico de chamamento de focas para participação em um litígio administrativo sobre a poluição do Mar do Norte⁴⁴.

6. COISAS MÓVEIS E IMÓVEIS

Seguindo a tradição existente no direito dos países de *civil law*, o Código Civil alemão distingue as coisas móveis (*bewegliche Sachen - Mobilien*) das coisas imóveis, ou terrenos (*Grundstücke - Immobilien*)⁴⁵. Isso tem bastante relevância, pois, tal como se passa no direito brasileiro, o regime jurídico

⁴¹ SCHWAB, Dieter; LÖHNIG, Martin. *Einführung in das Zivilrecht*. 20. ed. Heidelberg: C.F. Müller, 2016, p. 129.

⁴² KÜHL, Kristian; REICHOLD, Hermann; RONELLENFITSCH, Michael. *Einführung in die Rechtswissenschaft*. 3. ed. München: C. H. Beck, 2019, p. 210.

⁴³ No Brasil, a despeito de algumas decisões isoladas, é certo que a legislação considera os animais como coisas, ou melhor, como semoventes (art. 82 do Código Civil). Não se pode negar, entretanto, que muitos animais, especialmente os mamíferos, devem ser considerados como seres sencientes, o que demandaria uma revisão na legislação brasileira. Nessa linha, o caminho adotado pelo BGB parece ser o mais salutar, uma vez que os animais foram excluídos da categoria das coisas, mas continuam sendo objetos de direito, isto é, os animais não pertencem à categoria dos sujeitos de direito (WOLF, Manfred; NEUNER, Jörg. *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*. 11. ed. München: C.H. Beck, 2016, p. 301-302).

⁴⁴ MEDICUS, Dieter. *Allgemeiner Teil des BGB*. 10. ed. Heidelberg: C.F. Müller, 2010, p. 480.

⁴⁵ LÜKE, Wolfgang. *Sachenrecht*. 4. ed. München: C. H. Beck, 2018, p. 10.



Nesse ponto, o Código Civil alemão, diferentemente do direito brasileiro⁵², utiliza para determinar a categoria dos imóveis a noção de terreno (*Grundstück*). Ao lado dos terrenos propriamente ditos, a noção de coisa imóvel também abrange as coisas móveis que se tornaram suas partes constitutivas essenciais (*wesentliche Bestandteile*), cuja previsão consta dos §§ 93 e 94 do BGB⁵³. Desse modo, todos os demais objetos que não constituam um terreno ou uma parte constitutiva essencial do terreno são considerados coisas móveis⁵⁴.

O direito alemão, somente de forma excepcional, admite a dissociação da propriedade imobiliária entre o terreno e o edifício⁵⁵, como acontece na legislação relativa ao direito de superfície (*Erbbaurecht*)⁵⁶.

Ademais, navios e aeronaves são coisas móveis, mas para efeito de registro são tratados em alguns aspectos como coisas imóveis⁵⁷.

Por conseguinte, de forma residual, toda coisa corpórea que pode mudar sua posição espacial, bem como que não se classifique como imóvel (*Grundstück*), é considerada uma coisa

⁵² Conforme ensina Lôbo, o bem imóvel pode ser definido, no direito brasileiro, como “a parte da superfície da terra, chão ou solo, e tudo o que se edifique sobre ela ou se incorpore em caráter permanente, pela mão do homem ou pela natureza” (LÔBO, Paulo. *Direito civil: parte geral*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, v. 1).

⁵³ SCHELLHAMMER, Kurt. *Sachenrecht nach Anspruchsgrundlagen*. 5. ed. Heidelberg: C.F. Müller, 2017, p. 635.

⁵⁴ WOLF, Manfred; NEUNER, Jörg. *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*. 11. ed. München: C.H. Beck, 2016, p. 302.

⁵⁵ ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. O Direito de Superfície na Alemanha e o seu Caráter Social. *Mitteilungen der Deutsch-Brasilianischer Juristenvereinigung*, a. 34, n. 1, p. 39-59, ago. 2016, p. 46.

⁵⁶ A lei relativa ao direito de superfície (*Erbbaugesetz*) permite ao proprietário de um terreno criar um direito real que autoriza um terceiro a erigir um edifício, objeto de um direito real distinto (PRÜTTING, Hanns. *Sachenrecht*. 36. ed. München: C.H. Beck, 2017, p. 366). Situação semelhante sucede com as regras sobre a copropriedade em edifícios de apartamentos (*Wohnungseigentumsgesetz*), que autorizam a criação de um direito de propriedade particular sobre uma parte de um edifício (FROMONT, Michel; KNETSCH, Jonas. *Droit privé allemand*. 2. ed. Paris: LGDJ, 2017, p. 250).

⁵⁷ SCHELLHAMMER, Kurt. *Sachenrecht nach Anspruchsgrundlagen*. 5. ed. Heidelberg: C.F. Müller, 2017, p. 635.



direitos reais é fixado pela lei⁶³, não se admitindo que seja alterado por negócio jurídico⁶⁴. E isso ocorre pelo fato de que os direitos reais têm efeitos *erga omnes*, o que demanda que sejam conhecidos e previamente definidos de forma clara e sempre reconhecível⁶⁵.

Com efeito, em virtude do princípio do *numerus clausus*, as partes não podem criar um direito real novo, desconhecido por terceiros, nem alterar o conteúdo de um direito real existente. Os direitos reais são então apenas aqueles determinados pela lei e o contorno desses direitos também deve ser estipulado pela lei. Assim sendo, o direito alemão não permite, por exemplo, a contratação de um penhor para utilização de um imóvel, instituto conhecido como anticrese (*Antichrese*)⁶⁶.

O princípio da tipologia imperativa (*Typenzwang des Sachenrechts*) se opõe à liberdade das partes em matéria contratual (*Vertragsfreiheit*), largamente aplicado no âmbito do direito das obrigações. Há então limites muito mais estreitos no âmbito do direito das coisas do que no direito das obrigações⁶⁷. Consequentemente, o direito das coisas é constituído, predominantemente, por normas cogentes (*zwingendes Recht*)⁶⁸.

Outrossim, a limitação aos tipos previstos na lei está em consonância tanto com a segurança jurídica (*Rechtssicherheit*) como com o caráter absoluto (*Absolutheit*) dos direitos reais⁶⁹.

⁶³ KLUNZINGER, Eugen. *Einführung in das Bürgerliche Recht*. 16. ed. München: Franz Vahlen, 2013, p. 631.

⁶⁴ BREHM, Wolfgang; BERGER, Christian. *Sachenrecht*. 3. ed. Tübingen: Mohr Siebeck, 2014, p. 22.

⁶⁵ BÄHR, Peter. *Grundzüge des Bürgerlichen Rechts*. 12. ed. München: Franz Vahlen, 2013, p. 423.

⁶⁶ BREHM, Wolfgang; BERGER, Christian. *Sachenrecht*. 3. ed. Tübingen: Mohr Siebeck, 2014, p. 22.

⁶⁷ FÖRSCHLER, Peter. *Grundzüge des Wirtschaftsprivatrechts*. München: Franz Vahlen, 2018, p. 140.

⁶⁸ EISENHARDT, Ulrich. *Einführung in das Bürgerliche Recht*. 7. ed. Viena: Facultas, 2018, p. 481.

⁶⁹ MEDER, Stephan; CZELK, Andrea. *Grundwissen Sachenrecht*. 3. ed. Tübingen: Mohr Siebeck: 2018, p. 6.



7.2. PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE

Como regra, tal visibilidade é assegurada, em matéria imobiliária, pela inscrição no livro de registro imobiliário (*Grundbuch*), conforme dispõe o § 930 do BGB. No que toca aos bens móveis, a publicidade ocorre pela transferência da

⁷³ LÜKE, Wolfgang. *Sachenrecht*. 4. ed. München: C. H. Beck, 2018, p. 13.



posse (§ 929 do BGB), isto é, pela tradição (*Übergabe*)⁷⁴. Desse modo, a posse e o registro imobiliário são indicados como meios de publicidade (*Publizitätsmittel*)⁷⁵.

Em todo caso, vale frisar que no sistema econômico atual a posse sofreu forte perda de sua função como meio de publicidade, uma vez que muitos bens jurídicos são usados por possuidores que não são proprietários, o que ocorre quando se está diante de figuras como o *leasing*, a reserva de domínio (*Eigentumsvorbehalt*) ou a propriedade fiduciária (*Sicherungseigentum*)⁷⁶.

7.3. PRINCÍPIO DA ESPECIALIDADE

Como se sabe, uma das principais tarefas do direito das coisas é a ligação de um sujeito de direito a um objeto jurídico. Para tanto, a titularidade sobre uma coisa deve estar clara e inequívoca, exigência que está em consonância com a segurança jurídica. Um negócio jurídico de direito das coisas somente é eficaz se a coisa em questão for determinada de forma inequívoca, isto é, especializada⁷⁷.

O princípio da especialidade (*Spezialitätsgrundsatz* ou *Bestimmtheit*) é bastante importante e significa que o direito das coisas deve incidir somente sobre uma coisa individualizada⁷⁸. Em toda transferência é necessário que o seu objeto seja precisamente designado, de forma que seja possível distingui-lo de

⁷⁴ MEDER, Stephan; CZELK, Andrea. *Grundwissen Sachenrecht*. 3. ed. Tübingen: Mohr Siebeck: 2018, p. 6.

⁷⁵ BREHM, Wolfgang; BERGER, Christian. *Sachenrecht*. 3. ed. Tübingen: Mohr Siebeck, 2014, p. 24.

⁷⁶ WOLF, Manfred; WELLENHOFER, Marina. *Sachenrecht*. 34. ed. München: C.H. Beck, 2019, p. 29.

⁷⁷ KÜHL, Kristian; REICHOLD, Hermann; RONELLENFITSCH, Michael. *Einführung in die Rechtswissenschaft*. 3. ed. München: C. H. Beck, 2019, p. 213.

⁷⁸ FÖRSCHLER, Peter. *Grundzüge des Wirtschaftsprivatrechts*. München: Franz Vahlen, 2018, p. 139.

outras coisas⁷⁹.

Outrossim, é importante observar que o BGB ignora a existência de direito das coisas sobre universalidades (*Sachgesamtheiten*). Com isso, um conjunto de coisas e de direitos, como um fundo de comércio, não pode ser objeto de um mesmo direito das coisas. Sua transmissão não poderá ser feita senão organizando a transferência da propriedade de cada coisa pertencente à universalidade⁸⁰. Desse modo, é necessário elaborar um inventário com todos os bens individualizados, visto que a transferência da propriedade deve sempre estar concretamente relacionada com determinada coisa⁸¹. E nesse ponto o direito alemão certamente é mais exigente que o direito brasileiro.

Por conseguinte, uma pessoa deve ser capaz de identificar, com base somente no negócio jurídico de disposição, quem tem o direito real sobre determinada coisa⁸².

7.4. PRINCÍPIOS DA ABSTRAÇÃO E DA SEPARAÇÃO

O direito alemão apresenta uma grande particularidade que é a adoção dos princípios da abstração e da separação (*Trennungs- und Abstraktionsprinzip*). Entre os países do sistema da *civil law*, a Alemanha, por influência de Savigny, tomou um caminho bastante peculiar, consagrando os princípios da abstração e da separação, o que gera bastante dificuldade de compreensão por parte dos estudiosos estrangeiros⁸³.

A matéria está regulada na Parte Geral do BGB, pois diz respeito à noção geral de negócios jurídicos. Assim sendo, o

⁷⁹ SCHELLHAMMER, Kurt. *Sachenrecht nach Anspruchsgrundlagen*. 5. ed. Heidelberg: C.F. Müller, 2017, p. 650.

⁸⁰ FROMONT, Michel; KNETSCH, Jonas. *Droit privé allemand*. 2. ed. Paris: LGDJ, 2017, p. 249.

⁸¹ MEDER, Stephan; CZELK, Andrea. *Grundwissen Sachenrecht*. 3. ed. Tübingen: Mohr Siebeck: 2018, p. 7.

⁸² LÜKE, Wolfgang. *Sachenrecht*. 4. ed. München: C. H. Beck, 2018, p. 12.

⁸³ DECKENBROCK, Christian; HÖPFNER, Clemens. *Bürgerliches Vermögensrecht*. 3. ed. Baden-Baden: Nomos, 2017, p. 31.



direito alemão realiza distinção bastante nítida entre dois tipos de negócios jurídicos, isto é, os negócios criadores de obrigações (*Verpflichtungsgeschäfte*) e os negócios de disposição (*Verfügungsgeschäfte*)⁸⁴. Tal distinção corresponde ao princípio da separação (*Trennungsprinzip*), que é um pressuposto necessário para a existência do princípio da abstração (*Abstraktionsprinzip*)⁸⁵.

De fato, a transferência da propriedade, seja de um móvel ou de um imóvel, não se opera no âmbito do contrato de compra e venda (*Kaufvertrag*), que não tem qualquer efeito translativo, criando apenas obrigações (§ 433 do BGB). Para que ocorra a transferência da propriedade é imprescindível a realização de um negócio jurídico distinto, um segundo negócio jurídico, ainda que tal negócio seja frequentemente celebrado simultaneamente com o contrato que cria as obrigações⁸⁶. Esse acordo de vontades, que tem como objetivo a transferência da propriedade, é denominado *Einigung*. Em matéria imobiliária a *Einigung* é feita diante de uma autoridade competente, normalmente um notário, recebendo denominação específica de *Auflassung*⁸⁷.

Ademais, para que a transferência se concretize, além da *Einigung*, é necessário um ato real que dê publicidade à transferência. No caso de coisas móveis esse ato real é a entrega do bem ao seu adquirente, isto é, a tradição (*Übergabe*, § 929 do BGB). Em relação às coisas imóveis, a transferência se conclui com a inscrição da mudança da situação jurídica no registro imobiliário (*Eintragung im Grundbuch*, § 873 do BGB)⁸⁸.

Desse modo, o princípio da separação, que encontra suas raízes no direito romano, significa, para o direito alemão, a

⁸⁴ WOLF, Manfred; WELLENHOFER, Marina. *Sachenrecht*. 34. ed. München: C.H. Beck, 2019, p. 32.

⁸⁵ LEIPOLD, Dieter. *BGB I: Einführung und Allgemeiner Teil*. 4. ed. Tübingen: Mohr Siebeck, 2007, p. 81.

⁸⁶ WITZ, Claude. *Le droit allemand*. 3. ed. Paris: Dalloz, 2018, p. 113.

⁸⁷ PRÜTTING, Hanns. *Sachenrecht*. 36. ed. München: C.H. Beck, 2017, p. 144-145.

⁸⁸ MEDER, Stephan; CZELK, Andrea. *Grundwissen Sachenrecht*. 3. ed. Tübingen: Mohr Siebeck: 2018, p. 178.



Pelo princípio da abstração, o negócio jurídico obrigacional é independente do negócio jurídico de disposição⁹³, de

⁹³ LEIPOLD, Dieter. *BGB I: Einführung und Allgemeiner Teil*. 4. ed. Tübingen: Mohr Siebeck, 2007, p. 81.



maneira que eventuais problemas relacionados com o negócio jurídico obrigacional (e.g. nulidades, vícios de consentimento etc.) não afetam o negócio jurídico de disposição, que permanece eficaz⁹⁴. É juridicamente irrelevante a causa da transferência, não interessa se foi feito, por exemplo, um contrato de doação ou uma compra e venda.

A doutrina alemã divide a abstração em dois aspectos. Por um lado, o negócio jurídico real não depende da existência de uma causa (*inhaltliche Abstraktion*)⁹⁵. Por outro lado, o negócio jurídico real é independente do negócio jurídico obrigacional (*äußerlich Abstraktion*)⁹⁶.

Ademais, como os atos de disposição são abstratos, as ações fundadas em enriquecimento sem causa (§§ 812 e seguintes do BGB) ganham bastante importância no direito alemão, visto que são ajuizadas pelo alienante para a obtenção da devolução da coisa, o que será possível, a menos que a coisa tenha sido transferida nesse entretempo a um terceiro.

Todavia, existem casos em que a mesma causa pode gerar a nulidade tanto do negócio jurídico obrigacional como do negócio jurídico de disposição (*Fehleridentität*)⁹⁷. Isso ocorre, como regra, tanto em matéria de incapacidade jurídica (*Mängel der Geschäftsfähigkeit*) como em caso de dolo ou de coação ilegítima. A situação é, entretanto, diferente na hipótese de erro. Realmente, como o único objetivo do negócio jurídico de disposição é provocar a transferência da propriedade, geralmente ele não é afetado por erros cometidos quando o negócio gerador da obrigação é celebrado. Ademais, a apreciação da extensão da

⁹⁴ No direito brasileiro, por outro lado, como não foi acolhido o princípio da abstração, o negócio jurídico que deu origem ao registro é indispensável para a apuração de sua validade (TEPEDINO, Gustavo; MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo; RENTERIA, Pablo. *Direitos reais*. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 115).

⁹⁵ LÜKE, Wolfgang. *Sachenrecht*. 4. ed. München: C. H. Beck, 2018, p. 15.

⁹⁶ BAUR, Fritz; STÜRNER, Rolf. *Sachenrecht*. 18. ed. München: C.H. Beck, 2015, p. 55.

⁹⁷ LEIPOLD, Dieter. *BGB I: Einführung und Allgemeiner Teil*. 4. ed. Tübingen: Mohr Siebeck, 2007, p. 81.

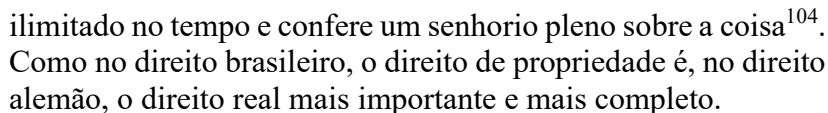


Em suma, pelo princípio da separação, o negócio de direito obrigacional e o negócio de disposição devem ser estritamente separados um do outro. Pelo princípio da abstração, o negócio jurídico de disposição não depende de causa e sua eficácia permanece inalterada, não obstante o negócio de direito obrigacional se apresentar defeituoso¹⁰⁰. Assim sendo, a separação entre direitos obrigacionais e direitos das coisas é expressão dos princípios da separação e da abstração¹⁰¹.

8. O DIREITO DE PROPRIEDADE

O BGB não apresenta uma definição legal do direito de propriedade¹⁰². Apesar disso, a propriedade é conceituada pela doutrina como a forma mais abrangente de atribuição legal de uma coisa ao patrimônio de um sujeito de direito¹⁰³. É um direito

¹⁰³ BÄHR, Peter. *Grundzüge des Bürgerlichen Rechts*. 12. ed. München: Franz Vahlen, 2013, p. 438.



A redação do § 903 do BGB não deixa dúvidas ao estabelecer que o proprietário pode, na medida em que a lei ou direitos de terceiros não se oponham, comportar-se em relação à coisa (móvel ou imóvel) como ele entender, excluindo toda ingerência alheia¹⁰⁵.

Tal concepção, que remonta ao direito romano, remete à distinção de duas estruturas no direito de propriedade: a) uma positiva, que permite ao proprietário se comportar como entender em relação à coisa (*mit der Sache nach Belieben verfahren*)¹⁰⁶; b) uma negativa, que tem função de exclusão (*andere von jeder Einwirkung ausschließen*), isto é, afastar terceiros de atuar em relação à coisa¹⁰⁷.

Considerando a estrutura formal da propriedade, o proprietário pode fazer tudo com a coisa, são os poderes positivos (*Positive Befugnisse*): ele pode perceber os frutos ou renunciá-los, pode fruir da coisa pessoalmente ou permitir que um terceiro o faça, bem como pode livremente aliená-la ou simplesmente gravá-la¹⁰⁸. Ao lado dessa dimensão positiva, o direito de propriedade confere também poderes negativos (*Negative*

¹⁰⁵ LEIPOLD, Dieter. *BGB I: Einführung und Allgemeiner Teil*. 4. ed. Tübingen: Mohr Siebeck, 2007, p. 63.

¹⁰⁶ LÜKE, Wolfgang. *Sachenrecht*. 4. ed. München: C. H. Beck, 2018, p. 46.

¹⁰⁷ STAUDINGER, Ansgar; WESTERMANN, Harm Peter. *Sachenrecht*. 13. ed. Heidelberg: C.F. Müller, 2017, p. 23.

¹⁰⁸ Na doutrina se afirma que o proprietário pode se abster de qualquer uso ou destruir a coisa. No entanto, isso é relativizado, visto que existe a vinculação social da utilização da propriedade (BÄHR, Peter. *Grundzüge des Bürgerlichen Rechts*. 12. ed. München: Franz Vahlen, 2013, p. 438). Schwab e Löhnig lembram que o § 903, 1 do BGB apresenta a estrutura formal da propriedade (*die formale Struktur des Eigentums*), a qual não está em conflito com a vinculação social da propriedade (SCHWAB, Dieter; LÖHNIG, Martin. *Einführung in das Zivilrecht*. 20. ed. Heidelberg: C.F.Müller, 2016, p. 127).

Inserido ao protocolo **17.711.187-2** por: **3º Sgt. Qpmg 1-0 Helió Jorge Parana Vieira** em: 04/06/2021 14:16. As assinaturas deste documento são de: **3º Sarg. Qpmg 1-0 Kateryne Priddy da Costa** documento nº 03/2021-2470 e **Endereço:** <https://www.e-proto.org.br/03/2021-2470/validarAssinatura> com o código: **6a30095610e9c0ef5cc877c0123ed21c**.



distribuídos e utilizados¹¹². De fato, conforme a Corte Constitucional Federal (*Bundesverfassungsgericht*), a Lei Fundamental permite a todos criar um espaço de liberdade em termos de patrimônio e, conseqüentemente, um ambiente de vida sujeito à sua própria responsabilidade¹¹³.

A proteção constitucional do direito de propriedade implica, por um lado, o direito de se opor às ingerências das autoridades públicas (*Abwehrrecht* ou *Schutzfunktion*), o que constitui uma garantia individual (*Individualgarantie*). Por outro lado, reconhece-se a propriedade como uma garantia institucional (*Institutsgarantie*), isto é, a propriedade é garantida como um instituto jurídico, atribuindo-se à lei a fixação de seu conteúdo e dos seus limites¹¹⁴. O Estado é então obrigado a criar um sistema jurídico que assegure a aplicabilidade prática da propriedade, que permita ao indivíduo adquirir a propriedade e a utilizá-la de forma que o conteúdo essencial desse direito seja preservado. E nesse ponto o BGB é uma das mais importantes leis de aplicação do art. 14, 1 da Lei Fundamental¹¹⁵.

Todavia, a garantia institucional da propriedade privada não é absolutamente intangível, reconhecendo-se a existência de limites impostos pelo direito privado e pelo direito público. O art. 15 da Lei Fundamental, por exemplo, permite ao Estado coletivizar o solo, os recursos naturais e os meios de produção¹¹⁶.

¹¹² Artigo 14, alínea 1 da Lei Fundamental: “A propriedade e o direito de sucessão são garantidos. Seus conteúdos e limites são definidos por lei”.

¹¹³ KINGREEN, Thorsten; POSCHER, Ralf. *Grundrechte Staatsrecht II*. 29. ed. Heidelberg: C.F. Müller, 2013, p. 242.

¹¹⁴ MÜLLER, Klaus; GRUBER, Urs Peter. *Sachenrecht*. München: Franz Vahlen, 2016, p. 21.

¹¹⁵ BÄHR, Peter. *Grundzüge des Bürgerlichen Rechts*. 12. ed. München: Franz Vahlen, 2013, p. 439.

¹¹⁶ O artigo 15 da Lei Fundamental parece, a primeira vista, algo estranho ao espírito da Lei Fundamental. Ele foi inserido nos trabalhos preparatórios em razão da insistência do partido social democrata, que desejava deixar a porta aberta para uma socialização dos bens de produção. Embora nunca tenha sido aplicado na prática, foi possível considerar a utilização desse artigo durante a crise bancária de 2008 e 2009, para salvar determinadas instituições de crédito.



No entanto, a expropriação apenas pode ter lugar em benefício da coletividade e somente pode ser feita por lei ou com base em autorização legal¹¹⁷. Assim sendo, a lei de desapropriação regula o tipo e a extensão da indenização, objetivando assegurar que o prejudicado seja adequadamente compensado pelo que perdeu¹¹⁸.

O proprietário tem, logicamente, a possibilidade de recorrer aos tribunais administrativos (*Verwaltungsgerichte*) para discutir a legalidade do ato concreto de expropriação (*Enteignung*). Pode ainda ajuizar ação perante os tribunais cíveis (*Zivilgerichte*) se o montante da indenização da expropriação que lhe foi atribuída não for adequado (art. 14, 3, 3 da Lei Fundamental)¹¹⁹.

Outrossim, vale frisar que a concepção constitucional de propriedade abrange não somente a propriedade de coisas, mas também a titularidade de todos os direitos patrimoniais¹²⁰. Desse modo, o campo de aplicação da proteção constitucional do direito de propriedade é mais amplo do que aquele fixado pelo direito privado no § 90 do BGB, que define a coisa como objeto corporal (*körperliche Gegenstände*)¹²¹. No âmbito da propriedade constitucional incluem-se, por exemplo, pretensões creditícias, direitos autorais (*Urheberrecht*), propriedade industrial (*Gewerblicher Rechtsschutz*) etc.

Em contraposição, no sentido mais restrito dado pelo BGB, não existe propriedade sobre direitos, mas sim titularidade

¹¹⁷ LEIPOLD, Dieter. *BGB I: Einführung und Allgemeiner Teil*. 4. ed. Tübingen: Mohr Siebeck, 2007, p. 64.

¹¹⁸ STAUDINGER, Ansgar; WESTERMANN, Harm Peter. *Sachenrecht*. 13. ed. Heidelberg: C.F. Müller, 2017, p. 25.

¹¹⁹ BÄHR, Peter. *Grundzüge des Bürgerlichen Rechts*. 12. ed. München: Franz Vahlen, 2013, p. 439.

¹²⁰ LEIPOLD, Dieter. *BGB I: Einführung und Allgemeiner Teil*. 4. ed. Tübingen: Mohr Siebeck, 2007, p. 63.

¹²¹ EISENHARDT, Ulrich. *Einführung in das Bürgerliche Recht*. 7. ed. Viena: Facultas, 2018, p. 489-490.



(*Inhaberschaft*)¹²². Isso significa que alguém pode ser titular de uma patente, mas não proprietário da patente, visto que só existe propriedade sobre objetos corpóreos¹²³.

10. O CONTEÚDO E OS LIMITES DA PROPRIEDADE CONSTITUCIONAL

A Lei Fundamental garante o direito de propriedade e também estabelece que o conteúdo e os limites desse direito serão fixados por lei (art. 14, alínea 1 da Lei Fundamental), o que permite ao legislador restringir seus atributos. A jurisprudência constitucional subordina estas restrições, como acontece com qualquer direito fundamental, a um teste de proporcionalidade, que é mais rigoroso quando a restrição afeta o patrimônio adquirido pela força de trabalho do que quando diz respeito a bens imóveis ou meios de produção¹²⁴.

Nesse contexto, a liberdade do proprietário não é ilimitada. A visão liberal do direito de propriedade como um direito absoluto foi limitada pelo reconhecimento de sua dimensão social. Influenciada por uma disposição da Constituição de Weimar, o art. 14, alínea 2 da Lei Fundamental estabelece: “A propriedade obriga. Seu uso deve servir, ao mesmo tempo, ao bem comum”. Assim sendo, tal disposição constitucional deixa claro que a propriedade não é somente um direito, mas também um dever.¹²⁵

Além das disposições da Lei Fundamental, existem muitas regras que limitam o direito de propriedade no BGB. O texto do § 903, 1 indica, por exemplo, que o direito de propriedade,

¹²² FÖRSCHLER, Peter. *Grundzüge des Wirtschaftsprivatrechts*. München: Franz Vahlen, 2018, p. 122.

¹²³ PRÜTTING, Hanns. *Sachenrecht*. 36. ed. München: C.H. Beck, 2017, p. 119.

¹²⁴ FROMONT, Michel; KNETSCH, Jonas. *Droit privé allemand*. 2. ed. Paris: LGDJ, 2017, p. 259.

¹²⁵ MEDER, Stephan; CZELK, Andrea. *Grundwissen Sachenrecht*. 3. ed. Tübingen: Mohr Siebeck: 2018, p. 43.



em particular no que diz respeito à extensão do poder de usar, tem limites que resultam do dever cívico geral do proprietário de levar em consideração os interesses de outras pessoas, os interesses da comunidade, bem como as restrições à propriedade acordadas pelo próprio proprietário¹²⁶. O § 906, por sua vez, impõe ao proprietário um certo grau de tolerância em face de perturbações da vizinhança. A lei sobre urbanismo condiciona a construção de um edifício à obtenção de uma licença de construção emitida pela autoridade pública¹²⁷. Ademais, existem outras limitações para garantir a proteção do ambiente, organizar a caça e a pesca (*Bundesjagdgesetz* – BjagdG), regular a exploração dos recursos do solo (*Bundesberggesetz* – BbergG) e das águas superficiais¹²⁸.

Por conseguinte, ao lado dos limites impostos pelo respeito dos direitos de terceiros, atualmente também existem inúmeras disposições de direito público que limitam a propriedade¹²⁹.

11. VINCULAÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE

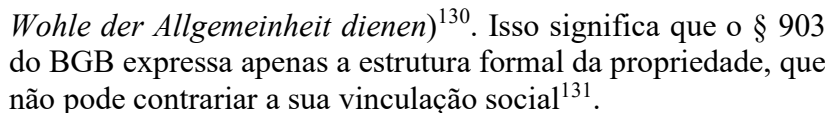
O princípio geral é que a utilização da propriedade não deve satisfazer apenas as necessidades egoístas do titular do direito (art. 14, inciso 2 da Lei Fundamental). A utilização da propriedade obriga (*Eigentum verpflichtet*) e deve, ao mesmo tempo, servir ao bem comum (*sein Gebrauch soll zugleich dem*

¹²⁶ BÄHR, Peter. *Grundzüge des Bürgerlichen Rechts*. 12. ed. München: Franz Vahlen, 2013, p. 440.

¹²⁷ As condições de obtenção de uma licença de construção estão previstas nos códigos de construção dos Estados (*Landesbauordnungen*).

¹²⁸ Pode-se mencionar, como exemplo, a lei federal relativa à proteção contra a poluição e os incômodos (*Bundesimmissionsschutzgesetz* – BImSchG). O texto dessa lei exige que o operador de uma instalação perigosa obtenha uma autorização administrativa prévia (*Genehmigung*).

¹²⁹ LEIPOLD, Dieter. *BGB I: Einführung und Allgemeiner Teil*. 4. ed. Tübingen: Mohr Siebeck, 2007, p. 64.



O direito de propriedade está assim sujeito a uma obrigação social, que permite ao legislador, mesmo sem expropriação formal, estabelecer limites à utilização da propriedade, o que está em consonância com os valores de um Estado de direito democrático e social¹³².

No que toca aos imóveis, os exemplos de vinculação social da propriedade (*Sozialbindung des Eigentums*) são particularmente numerosos: eles vão desde a regulamentação da liberdade de construção e seus limites (*Baurecht*), passando por regulamentos de proteção do meio ambiente (*Naturschutzrecht*), do patrimônio histórico e artístico (*Denkmalschutzrecht*), chegando até mesmo à regulamentação da locação de imóveis residenciais (*Wohnungsmietrecht*) e ao arrendamento de espaços utilizados para produção empresarial. Nessa linha, poderia ser determinado, por exemplo, o plantio de vegetação em um terreno à margem de um rio para reduzir o risco de inundação. E nesse caso, se a intervenção for proporcional ao risco, o proprietário deve tolerar tal interferência das autoridades em sua propriedade, mas, dependendo da situação, terá direito a uma indenização¹³³.

De qualquer forma, considera-se que é bastante difícil estabelecer, em casos concretos, a fronteira entre a concretização jurídica da vinculação social da propriedade (sem pagamento de indenização) e a desapropriação (com necessidade de pagamento de indenização). A temática continua controversa na

¹³⁰ FÖRSCHLER, Peter. *Grundzüge des Wirtschaftsprivatrechts*. München: Franz Vahlen, 2018, p. 122.

¹³¹ SCHWAB, Dieter; LÖHNIG, Martin. *Einführung in das Zivilrecht*. 20. ed. Heidelberg: C.F.Müller, 2016, p. 127.

¹³² BÄHR, Peter. *Grundzüge des Bürgerlichen Rechts*. 12. ed. München: Franz Vahlen, 2013, p. 440.

¹³³ MEDER, Stephan; CZELK, Andrea. *Grundwissen Sachenrecht*. 3. ed. Tübingen: Mohr Siebeck: 2018, p. 43.



jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal e dos Tribunais Federais Superiores, mesmo já passados 60 anos da entrada em vigor da Lei Fundamental. A dificuldade reside no fato de que não só os atos diretos do Poder Executivo voltados à privação individual de direitos conduzem à desapropriação. Também as restrições da propriedade através de regulamentos normativos abstratos têm um efeito direto sobre a livre utilização da propriedade (e.g. tombamento de todo um bairro urbano como zona histórica protegida, pelo que os edifícios aí situados só podem ser estruturalmente alterados em conformidade com as normas de preservação de monumentos)¹³⁴.

Vale ainda frisar que os alemães, diferentemente do que se tem visto no Brasil, são bastante cautelosos em relação à intervenção na propriedade, o que somente é permitido quando preenchidos determinados pressupostos, como a existência de uma exceção prevista pela lei e para o atendimento do bem comum¹³⁵. Como regra, cabe ao legislador fixar a amplitude da vinculação social da propriedade, restando tal tarefa aos tribunais somente em situações muito excepcionais¹³⁶.

Por derradeiro, vale observar que a doutrina alemã não coloca a vinculação social como integrante do próprio conteúdo do direito de propriedade, como fazem muitos autores brasileiros¹³⁷. No direito alemão o tema é tratado no âmbito dos limites ao direito de propriedade.

12. RESTRIÇÕES VOLUNTÁRIAS À PROPRIEDADE

¹³⁴ BÄHR, Peter. *Grundzüge des Bürgerlichen Rechts*. 12. ed. München: Franz Vahlen, 2013, p. 440.

¹³⁵ MEDER, Stephan; CZELK, Andrea. *Grundwissen Sachenrecht*. 3. ed. Tübingen: Mohr Siebeck: 2018, p. 43.

¹³⁶ SCHWAB, Dieter; LÖHNIG, Martin. *Einführung in das Zivilrecht*. 20. ed. Heidelberg: C.F.Müller, 2016, p. 127.

¹³⁷ Nessa linha, adverte Lôbo que na “contemporaneidade, a função social afastou-se da concepção de limites externos, passando a integrar os próprios conteúdos da propriedade e da posse” (LÔBO, Paulo. *Direito civil: coisas*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2020, v. 4, p. 129).



O proprietário pode, por meio de negócios jurídicos com terceiros, restringir o seu direito à livre utilização ou exploração do objeto que lhe pertence. Essa restrição pode decorrer de negócios jurídicos de direito obrigacional, como contratos, nos quais o proprietário se compromete a se abster de determinada utilização da coisa ou a colocar a utilização da coisa à disposição do parceiro contratante. É o caso, por exemplo, do contrato de locação, no qual o locador se compromete a deixar temporariamente um imóvel de sua propriedade para utilização pelo locatário (§ 535 do BGB)¹³⁸.

Por outro lado, o proprietário também pode transferir temporariamente os poderes de utilização (*Nutzungsbefugnis*) e de fruição (*Verwertungsbefugnis*) para criar direitos reais limitados, que vão existir paralelamente ao seu direito de propriedade. Nessa situação, o poder do proprietário de agir como bem entender em relação à coisa fica limitado pelos direitos de terceiros que ele próprio (proprietário) criou. Isso ocorre quando, por exemplo, o proprietário de uma casa concede a outra pessoa o direito real de habitação (*Wohnungsrecht*) sobre o edifício, ou partes dele, de maneira que essa pessoa poderá utilizar e possuir o imóvel (§ 1093 do BGB)¹³⁹.

Em todo caso, é muito diferente a situação quando há transferência dos poderes do proprietário pela via do direito das obrigações ou dos direitos reais. De fato, os direitos reais limitados têm um significado especial, visto que têm precedência sobre as disposições subsequentes do proprietário da coisa, isto é, a parte que adquiriu um direito real sobre a propriedade alheia poderá fazer valer esse direito mesmo contra um sucessor posterior do proprietário. Nas relações estabelecidas apenas com força de direito obrigacional, por outro lado, o titular de um

¹³⁸ BÄHR, Peter. *Grundzüge des Bürgerlichen Rechts*. 12. ed. München: Franz Vahlen, 2013, p. 441.

¹³⁹ BÄHR, Peter. *Grundzüge des Bürgerlichen Rechts*. 12. ed. München: Franz Vahlen, 2013, p. 441.

direito somente poderá exercê-lo diante do sujeito com quem entabulou o vínculo obrigacional, visto que se trata de um direito relativo. Caso o direito de propriedade seja transferido a um terceiro ou se um terceiro ajuizar uma ação contra o proprietário, não será possível opor a existência da relação obrigacional àquele que não figurava como parte nela¹⁴⁰.

13. DIFERENTES FORMAS DE PROPRIEDADE

Ao lado da propriedade individual (*Alleineigentum*), o direito alemão também admite que a propriedade possa ser partilhada entre várias pessoas. Sobre o tema, o BGB reconhece formas diversas para a regulamentação das relações jurídicas externas e internas decorrentes da copropriedade: a) a copropriedade por frações (*Miteigentum nach Bruchteilen*); b) a copropriedade de mão comum (*Gesamthandseigentum*)¹⁴¹.

Na copropriedade por frações (§§ 1008 e seguintes do BGB), salvo disposição em contrário, os coproprietários detêm uma parte abstrata de um bem, uma cota-parte ideal (*ideeller Bruchteil*), que pode ser livremente cedida e que representa a parte do valor que caberia a cada um dos coproprietários em caso de divisão¹⁴². Essa copropriedade por frações (*Bruchteilseigentum*) pode resultar diretamente da lei, como se dá na adjunção (*Verbindung*) de coisas móveis pertencentes a várias pessoas (§ 947, 1 do BGB)¹⁴³, bem como pode decorrer de um negócio

¹⁴⁰ BÄHR, Peter. *Grundzüge des Bürgerlichen Rechts*. 12. ed. München: Franz Vahlen, 2013, p. 441.

¹⁴¹ MUSIELAK, Hans-Joachim; HAU, Wolfgang. *Grundkurs BGB*. 16. ed. München: C. H. Beck, 2019, p. 289.

¹⁴² WOLF, Manfred; WELLENHOFER, Marina. *Sachenrecht*. 34. ed. München: C.H. Beck, 2019, p. 16.

¹⁴³ § 947, 1 do BGB: “União de coisas móveis. Se se produz a união entre si de coisas móveis, de tal maneira que se convertem em partes integrantes de uma coisa unitária, os anteriores proprietários se tornam coproprietários desta coisa; as cotas se determinam na proporção do valor que as coisas tinham no momento em que se produz a união”.



jurídico, particularmente pela transmissão de um bem a várias pessoas¹⁴⁴.

A copropriedade por frações, que no Código Civil brasileiro é chamada de condomínio geral (art. 1.314 e seguintes), é a figura mais comum no direito alemão. Ela sempre ocorre quando várias pessoas adquirem uma coisa sem estarem ligadas entre si por um vínculo de mão comum. Entretanto, o proprietário único de uma coisa também pode concedê-la a outra pessoa, em um negócio de disposição, passando ambos a serem coproprietários¹⁴⁵.

A copropriedade de mão comum (*Gesamthandseigentum*) é outra forma de copropriedade reconhecida pelo direito alemão¹⁴⁶. Nela cada um tem simultaneamente a propriedade de toda a coisa (*Jedem gehört Alles*), não existindo a propriedade de frações ideais. Ela surge nos casos em que vários sujeitos de direito formam uma comunhão patrimonial com base em relações jurídicas pessoais especiais. O BGB conhece somente três tipos dessa forma de copropriedade: a) a comunidade de sucessores (*Erbengemeinschaft* - § 2032 do BGB); b) a comunhão entre esposos (*eheliche Gütergemeinschaft* - § 1416 do BGB); c) a sociedade de pessoas (*Gesellschaftsvermögen* - § 718 do BGB)¹⁴⁷.

A diferença essencial da copropriedade por frações em relação à copropriedade de mão comum é que nesta os coproprietários estão impossibilitados de dispor de sua parte abstrata sem

¹⁴⁴ FROMONT, Michel; KNETSCH, Jonas. *Droit privé allemand*. 2. ed. Paris: LGDJ, 2017, p. 260.

¹⁴⁵ BÄHR, Peter. *Grundzüge des Bürgerlichen Rechts*. 12. ed. München: Franz Vahlen, 2013, p. 442.

¹⁴⁶ A copropriedade de mão comum também existe no direito da Suíça e de Liechtenstein, onde é conhecida como *Gesamteigentum*. No Brasil, a figura está igualmente presente, falando-se usualmente no sistema da comunhão, cujo exemplo clássico é a comunhão universal de bens existente entre cônjuges (FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil*. 16. ed. Salvador: JusPodivm, 2020, v. 5, p. 777).

¹⁴⁷ MUSIELAK, Hans-Joachim; HAU, Wolfgang. *Grundkurs BGB*. 16. ed. München: C. H. Beck, 2019, p. 289.



Por derradeiro, vale frisar que o condomínio edilício é uma forma especial de copropriedade, que surge, conforme o § 10, 1 da Lei de Condomínios Edilícios (*Wohnungseigentumsgesetz* – WEG), pela existência de propriedade particular (*Alleineigentum*) sobre uma habitação em conexão com a propriedade por frações (*Bruchteilseigentum*) sobre as áreas comuns¹⁴⁹.

Como um direito absoluto, a propriedade sobre uma coisa é protegida contra todos. A salvaguarda da propriedade privada contra medidas tomadas pelo Estado encontra previsão no art. 14 da Lei Fundamental. Já a tutela da propriedade contra a interferência de outros particulares é regida pelo direito civil¹⁵⁰.

Para tanto, o BGB permite ao proprietário a utilização de pretensões de defesa, de restituição e de indenização contra os atos não autorizados de terceiros que violem o direito de propriedade. Ainda, considerando que no direito alemão, como no brasileiro, o proprietário pode ser possuidor (direto ou indireto) da coisa, a violação do direito de propriedade é, em muitas situações, também uma usurpação da posse. Nesses casos, o proprietário pode, além das pretensões fundadas no direito de propriedade, fazer valer também as pretensões relacionadas com a proteção da posse. Desse modo, as pretensões possessórias se

¹⁵⁰ EISENHARDT, Ulrich. *Einführung in das Bürgerliche Recht*. 7. ed. Viena: Facultas, 2018, p. 490.



colocam em concorrência com as pretensões fundadas no direito de propriedade¹⁵¹.

14.1. A PRETENSÃO DE RESTITUIÇÃO DO PROPRIETÁRIO

O proprietário pode exigir a restituição da coisa, desde que o possuidor não tenha um direito à posse. A restituição da coisa significa a transmissão da posse pelo até então possuidor ao proprietário. Tal pretensão é uma das mais relevantes do BGB e pode ser considerada a forma mais importante de proteção da propriedade¹⁵². Permite ao proprietário agir contra o possuidor irregular com fundamento no § 985 do BGB (*Herausgabeanspruch* ou *Vindikationsanspruch*), que dispõe: “O proprietário pode exigir do possuidor a restituição da coisa”¹⁵³.

O disposto no § 985 do BGB deve, entretanto, ser interpretado em conjunto com o § 986 (*Einwendungen des Besitzers*), também do BGB¹⁵⁴. Com isso, o possuidor deve devolver a coisa, a menos que ele esteja exercendo um direito à posse (§ 986, 1 do BGB), que pode resultar: a) de uma relação de direito obrigacional entre o proprietário e o possuidor, como, por exemplo, um contrato de locação (§ 535 do BGB)¹⁵⁵; b) de um direito real limitado, como é o caso do usufruto (§ 1036 do BGB). Res-salvadas essas situações, que impõem limites à pretensão de restituição, a forma como o possuidor obteve a coisa é irrelevante para o pedido de restituição, uma vez que a propriedade abrange

¹⁵¹ BÄHR, Peter. *Grundzüge des Bürgerlichen Rechts*. 12. ed. München: Franz Vahlen, 2013, p. 443.

¹⁵² WOLF, Manfred; WELLENHOFER, Marina. *Sachenrecht*. 34. ed. München: C.H. Beck, 2019, p. 321.

¹⁵³ Transcrição do texto original do § 985 do BGB: “Der Eigentümer kann von dem Besitzer die Herausgabe der Sache verlangen”.

¹⁵⁴ KÜHL, Kristian; REICHOLD, Hermann; RONELLENFITSCH, Michael. *Einführung in die Rechtswissenschaft*. 3. ed. München: C. H. Beck, 2019, p. 215.

¹⁵⁵ LEIPOLD, Dieter. *BGB I: Einführung und Allgemeiner Teil*. 4. ed. Tübingen: Mohr Siebeck, 2007, p. 64.



também o direito ao exercício do poder fático sobre a coisa¹⁵⁶.

Diferentemente do estabelecido pelo § 1007 do BGB para a pretensão possessória, a restituição ao proprietário não exige que o atual possuidor esteja de má-fé ou que a coisa tenha sido extraviada de alguma forma ou ainda que tenha ocorrido uma privação ilícita da posse. Assim sendo, a pretensão do § 985 do BGB se dirige também contra o ladrão ou mesmo contra aquele que encontrou a coisa¹⁵⁷.

A partir da interpretação conjunta dos §§ 985 e 986 do BGB resultam as três condições necessárias para a pretensão: a) a propriedade pelo requerente, isto é, o titular da pretensão deve ser proprietário da coisa; b) a posse pela parte contrária, dirigindo-se a pretensão tanto contra o possuidor direto como contra o possuidor indireto; c) o possuidor, perante o proprietário, não pode ter direito de posse (§ 986)¹⁵⁸.

Por conseguinte, o § 985 apresenta os pressupostos da pretensão a serem demonstrados pelo requerente, enquanto o § 986 contém as objeções, que devem ser provadas pelo réu. Ademais, a pretensão em questão pode ser utilizada tanto pelo proprietário de coisa móvel como de coisa imóvel¹⁵⁹.

14.2. PROTEÇÃO CONTRA A TURBAÇÃO DA PROPRIEDADE: PRETENSÃO DE CESSAÇÃO E DE OMISSÃO

O proprietário, como titular de um direito absoluto, não é protegido somente contra a privação da posse. A legislação alemã também prevê proteção contra outras interferências

¹⁵⁶ SCHAPP, Jan. *Direito das coisas*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2010, p. 79.

¹⁵⁷ BÄHR, Peter. *Grundzüge des Bürgerlichen Rechts*. 12. ed. München: Franz Vahlen, 2013, p. 443.

¹⁵⁸ LEIPOLD, Dieter. *BGB I: Einführung und Allgemeiner Teil*. 4. ed. Tübingen: Mohr Siebeck, 2007, p. 65.

¹⁵⁹ KALLWASS, Wolfgang; ABELS, Peter. *Privatrecht*. 23. ed. München: Franz Vahlen, 2018, p. 321.



perturbadoras da propriedade¹⁶⁰. Entre essas normas, no âmbito do título que cuida das pretensões ligadas à propriedade (*Ansprüche aus dem Eigentum*), está o § 1004, 1 do BGB, que garante ao proprietário a proteção contra qualquer turbacão da propriedade que não represente privacão ou retenção da posse¹⁶¹.

Nesse contexto, complementando a pretensão de restituicão (*Herausgabeanspruch*), o § 1004, 1 do BGB concede ao proprietário dois tipos de pretensão, ou seja, para a cessacão (*Beseitigungsanspruch*) ou para a omissão (*Unterlassungsanspruch*) de qualquer outra turbacão futura que afete o seu direito de propriedade¹⁶². E considerando a proximidade das pretenses do § 1004, 1 do BGB com a *actio negatoria* do direito romano, ainda hoje as pretenses mencionadas sãO chamadas de *actio negatoria* ou de pretensão negatória (*negatorischer Anspruch*)¹⁶³.

Assim sendo, pode-se exigir: a) que uma violacão já existente seja reparada a expensas do seu causador (*Beseitigung*), restaurando-se à situacão que existia anteriormente¹⁶⁴; b) que futuras turbacoes à propriedade sejam omitidas (*Unterlassung*)¹⁶⁵.

Graças a sua formulacão geral, o § 1004 do BGB se aplica a turbacoes da propriedade móvel e imóvel, no entanto, sua aplicacão prática se dá principalmente em relacão a imóveis¹⁶⁶.

¹⁶⁰ KLINCK, Fabian. Sachenrecht. In: J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. Eckpfeiler des Zivilrechts. 6. ed. Berlin: Sellier, 2018, p. 1271.

¹⁶¹ MÜLLER, Klaus; GRUBER, Urs Peter. Sachenrecht. München: Franz Vahlen, 2016, p. 218.

¹⁶² BAUR, Fritz; STÜRNER, Rolf. Sachenrecht. 18. ed. München: C.H. Beck, 2015, p. 137.

¹⁶³ WOLF, Manfred; WELLENHOFER, Marina. Sachenrecht. 34. ed. München: C.H. Beck, 2019, p. 390.

¹⁶⁴ STAUDINGER, Ansgar; WESTERMANN, Harm Peter. Sachenrecht. 13. ed. Heidelberg: C.F. Müller, 2017, p. 27.

¹⁶⁵ BÄHR, Peter. Grundzüge des Bürgerlichen Rechts. 12. ed. München: Franz Vahlen, 2013, p. 444.

¹⁶⁶ EISENHARDT, Ulrich. Einführung in das Bürgerliche Recht. 7. ed. Viena: Facultas, 2018, p. 496.



De fato, qualquer deterioração da propriedade é ilegal, a menos que a parte interveniente esteja autorizada. Existem então situações em que o proprietário deve tolerar a intervenção, o que

¹⁷⁰ BÄHR, Peter. *Grundzüge des Bürgerlichen Rechts*. 12. ed. München: Franz Vahlen, 2013, p. 444.



pode decorrer de um dever de tolerância surgido de uma relação jurídica de direito público ou de direito privado, bem como de uma disposição legal baseada no direito privado ou público (§ 1004, 2 do BGB)¹⁷¹.

Em matéria imobiliária, o § 906, 1 do BGB fornece mais pormenores, enumerando os principais tipos de turbacção (*Beeinträchtigung*). Referido texto legal trata dos problemas relativos à introdução de gases, vapores, odores, fumaças, fuligem, calor, ruído, trepidações e outras emissões provenientes de um imóvel alheio. Em qualquer caso, a acção deve ser dirigida contra o autor da turbacção, ou seja, contra a pessoa que, pelo seu ato, criou a fonte da turbacção¹⁷². E a doutrina tradicional alemã fala, a este propósito, de um turbador pelo ato (*Handlungsstörer*), que expressa a necessidade de uma causa proposital da turbacção, e de um turbador situacional (*Zustandsstörer*), que tenha, ao menos causado a situação de turbacção¹⁷³.

As pretensões de cessação e omissão podem coexistir, mas o § 1004 do BGB não permite pedido de indenização. Eventual indenização deve ser exigida na forma do § 823 do BGB.

Por fim, vale notar que o § 1004 do BGB é aplicado analogicamente a todos os outros direitos absolutos, a menos que eles gozem de protecção especial por meio de disposições legais especiais. Aliás, é bastante importante a utilização por analogia da referida norma para a protecção dos bens jurídicos mencionados no § 823, 1 do BGB, ou seja, a vida, a saúde, a liberdade e o direito geral da personalidade¹⁷⁴.

14.3. A PROTECÇÃO CONTRA A TURBAÇÃO DA

¹⁷¹ BAUR, Fritz; STÜRNER, Rolf. *Sachenrecht*. 18. ed. München: C.H. Beck, 2015, p. 140.

¹⁷² FROMONT, Michel; KNETSCH, Jonas. *Droit privé allemand*. 2. ed. Paris: LGDJ, 2017, p. 261.

¹⁷³ SCHAPP, Jan. *Direito das coisas*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2010, p. 92.

¹⁷⁴ EISENHARDT, Ulrich. *Einführung in das Bürgerliche Recht*. 7. ed. Viena: Facultas, 2018, p. 497.



não consistir em um incômodo puramente negativo (*negative Einwirkungen*) ou ideal (*ideelle Einwirkungen*). Isso exclui privações de luz, sol ou ar, perturbações na recepção de ondas de rádio, bem como a chamada poluição visual¹⁸⁰.

A ação para a cessação ou a eliminação do problema não será bem sucedida se o autor for obrigado a suportar a turbacão (§ 1004, 2 do BGB). Esse dever de tolerância (*Duldungspflicht*) pode resultar, nomeadamente, da existência de servidões (*Dienstbarkeiten*) ou de autorizações administrativas (e.g. instalação no imóvel, com autorização pública, de uma estação de rádio) ou ser justificado por um perigo proveniente do imóvel¹⁸¹.

Na maioria das vezes tal dever encontra seu fundamento no § 906 do BGB. De acordo com referido texto, a turbacão deve ser tolerada quando cria uma simples restrição insignificante (*unwesentliche Einwirkung*). Esse é o caso do ruído provocado pelo vizinho que sai com seu carro da garagem de manhã e volta a entrar na garagem à noite¹⁸².

Outrossim, a turbacão também deve ser tolerada quando cria um inconveniente significativo (*wesentliche Einwirkung*), mas tal inconveniente significativo: a) esteja em conformidade com os costumes locais (*die ortsüblichen Einwirkungen*), sendo que para a avaliação dos costumes locais é necessário comparar a propriedade em questão com outras propriedades da região; b) não seja possível aos usuários do imóvel vizinho impedir o inconveniente por meio de medidas economicamente aceitáveis (§ 906, 2 do BGB)¹⁸³. Nesse caso, uma compensação razoável em dinheiro será devida ao proprietário (*angemessene Entschädigung*), a qual será quantificada conforme os princípios

¹⁸⁰ MÜLLER, Klaus; GRUBER, Urs Peter. *Sachenrecht*. München: Franz Vahlen, 2016, p. 226-227.

¹⁸¹ FROMONT, Michel; KNETSCH, Jonas. *Droit privé allemand*. 2. ed. Paris: LGDJ, 2017, p. 262.

¹⁸² EISENHARDT, Ulrich. *Einführung in das Bürgerliche Recht*. 7. ed. Viena: Facultas, 2018, p. 500.

¹⁸³ SCHAPP, Jan. *Direito das coisas*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2010, p. 95.



que regem o cálculo das indenizações em caso de expropriação¹⁸⁴.

Em suma, o proprietário do terreno deve tolerar as emissões do terreno vizinho que: a) não o prejudicam; b) as que o prejudicam apenas de modo insignificante; c) as que o prejudicam de modo significativo, mas que são causadas por um uso habitual na localidade e desde que não possam ser impedidas por medidas economicamente razoáveis.

14.4. PRETENSÃO À REPARAÇÃO DE DANOS

Os atos ilícitos, praticados com dolo ou culpa, permitem, conforme o § 823 do BGB, o ajuizamento de uma pretensão do proprietário contra o infrator para a obtenção de reparação dos danos sofridos (*Anspruch auf Schadensersatz*)¹⁸⁵.

Trata-se de uma pretensão que resulta da conduta ilícita da parte contrária (*Anspruch aus unerlaubter Handlung*), isto é, uma pretensão fundada na responsabilidade civil (*Deliktsrecht*)¹⁸⁶.

Ademais, vale notar que a pretensão à reparação de danos, que é garantida pelo § 823 do BGB, não faz parte da proteção do § 1004 do BGB.

14.5. OUTRAS AÇÕES CONTRA O POSSUIDOR IRREGULAR

A regulamentação alemã da relação entre possuidor e proprietário, como foi visto, é bastante complexa. Ao lado da pretensão fundada no § 985 do BGB, existem pretensões

¹⁸⁴ FROMONT, Michel; KNETSCH, Jonas. *Droit privé allemand*. 2. ed. Paris: LGDJ, 2017 p. 262.

¹⁸⁵ DECKENBROCK, Christian; HÖPFNER, Clemens. *Bürgerliches Vermögensrecht*. 3. ed. Baden-Baden: Nomos, 2017, p. 264.

¹⁸⁶ LEIPOLD, Dieter. *BGB I: Einführung und Allgemeiner Teil*. 4. ed. Tübingen: Mohr Siebeck, 2007, p. 66.



acessórias do proprietário contra um possuidor irregular do bem. São as pretensões da chamada relação proprietário-possuidor, previstas nos § 987 a 1003 do BGB¹⁸⁷.

Nessa situação, o direito alemão reconhece o surgimento de uma relação obrigacional legal (*gesetzliches Schuldverhältnis*) entre o proprietário e aquele que tem a posse injusta, a já mencionada relação proprietário-possuidor (*Eigentümer-Besitzer-Verhältnis – E-B-V*)¹⁸⁸.

Assim, com o preenchimento de todas as condições para a pretensão de restituição, o BGB concede ao proprietário o direito à restituição dos ganhos retirados da propriedade pelo possuidor (§§ 987 e 988 do BGB), bem como à indenização das perdas e danos (*Schadensersatz*), quando a coisa tenha sido danificada ou perdida indevidamente pelo possuidor (§§ 989 do BGB). O possuidor, por outro lado, pode reclamar o reembolso das despesas necessárias que efetuou na coisa (§§ 994 do BGB)¹⁸⁹.

O objetivo dessas regras é privilegiar o possuidor de boa-fé, que não deve temer uma pretensão de restituição dos ganhos e nem uma pretensão de perdas e danos¹⁹⁰. Por outro lado, prevê a legislação sanções mais graves para o possuidor de má-fé¹⁹¹.

15. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O direito das coisas é uma das áreas do direito civil que guarda maior uniformidade entre os países de direito romano-

¹⁸⁷ SCHAPP, Jan. *Direito das coisas*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2010, p. 79.

¹⁸⁸ KÜHL, Kristian; REICHOLD, Hermann; RONELLENFITSCH, Michael. *Einführung in die Rechtswissenschaft*. 3. ed. München: C. H. Beck, 2019, p. 216.

¹⁸⁹ FROMONT, Michel; KNETSCH, Jonas. *Droit privé allemand*. 2. ed. Paris: LGDJ, 2017, p. 263.

¹⁹⁰ MÜLLER, Klaus; GRUBER, Urs Peter. *Sachenrecht*. München: Franz Vahlen, 2016, p. 155.

¹⁹¹ FROMONT, Michel; KNETSCH, Jonas. *Droit privé allemand*. 2. ed. Paris: LGDJ, 2017, p. 263.



germânico, uma vez que o processo de recepção do direito romano nessa seara foi bastante acentuado. A despeito disso, percebe-se facilmente a existência de um dualismo entre os países da *civil law*, que coloca, de um lado, o grupo que segue um sistema de matriz francesa e, de outro, um grupo de matriz alemã.

Nesse contexto, o direito das coisas alemão apresenta peculiaridades bastante importantes, entre as quais, talvez a mais relevante seja a adoção do princípio da abstração, que não encontra correspondência entre os países que seguem a matriz francesa. Esse princípio procura dar maior segurança jurídica nas negociações envolvendo direitos reais, especialmente no que toca à transferência de bens imóveis.

O princípio da separação é pré-requisito para a existência da abstração, isto é, a separação entre direitos obrigacionais e direitos das coisas, o que sucede em alguns ordenamentos jurídicos, como no brasileiro, em que existe a separação, mas não existe a abstração, pelo menos conforme entendimento da doutrina amplamente majoritária. A abstração determina que o negócio jurídico de disposição não depende de causa e sua eficácia permanece inalterada, não obstante o negócio de direito obrigacional se apresentar defeituoso.

Outro aspecto muito relevante do estudo do direito das coisas alemão é a vinculação social desses direitos, que não devem satisfazer apenas as necessidades egoístas do seu titular. O direito de propriedade está assim sujeito a uma obrigação social, de modo que a utilização da propriedade deve também servir ao bem comum, o que está em consonância com os valores de um Estado de direito democrático e social.

Entretanto, ao contrário do defendido por muitos autores no Brasil, na Alemanha a vinculação social da propriedade não integra o próprio conteúdo desse direito. Os estudiosos alemães consideram a vinculação social como um limite ao direito de propriedade. Além disso, a utilização desse princípio pelos tribunais alemães se dá de forma muito mais serena e comedida, o



que contrasta com a realidade brasileira, onde muitas decisões judiciais utilizam a função social como um cheque em branco, que permite, de forma quase que arbitrária, a socialização da propriedade privada.

Por outro lado, o estudo realizado também permitiu se verificar que a forma de proteção do direito de propriedade na Alemanha, apesar dos resultados semelhantes e da inspiração romana, é um pouco diversa da sistemática brasileira. Isso talvez se explique pelo respeito que os tribunais alemães têm pelo BGB, bem como pela adoção da teoria da eficácia horizontal indireta, que suaviza bastante as incursões do direito constitucional sobre o direito civil.

Por conseguinte, sem negar a forte influência alemã no âmbito do direito das coisas brasileiro, que encampou muitas teorias desenvolvidas por juristas alemães, é inegável que a matéria apresenta pontos de divergência extremamente relevantes entre os dois países. Assim sendo, o presente trabalho procurou traçar um panorama geral do direito das coisas na Alemanha e, ao mesmo tempo, de modo singelo, evidenciar algumas dessas importantes diferenças, que não devem ser olvidadas.



REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BÄHR, Peter. *Grundzüge des Bürgerlichen Rechts*. 12. ed. München: Franz Vahlen, 2013.
- BAUR, Fritz; STÜRNER, Rolf. *Sachenrecht*. 18. ed. München: C.H. Beck, 2015.
- BREHM, Wolfgang; BERGER, Christian. *Sachenrecht*. 3. ed. Tübingen: Mohr Siebeck, 2014.
- BROX, Hans; WALKER, Wolf-Dietrich. *Allgemeiner Teil des BGB*. 31. ed. München: Carl Heymanns Verlag, 2007.



- 2020, v. 4.
- LÔBO, Paulo. *Direito civil: parte geral*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, v. 1.
- LÜKE, Wolfgang. *Sachenrecht*. 4. ed. München: C. H. Beck, 2018.
- MEDER, Stephan; CZELK, Andrea. *Grundwissen Sachenrecht*. 3. ed. Tübingen: Mohr Siebeck: 2018.
- MEDICUS, Dieter. *Allgemeiner Teil des BGB*. 10. ed. Heidelberg: C.F. Müller, 2010.
- MÜLLER, Klaus; GRUBER, Urs Peter. *Sachenrecht*. München: Franz Vahlen, 2016.
- MUSIELAK, Hans-Joachim; HAU, Wolfgang. *Grundkurs BGB*. 16. ed. München: C. H. Beck, 2019.
- PENTEADO, Luciano de Camargo. *Direito das coisas*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- PIETREK, Marietta. *Konsens über Tradition?* Tübingen: Mohr Siebeck, 2015.
- PRÜTTING, Hanns. *Sachenrecht*. 36. ed. München: C.H. Beck, 2017.
- ROBBERS, Gerhard. *Einführung in das deutsche Recht*. 6. ed. Baden-Baden: Nomos, 2017.
- SCHAPP, Jan. *Direito das coisas*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2010.
- SCHELLHAMMER, Kurt. *Sachenrecht nach Anspruchsgrundlagen*. 5. ed. Heidelberg: C.F. Müller, 2017.
- SCHWAB, Dieter; LÖHNIG, Martin. *Einführung in das Zivilrecht*. 20. ed. Heidelberg: C.F.Müller, 2016.
- STAUDINGER, Ansgar; WESTERMANN, Harm Peter. *Sachenrecht*. 13. ed. Heidelberg: C.F. Müller, 2017.
- STRACK, Astrid. *Hintergründe des Abstraktionsprinzips. Juristische Ausbildung (JURA)*, Berlin, v. 33, n. 1, p. 5-9, 2011.
- STÜRNER, Rolf. O princípio da abstração e a transmissão da



- propriedade. In: AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de (org.). *V Jornada de Direito Civil*. Brasília: CJF, 2012, p. 50-65.
- TEPEDINO, Gustavo; MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo; RENTERIA, Pablo. *Direitos reais*. Rio de Janeiro: Forense, 2020.
- WITZ, Claude. *Le droit allemand*. 3. ed. Paris: Dalloz, 2018.
- WEBER, Ralph. *Sachenrecht: Grundstücksrecht*. 4. ed. Baden-Baden: Nomos, 2015, v. II.
- WOLF, Manfred; NEUNER, Jörg. *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*. 11. ed. München: C.H. Beck, 2016.
- WOLF, Manfred; WELLENHOFER, Marina. *Sachenrecht*. 34. ed. München: C.H. Beck, 2019.
- ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. *Direito Civil: Direito das Coisas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.
- ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. O Direito de Superfície na Alemanha e o seu Caráter Social. *Mitteilungen der Deutsch-Brasilianischer Juristenvereinigung (DBJV-Mitt.)*, a. 34, n. 1, p. 39-59, ago. 2016.
- ZWEIGERT, Konrad; KÖTZ, Hein. *Einführung in die Rechtsvergleichung: auf dem Gebiete des Privatrechts*. 3. ed. Tübingen: Mohr Siebeck, 1996.



O PARCELAMENTO DO SOLO E A REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA: AS OCUPAÇÕES INFORMAIS NO MUNICÍPIO DE CAXIAS DO SUL/RS

Letícia de Carvalho¹

Cleide Calgaro²

Ricardo Hermany³

Resumo: O presente trabalho estuda o parcelamento do solo e a regularização fundiária a fim de garantir o direito fundamental à moradia e a dignidade humana. Apresentando como foco do estudo a análise sobre o município de Caxias do Sul – RS. Desse modo, o problema de pesquisa que se apresenta é como garantir a dignidade humana e o direito à moradia através da regularização fundiária. O método de procedimento estudado é o monográfico, sendo que o de abordagem constituirá em dedutivo-analítico e a técnica de pesquisa utilizada será a bibliográfica. O trabalho está dividido em quatro partes, sendo que: primeiro, analisa-se o parcelamento do solo; segundo, observa-se a informalidade e a regularização fundiária; terceiro, verifica-se a evolução das ocupações informais existentes no município de Caxias do Sul/RS; quarto, analisa-se os loteamentos irregulares

¹ Graduanda em Direito pela Universidade de Caxias do Sul - UCS.

² Pós-Doutora em Filosofia e em Direito ambos pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - PUCRS. Doutora em Ciências Sociais na Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS. Doutora em Filosofia pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS. Professora da Graduação e Pós-Graduação - Mestrado e Doutorado - em Direito na Universidade de Caxias do Sul.

³ Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISC – Universidade de Santa Cruz do Sul. Doutor em Direito pela UNISINOS com estágio de doutoramento na Universidade de Lisboa. Pós-Doutor em Direito pela Universidade de Lisboa.



existentes no município de Caxias do Sul/RS. Por fim, entende-se que a regularização fundiária deve ser efetivada para a garantia de direitos fundamentais a população local.

Palavras-Chave: Direitos Fundamentais. Parcelamento do solo. Poder Local. Regularização fundiária.

SOIL INSTALLMENT AND LAND REGULARIZATION: INFORMAL OCCUPATIONS IN THE MUNICIPALITY OF CAXIAS DO SUL / RS

Abstract: The present work studies the division of land and land regularization in order to guarantee the fundamental right to housing and human dignity. Presenting as a focus of the study the referring analysis on the city of Caxias do Sul - RS. Thus, the research problem that arises is how to guarantee human dignity and the right to housing through land regularization. The method of procedure studied is monographic, with the approach approach being deductive-analytical and the research technique used will be bibliographic. The work is divided into four parts, being that: first, the parceling of the soil is analyzed; second, informality and land regularization are observed; third, there is the evolution of informal occupations in the city of Caxias do Sul / RS; fourth, irregular subdivisions in the city of Caxias do Sul / RS are analyzed. Finally, it is understood that land tenure regularization must be carried out to guarantee fundamental rights to the local population.

Keywords: Fundamental Rights. Installment of the soil. Local Power. Land regularization.

INTRODUÇÃO



Regularização Fundiária é um tema de grande relevância social e jurídica, haja vista que o seu principal objetivo é assegurar o direito constitucional à moradia, a função social da propriedade e a dignidade humana. Neste diapasão, cumpre dispor acerca da Lei Federal nº 13.465/2017 como mecanismo para viabilizar a regularização fundiária e assegurar a função social da propriedade, o direito social à moradia e a dignidade da pessoa humana.

O presente trabalho utilizou como método de estudo o procedimento monográfico, sendo que o de abordagem constituirá em dedutivo-analítico e a técnica de pesquisa utilizada será a bibliográfica. O problema se caracteriza pelo fato de como garantir a dignidade humana e o direito à moradia através da regularização fundiária?

Juntamente com o desenvolvimento da sociedade, houve uma constante busca por habitação, o que, em muitos casos, acabou por ocasionar a expansão territorial e a ocupação de área de maneira informal. Este problema gerado pelas ocupações informais existe desde muitos anos e vem se intensificando com o passar dos anos.

O instituto jurídico em análise é considerado como um instrumento que envolve um conjunto de regras jurídicas, urbanísticas, ambientais e sociais que visam à regularização de assentamentos irregulares e à titulação de seus ocupantes. Nesta senda, no desenvolver do presente trabalho serão observados os impactos positivos para a sociedade ante a aplicabilidade da Lei nº 13.465/2017 para a regularização fundiária e aos cofres públicos, frente a arrecadação de impostos e proventos para os cofres públicos.

Para que seja possível mensurar a dimensão do tema, será realizada uma pesquisa por meio de métodos analíticos dedutivos, utilizando-se da revisão bibliográfica e do estudo de caso, onde será analisada uma das diversas ocupações irregulares



existentes no Município de Caxias do Sul/RS, denominada Loteamento Altos de Galópolis. Sendo assim, faz-se necessária a análise sobre a ocupação do solo brasileiro, a qual foi feita inicialmente de forma planejada e posteriormente da divisão irregular do solo, o que foi consequentemente consolidada pela posse dos terrenos, ocupados pelos colonos.

1 O PARCELAMENTO DE SOLO URBANO EM PERSPECTIVA

Juntamente com a evolução dos tempos houve o crescimento das cidades. Pode-se considerar que o impulsionamento deste crescimento foi causado pela industrialização, a qual trouxe à sociedade inúmeros benefícios e também malefícios. Romanelli (2007, p. 69) ensina que:

O processo de industrialização gerou acentuado desequilíbrio das condições e da expectativa de vida, resultando num rapidíssimo processo de urbanização, porém, com consequências muito drásticas, dentre elas a falta de moradia e o surgimento de áreas de ocupação irregular. (ROMANELLI, 2007, p. 69).

O parcelamento de solo urbano é regulamentado em todo Território Nacional por meio da Legislação Brasileira sob prisma da Lei nº 6.766, de 19 de dezembro de 1979 com alterações trazidas pela Lei nº 9.785, de 29 de janeiro de 1999, Lei nº 11.445 de 05 de janeiro de 2007, Lei nº 13.465 de 11 de julho de 2017, a qual traz diretrizes ao ordenamento jurídico no que refere-se ao tema. Por intermédio da aprovação da legislação atinente ao tema de Parcelamento do Solo, houve um reconhecimento de necessidade de envolvimento por parte do Poder Público para fins de fixação de regras e diretrizes sobre o tema. Objetivando a máxima eficácia da Lei, o legislador prevê que:

Art. 1º. O parcelamento do solo para fins urbanos será regido por esta Lei.

Parágrafo único - Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão estabelecer normas complementares relativas ao parcelamento do solo municipal para adequar o previsto nesta



deve ser, via de regra, observado. Algumas ressalvas são previstas em Lei, as quais serão tratadas em momento oportuno. A Legislação prevê duas formas de parcelamento do solo, a seguir:

Art. 2º. O parcelamento do solo urbano poderá ser feito mediante loteamento ou desmembramento, observadas as disposições desta Lei e as das legislações estaduais e municipais pertinentes.

§ 1o Considera-se loteamento a subdivisão de gleba em lotes destinados a edificação, com abertura de novas vias de circulação, de logradouros públicos ou prolongamento, modificação ou ampliação das vias existentes.

§ 2o Considera-se desmembramento a subdivisão de gleba em lotes destinados a edificação, com aproveitamento do sistema viário existente, desde que não implique na abertura de novas vias e logradouros públicos, nem no prolongamento, modificação ou ampliação dos já existentes. (BRASIL, Lei 6.766/79, 2020).

Nos termos do supramencionado, existem duas formas de efetivar o parcelamento do solo por meios adequados: por loteamento ou desmembramento. A primeira utiliza-se quando houver a necessidade de abertura de vias de circulação, sendo empregada para glebas a serem parceladas, enquanto a segunda é utilizada quando não há abertura de novas vias, aproveitando-se do sistema viário existente, é aplicada para áreas menores. Objetivando trazer mais clareza ao tema, se verá a seguir as formas de parcelamento de solo de forma isolada: o Loteamento e o Desmembramento.

Nos termos do Art. 2º, §1º, da Lei nº 6.766/1979, o loteamento é a subdivisão de gleba em lotes os quais serão destinados a edificação, por meio de abertura, modificação ou ampliação de vias já existentes.

Desse modo, Azevedo (1983, p. 67) ressalta que o parcelamento do solo é caracterizado como a divisão de uma gleba em lotes, que passam a ter vida autônoma, com acesso direto à via pública. Assim, a gleba parcelada perde a sua individualidade, a sua caracterização originária, dando início a várias parcelas individualizadas, que recebem o nome de “lotes” e

Inferese-se, a partir do mencionado acima que o desmembramento é compreendido como uma modalidade de parcelamento de solo mais simplificada do que a do loteamento, uma vez que o parcelador fica dispensado de abertura de novas vias



ou ampliação das existentes.

É característica desta modalidade a subdivisão de uma gleba e lotes destinados a edificação e utilização do sistema viário existente. Nesta modalidade de parcelamento do solo não há um procedimento de urbanização ou transferência de área para o domínio público.

Assim, em que pese o desmembramento seja uma forma mais simples de parcelamento de solo, não é tão aplicado quanto o loteamento, posto que sua principal característica é a utilização de sistema viário existente, o que não é considerado comum no caso concreto.

2 A INFORMALIDADE E A REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA URBANA: O PAPEL DA GESTÃO LOCAL

O processo de ocupação e urbanização das cidades ocorreu de forma abrupta. A busca da sociedade por espaço nos grandes centros foi repentina e expansiva, ao passo que a população buscava os grandes centros almejando condições de vida melhor.

Por outro lado, ante essa ocupação ter ocorrido de maneira descontrolada, tem-se que pode ser considerado como o fato gerador que desencadeou uma enorme precariedade no sistema de habitação. Para fins de afastar a informalidade e os problemas sociais trazidos com esta ocupação, há de se falar em Regularização Fundiária Urbana.

O Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE, 2010), realizou um levantamento de Aglomerados Subnormais existentes em solo brasileiro. Tais dados foram divulgados por meio do Censo realizado no ano de 2010. O Censo Demográfico é considerado como a mais completa operação para fins de levantamento estatístico realizado no Brasil, uma vez que é constituído por intermédio de sistematização territorial. Por meio deste levantamento, foi possível identificar e quantificar os

Aglomerados Subnormais, os quais nada mais são do que conjuntos habitacionais carentes de estruturas e serviços públicos essenciais, ocupados predominantemente de forma informal e desordenada do solo, ou seja: favela, invasões, comunidades, etc. São critérios para identificar os aglomerados subnormais:

A identificação dos aglomerados subnormais deve ser feita com base nos seguintes critérios:

a) Ocupação ilegal da terra, ou seja, construção em terrenos de propriedade alheia (pública ou particular) no momento atual ou em período recente (obtenção do título de propriedade do terreno há 10 anos ou menos); e

b) Possuírem pelo menos uma das seguintes características:

- urbanização fora dos padrões vigentes - refletido por vias de circulação estreitas e de alinhamento irregular, lotes de tamanhos e formas desiguais e construções não regularizadas por órgãos públicos; ou
- precariedade de serviços públicos essenciais.

Os aglomerados subnormais podem se enquadrar, observados os critérios de padrões de urbanização e/ou de precariedade de serviços públicos essenciais, nas seguintes categorias: invasão, loteamento irregular ou clandestino, e áreas invadidas e loteamentos irregulares e clandestinos regularizados em período recente. (IBGE, 2010).

Por intermédio dos dados divulgados pelo IBGE (2010), constata-se que à época do levantamento, o Brasil possuía uma média de 169.170 hectares que comportavam 3.224,529 domicílios em situação de informalidade.

Tal fato pode ser mensurado pela análise da Figura 1, abaixo colacionada, onde é possível identificar os Municípios com existência de Aglomerados Subnormais localizados em território brasileiro. Na imagem abaixo, os pontos escuros referem-se à demarcação da região com a existência de aglomerados subnormais, sendo a região sudeste a considerada com maior índice.

Figura 1 – Distribuição de aglomerados subnormais no Brasil em 2010

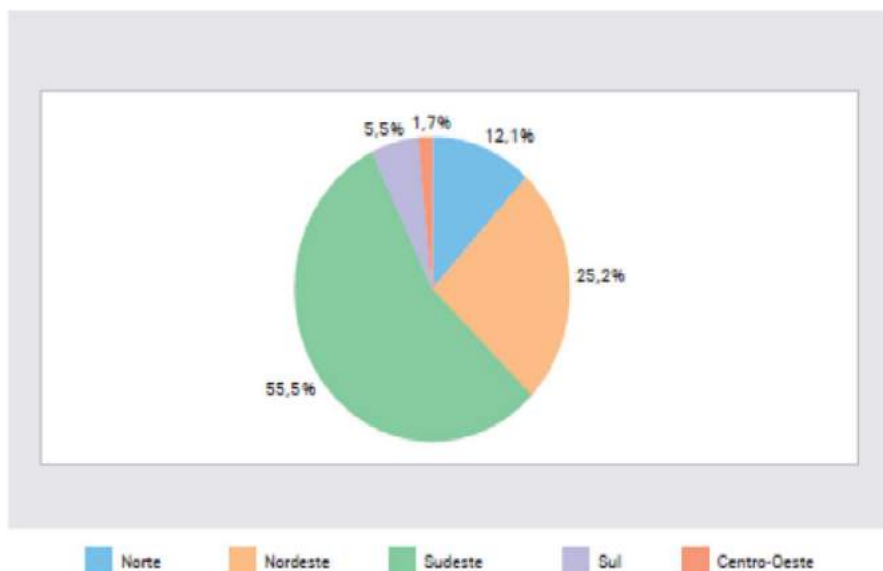


Fonte: IBGE, Censo Demográfico 2010.

A partir do levantamento anterior, é possível identificar as regiões com maior concentração de ocupações informais do solo, as quais são representadas pelos pontos vermelhos distribuídos pelo País.

Conforme dados do IBGE (2010), a Região Sudeste apresentou um percentual de 55% de setores com concentração de aglomerados subnormais, seguida da Região Nordeste com uma concentração de 25,2 % e da Região Norte, com 12,1%. As Regiões Sul e Centro-Oeste foram as que ficaram com o menor percentual, sendo 5,5% e 1,7%, respectivamente. A Figura 2, abaixo colacionada, nos traz a amplitude destes percentuais:

Figura 2 – Distribuição de setores em aglomerados subnormais por Regiões no Brasil em 2010



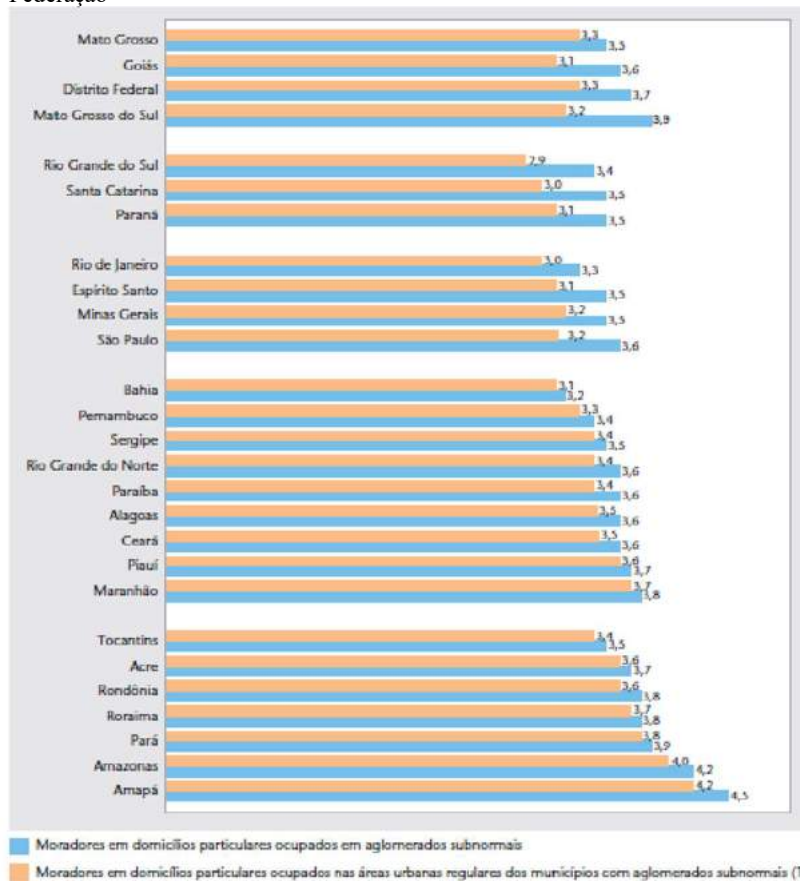
Fonte: IBGE, Censo Demográfico 2010.

Por intermédio do Censo Demográfico 2010, tem-se uma visão mais ampla quanto a dimensão dos problemas enfrentados no setor da habitação no Brasil.

Ademais, o Censo também apurou que a média de moradores em domicílios localizados em ocupações informais (aglomerados subnormais) era consideravelmente superior à média de moradores residentes em áreas urbanas regulares. A Figura 3, abaixo colacionada, aborda estas dimensões:



Figura 3 – Média de moradores em domicílios localizados em aglomerados subnormais e de moradores de domicílios localizados em áreas urbanas por Unidades da Federação



Fonte: IBGE, Censo Demográfico 2010.

Atualmente, o presente tema é tratado como uma política pública e um problema difuso o qual afeta toda a coletividade, uma vez que, ao longo dos anos, o Estado não foi capaz de gerir os inúmeros problemas trazidos com esta ocupação desorganizada e em massa, tornando-se ineficiente.

Neste sentido, Romanelli (2007, p. 70) destaca que o Estado se tornou ineficiente, não sendo capaz de gerir os problemas

que surgiram e que continuam a surgir com o contínuo crescimento da população. Sendo que cada vez mais as cidades, com os altos preços do solo urbanizado, segregam a população por estratos de renda e impõe ônus sociais inversamente proporcionais a capacidade de quem os suporta.

Conforme menciona o autor, os problemas com as questões da habitação continuam presentes na sociedade, uma vez que frente as ocupações irregulares do solo, tem-se a precariedade ao sistema habitacional. Ainda, Romanelli (2007, p. 71) complementa que:

A precariedade (material e/ou jurídica) da habitação é, lamentavelmente, problema dos mais graves da sociedade brasileira, representando um dos custos mais caros das sociedades contemporâneas submetidas ao sistema capitalista. Em um país com população predominantemente pobre e com capacidade comprometida para investimentos públicos, a habitação popular usualmente apresenta soluções temerárias, assistencialistas, dissonantes de condições dignas, sem qualquer segurança jurídica da posse. (ROMANELLI, 2007, p. 71).

Neste prisma, a Regularização fundiária surge como uma ferramenta diretamente ligada ao interesse social, objetivando trazer ao sistema o reconhecimento dos direitos assegurados pela Carta Magna no que tange o direito à moradia nos assentamentos irregulares. Logo, tem-se que a regularização fundiária possui como premissa tirar da informalidade as situações fundiárias que se encontram em dissonância com o ordenamento jurídico.

A necessidade de tratar do processo de Regularização Fundiária desses assentamentos informais é urgente, sendo dever do Poder Público sua aplicação. Alfonsin (1999, p. 163) salienta que a regularização fundiária é o processo de intervenção pública sob os aspectos jurídicos, físico e social, que apresenta como objetivo o de legalizar a permanência de populações moradoras de áreas urbanas ocupadas em desconformidade com a lei para fins de habitação, implicando acessoriamente melhorias no ambiente urbano do assentamento, no resgate da cidadania e da qualidade de vida da população beneficiária.



Assim, Pinho (1998, p. 78) conceitua que a regularização fundiária realizada como urbanização específica de interesse social deverá comportar, além da regularização do domínio sobre a terra, um programa de urbanização que seja voltado para suprir situações de risco, insalubridade, falta de acessibilidade, etc., que por ventura ocorram, assim como a implantação de equipamentos públicos necessários ao bom padrão de habitabilidade da área.

A Regularização Fundiária, portanto, está diretamente ligada a intervenção pública para assegurar aos possuidores o direito à moradia digna, por meio da transferência da propriedade aos moradores, a qual estes detinham apenas a posse.

Romanelli (2007, p. 106) complementa que a Regularização Fundiária dos assentamentos informais deve ser acompanhada de políticas públicas efetivas de caráter social, visto que não se pode produzir projetos de regularização da posse da terra em massa por mero interesse econômico. Dessa maneira, evidencia-se que regularizar não compreende somente fornecer o título da terra, definitivo ou precário, mas sobretudo, conferir à população condições de vida digna, com acesso a equipamentos urbanos, integrando-a, de forma linear, à comunidade local. Portanto, regularizar uma ocupação irregular significa cicatrizar uma ferida causada por várias “doenças”, provenientes do próprio homem.

Analisando o exposto acima, conclui-se que existe um dever fixado pela Constituição Federal que assegura que o Poder Público tem que identificar paradigmas para o enfrentamento deste problema social. Assim, deve-se buscar um dispositivo do qual visa resguardar e proteger os direitos dos possuidores de lotes nos assentamentos irregulares, observados os direitos jurídicos.

Dito isso, evidencia-se que o tema Regularização Fundiária não pode ser interpretada como uma possibilidade da Administração Pública para enfrentamento dos problemas sociais dos



Municípios, e sim uma necessidade.

Nos termos do texto constitucional, é dever das três esferas de Governos, por intermédio do instituto conferido pela Constituição Federal garantir aos cidadãos à moradia digna e endereço formal, dentre outras benfeitorias. Com este papel, o Município, por exemplo, poderá passar a arrecadar tributos, como o Imposto Territorial Urbano (IPTU), gerando assim um equilíbrio ao sistema. Para Romanelli o tema é de extrema importância, posto que:

Para que se possa encontrar um equilíbrio e buscar a conformidade para ambas as situações, entende-se que a urbanização e regularização dos assentamentos precários devem ser definidas como prioridades nacionais, no campo da política urbana, transformando-se em ação obrigatória para três esferas de governos, tendo como fundamento a efetividade do Direito à Moradia. (ROMANELLI, 2007, p. 103).

Frente a isso, verifica-se a necessidade de enfrentar os problemas oriundos dos loteamentos irregulares por meio da regularização fundiária, com o objetivo de enfrentar os problemas sociais trazidos com esta ocupação irregular, minimizando-os e trazendo melhorias para as condições urbanísticas e ambientais da coletividade.

3 A EVOLUÇÃO DAS OCUPAÇÕES INFORMAIS EXISTENTES NO MUNICÍPIO DE CAXIAS DO SUL/RS

A partir da análise histórica, identificam-se diversos modelos de distribuição de terras para fins de povoamento do território brasileiro, principalmente a partir do período colonial.

Nesse sentido, observa-se que um dos primeiros modelos utilizados foi o conhecido como sesmarias, o qual caracterizava-se pela doação de grandes territórios para fins de cultivo da agricultura, criação de gado e extrativismo vegetal. Entretanto, após a independência houve uma importante mudança no tema, a qual foi trazida pela Lei das Terras de 1850. A referida norma trouxe fim as doações de terras, transformando-a em oportunidade de



negócio.

Após a independência, na metade do século XIX, há uma importante mudança na política agrária brasileira, através da Lei das Terras, de 1850, que deu fim à doação de terras e as transformou em uma mercadoria a ser comprada e vendida. Após esta lei, as colonizações apresentam diferenças, sendo disponibilizadas extensões menores de terras e tendo seus colonos que pagar por elas (SILVA, 2018, p. 33).

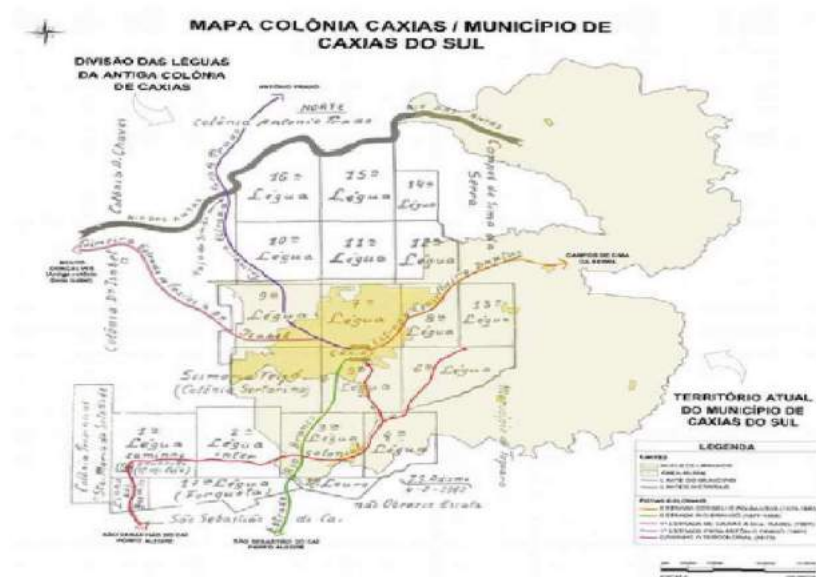
A ocupação do território da Serra Gaúcha ocorreu no final do século XIX e de maneira mais lenta, situação justificada em razão das baixas características para exploração agrícola, pelas topografias acidentadas e pelo clima.

Assim, evidencia-se que a ocupação da cidade de Caxias do Sul, por sua vez, iniciou em 1875, com a ocupação de colonos imigrantes. À época, chamava-se Colônia Fundos de Nova Palmira e, historicamente, há indícios que foi ano de 1876 que a Colônia passou a ser chamada de Caxias. Inicialmente, a Colônia Fundos de Nova Palmira teve sua projeção para divisão do território em 17 léguas. As referidas léguas, eram divididas por estradas denominadas travessões, os quais demarcavam os lotes. Sobre o assunto, o autor Silva menciona que:

Em média, eram demarcados 32 lotes por travessão e uma média de 142 por légua. Os lotes rurais possuíam em torno de 25ha, tendo em torno de 200 ou 250 metros de frente para o travessão e 1.000 ou 1.250 metros de fundo. As demarcações das terras e a construção dos travessões seguiam um plano reto, sem levar em consideração as fronteiras naturais; era a aplicação abstrata do projeto do papel, sendo efetivadas independentemente das particularidades do relevo (SILVA, 2018, p. 36).

Na Figura 4, abaixo colacionada, podemos observar a divisão da Colônia Caxias em léguas:

Figura 4 – Divisão em léguas da Colônia Caxias



Projeto Victor - Valorização do turismo integrado à identidade cultural dos territórios. Programa URB-AL. Mapa da Colônia Caxias / Município de Caxias do Sul, p.68. Desenhado sobre o original Planta Geral da Colônia Caxias de João Spadari Adami, 04 de julho de 1962.

Fonte: SILVA, 2018, p. 36. Disponível em: <https://www.uces.br/site/midia/arquivos/ebook-hist-crescimento.pdf>. Acesso em: 02 de maio de 2020.

As Léguas, à época da divisão, eram consideradas como um norteador de território, dividindo o território em o que hoje chamamos de Bairros. Na atualidade, ainda é possível observar a existência de algumas léguas, localizadas nos interiores do Município.

Da mesma forma, evidencia-se que a divisão dos lotes foi feita inicialmente em observância aos princípios da simetria e com formato de tabuleiro de xadrez, os quais visavam garantir a regularidade geométrica. Nesse sentido, conforme disposto, colaciona-se a Figura 5, a qual traz a vista aérea da cidade de Caxias do Sul no ano de 1937. A imagem abaixo demonstra este traçado geométrico:



Figura 5 – Vista aérea dos lotes de Caxias do Sul/RS em 1937



Vista aérea da cidade. Caxias do Sul, 28/02/1937.
 Autoria: não identificada.
 Arquivo: Arquivo Histórico Municipal João Spadari Adami.

Fonte: SILVA, 2018, p. 59. Disponível em: <https://www.ucs.br/site/midia/arquivos/ebook-hist-crescimento.pdf>. Acesso em: 02 de maio de 2020.

Conforme denota-se da imagem acima, inicialmente a ocupação se deu de forma controlada e organizada, trazendo ao cenário lotes em quadrados levemente retangulares. Neste sentido, Silva menciona que:

A expansão urbana nos primeiros 60 anos da cidade se deu de forma lenta e uniforme, não houve mudanças substanciais na forma de crescimento da cidade, no período entreguerras, as empresas ocupavam a área do perímetro urbano original, não apenas a indústria tradicional (alimentar e têxtil) mas também as metalúrgicas. (SILVA, 2018, p. 57).

Este controle existente frente ao desenvolvimento e expansão do município, foi se perdendo com o passar dos anos, impulsionado principalmente pelo aumento do preço da terra nas áreas centrais. Logo, como consequência do aumento do preço dos lotes, houve o início da constituição das periferias.

Silva (2018, p. 61) complementa que a soma de um fluxo constante de migrantes chegando à cidade e uma massa de trabalhadores com salários deprimidos geraram uma demanda habitacional, a qual foi suprida pelo mercado paralelo de loteamentos clandestinos; isso provocou um ciclo de ocupação irregular



do solo, situada nos limites do perímetro urbano. Sendo que a infraestrutura existente foi determinante para essas localizações.

O crescimento acelerado das ocupações e a falta de regulamentação sobre a criação de novos loteamentos foram dois dos motivos, os quais abordam a realidade atual do Município. Conforme registros históricos, o único regramento existente à época era o de que as ruas criadas para circulação não podiam ter menos de doze metros.

Com o agravamento dos problemas ligados à habitação, no ano de 1950, foi promulgada a Lei Municipal nº 259, a qual fixava um novo perímetro à área suburbana, que era considerada como a área de transição entre a zona urbana e a zona rural. A legislação foi criada, entre outros objetivos, para garantir o recolhimento de impostos.

No mesmo ano, com o elevado crescimento da população residente em zona urbana, foi promulgada a Lei Municipal nº 304, a qual possuía como premissa o estímulo da verticalização das construções, bem como, expressava preocupação com a valorização dos preços dos terrenos e imóveis a fim de garantir maiores lucratividades ao ramo imobiliário.

Ressalta-se que com o desenvolvimento da cidade de Caxias do Sul, houve grande destaque para o direito de propriedade, restando a função social em segundo plano. Nestes termos, observa-se que ocorreu um interesse maior nas construções e nos lucros auferidos do que a saudável ocupação do solo.

Outro fator que pode ser considerado como de extrema importância para a fomentação repentina da ocupação irregular do solo, foi a migração ocorrida para os grandes centros no início do Século XX, a qual ocorreu diante da promessa de melhor qualidade de vida, com empregos formais e infraestrutura adequada. Silva (2018, p. 21) faz uma comparação com o cenário nacional à realidade enfrentada neste período pela Cidade de Caxias do Sul, conforme exposto abaixo:

A cidade de Caxias do Sul, com suas grandes indústria e promessas de ascensão social, atraiu um grande contingente de



Entretanto, juntamente com o crescimento acentuado da população nos centros urbanos, verifica-se que não houve o devido acompanhamento do planejamento adequado. De acordo com Silva (2018), na cidade de Caxias do Sul a população urbana passou de 114.008 no ano de 1970 para 264.805 no ano de 1991. Como resposta a este crescimento e expansão da população urbana, Rech e Rech (2010, p. 31) salientam que durante muitos séculos as cidades cresceram sem normas, exceto o projeto original que abrigava colonizadores. Desta forma, apesar da modernização das últimas décadas, as cidades têm improvisado formas urbanas, fabricando miséria nas suas periferias e amargado com o caos.

Portanto, destaca-se que as cidades cresceram de forma abrupta e desordenada, o que acabou por ocasionar problemas graves com a habitação, ante a ausência de planejamento adequado.

Ante o crescimento desordenado dos loteamentos clandestinos, ocorreu uma breve preocupação da municipalidade no intuito de regulamentar a criação dos loteamentos. Durante os anos de 1947 e 1951, houve uma discussão acerca do Plano Diretor da cidade, projeto que buscava trazer diretrizes a este cenário, tornando mais acessível as obras e urbanização. Sendo que o referido instrumento publicado apenas no ano de 1953. Desse modo, Silva ressalta que:

O projeto do Plano Diretor contrariava os interesses da manutenção dos padrões urbanísticos da cidade, através do abandono do traçado xadrez, tentando tornar mais acessíveis obras e urbanização. Também contrariava a criação de loteamentos com condições urbanas piores, altamente praticados à época



Como complemento, é importante mencionar a diferenciação existente acerca dos temas loteamentos clandestinos e loteamentos irregulares. A priori, os loteamentos clandestinos são



considerados como aquele que é aberto e vendido de maneira ilegal, em relação à legislação de uso e parcelamento de solo, bem como sem atender às exigências de aprovação de plantas e alvarás, concedidos pelo poder municipal, ou sem a documentação regular exigida pelo cartório de registro de imóveis. Apresentando como consequência mais grave para o comprador a de que sem a aprovação do poder municipal, o lote não pode ser registrado e consequentemente não pode ser realizada a escritura. (MARICATO, 1987, p. 71).

Logo, são considerados loteamentos clandestinos aqueles que não possuem nenhum projeto ou aprovação do Poder Público Municipal. Por sua vez, os loteamentos irregulares são considerados como aqueles que possuem projetos aprovados pelo Poder Público Municipal, entretanto, foram executados em desacordo com o planejado. Os conceitos de loteamento irregular e loteamento clandestino apresentam semelhança, sendo, em muitos casos, utilizados em conjunto.

Para os cartórios de registro de imóveis os conceitos existentes no ordenamento jurídico são apenas: loteamentos regulares os quais possuem aprovação do Poder Público, registro imobiliário com respectiva matrícula e loteamentos irregulares, os quais são desenvolvidos em desconformidade com a ordem jurídica.

Conforme exposto, a habitação restou configurada desde muito cedo como um mercado a ser explorado com grandes potenciais. A busca desenfreada por moradia nos grandes centros urbanos, como a cidade de Caxias do Sul, é considerada historicamente como um dos balizadores do tema.

Ante a baixa valorização dos produtos agrícolas, os possuidores de pequenas propriedades as quais localizavam-se próximo à área central e de grandes fábricas, viram como alternativa a exploração do mercado imobiliário. Estas pequenas propriedades deixaram de trazer aos proprietários um retorno produtivo, passando a ter valor imobiliário. Por outrossim, pode-se afirmar



que a indústria metalúrgica trouxe a cidade de Caxias do Sul a evolução esperada pelos migrantes, uma vez que trazia como promessa aos imigrantes as melhores condições de vida.

A indústria acelerou o processo de desenvolvimento das cidades. Concentrou população, para servir de mão de obra e de mercado; definiu classes sociais básicas, que se multiplicaram em setores mais diferenciados, à medida que a sociedade se tornava mais complexa; deu à cidade a característica básica do capitalismo – a concentração, tanto a nível espacial quanto social, deu à cidade, moderna a fisionomia que ela apresenta como fruto da industrialização, enquanto expressão plena do modo de produção capitalista. (RUA, 1993, p. 86).

Nestes termos, observa-se que a indústria foi considerada como uma organizadora do espaço territorial, posto que, ao fixar-se em determinada região, valoriza o preço da terra e traz ocupação aos arredores deste espaço. Assim ocorreu com Caxias do Sul/RS.

Tem-se exemplo cristalino com a construção da empresa Marcopolo no Bairro Planalto. Ante a construção da unidade fabril, houve uma grande explosão nas vendas dos terrenos que estavam sendo loteados, uma vez que a construção da unidade fabril levou para a localidade a valorização dos terrenos.

Logo, a habitação passou a ser amplamente explorada, sem, entretanto, ser efetivada dentro das devidas legalidades, posto que à época, não haviam incentivos e projetos para loteamentos considerados como populares, existindo apenas algumas diretrizes bastante brandas traçadas pelo Município. Portanto, há de se mencionar que o surgimento dos loteamentos irregulares não ocorreu de forma espontânea, conforme Silva (2018, p. 89-90), visto que faz parte do projeto do sistema capitalista.

A ilegalidade não é espontânea, faz parte do projeto do sistema capitalista, mesmo que mascarado no discurso oficial e pelas Constituições que, em tese, asseguram o direito à moradia e à função social da propriedade; há uma incapacidade sistêmica em prover a toda a população este direito. Os loteamentos clandestinos desenvolvem um mercado paralelo privado, de preço reduzido, com baixa qualidade habitacional, frente aos



loteamentos regulares, amenizando um problema conflitivo; mesmo que não sejam reconhecidos pelo Estado, são admitidos, pois liberam os gestores de se preocuparem com gastos sociais para esta parcela da população. (SILVA, 2018, p. 89,90).

Diretamente ligado ao exposto acima, tem-se que a cidade de Caxias do Sul sofreu entre os anos de 1972 a 1988 um período de grande expansão urbana, diante da criação de diversos loteamentos irregulares e clandestinos os quais caracterizaram-se pela ausência de políticas públicas socioambientais. Em que pese alguns esforços tenham sido empregados pelas Administrações Públicas ao longo dos anos, tem-se que não podem ser considerados como suficientes para estancar o nítido problema social enfrentado ao longo de décadas.

As cidades continuam crescendo de forma clandestina e descontrolada, sendo que o enfrentamento de tais problemas sociais está diretamente ligado aos objetivos do presente trabalho. Os problemas sociais trazidos com estas ocupações irregulares existem e estão consolidados, cabendo aos governos locais a superação destas barreiras para fins de um desenvolvimento econômico sustentável.

4 LOTEAMENTOS IRREGULARES EXISTENTES NO MUNICÍPIO DE CAXIAS DO SUL/RS

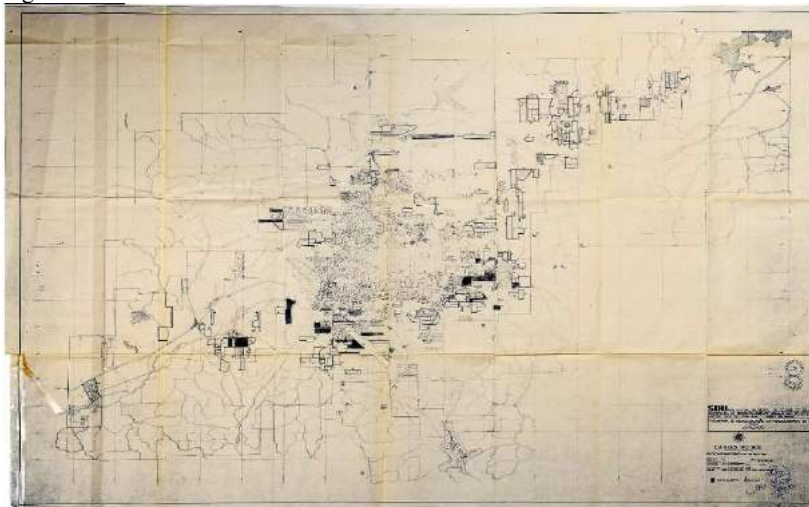
Conforme analisado, anteriormente, a cidade de Caxias do Sul apresenta como fato gerador do seu aumento populacional o processo de migração oriundo da industrialização. Nesse sentido, verifica-se que o aumento populacional foi impulsionado pela grande oferta de trabalho e consequentemente pela busca de melhor qualidade de vida. A implantação das indústrias no Município foi considerada como uma inovação ao cenário da economia, diversificando-a.

A partir de 1970, após um século de ocupação territorial pelos imigrantes italianos, houve uma diversificação na economia, pois esta passou a explorar o ramo metalúrgico e mecânico.



No ano de 1988 ocorreu a promulgação da Lei Municipal nº 3.292 de 25 de novembro de 1988, a qual instituiu o programa de regularização dos parcelamentos irregulares e deu outras providências. No referido ano, a Prefeitura Municipal registrou cerca de 110 loteamentos irregulares, conforme informações apuradas pela Secretaria Municipal de Urbanismo. Pela imagem abaixo, é possível mensurar a quantidade de loteamentos irregulares existentes à época:

Figura 6 – Planta da área urbana e suburbana de Caxias do Sul/RS em 1988



Fonte: Arquivo Histórico Municipal João Spadari Adami. Caxias do Sul- RS. Disponível em: <http://arquivomunicipal.caxias.rs.gov.br/index.php/planta-da-area-urbana-e-suburbana-de-caxias-do-sul-6>. Acesso em: 02 de maio de 2020.

Na imagem colacionada anteriormente, verifica-se as marcações realizadas por quadrados e retângulos, as quais identificam os loteamentos irregulares existentes à época.

Os problemas ligados à habitação continuam a surgir e aumentar frente a constante expansão populacional. Atualmente, conforme registros da Secretaria Municipal do Urbanismo e da Coordenadoria de Regularização Fundiária, o Município de Caxias do Sul/RS conta com aproximadamente 438 casos de loteamentos irregulares catalogados no Cadastro de Parcelamentos Irregulares.

Dentre estes casos, 108 são caracterizados como de Interesse Social, 280 são caracterizados como de Interesse Específico e 50 casos são meramente reconhecidos pelo poder público municipal. Mais adiante estas categorias serão estudadas de forma mais aprofundada. Como instrumento de controle e regularização dos loteamentos irregulares existentes, bem como forma de planejar o ordenamento da cidade, foi regulamentada a Lei Federal nº 10.257 de 10 de julho de 2001, denominada



Rech e Rech (2010, p. 87) ressaltam que o Plano Diretor é compreendido como um dos instrumentos eficazes para o planejamento, bem como vincula os atos do administrador de forma permanente a curto, médio e longo prazo, sob pena de responsabilidade. Além disso, é visto como um projeto de cidade que não é de ninguém, mas que pertence a todos. (RECH; RECH, 2010, p.87)

Nesse sentido, o Plano Diretor busca desenvolver um projeto de cidade sustentável, sendo que para isso é necessário que seja traçado um planejamento a ser seguido pelo Município, de médio ou longo prazo. Entretanto, o que tem se observado em uma crescente é a existência de diversas cidades mal planejadas, as quais acabam por trazer diversos problemas como por exemplo de mobilidade e alagamentos.

Rech e Rech (2010, p. 86) complementam que:

Em regra, o que se tem constatado são cidades mal planejadas, com enormes congestionamentos de trânsito, alagamentos que devastam cidades inteiras, loteamentos irregulares, favelas e ocupações inadequadas nas periferias, meio ambiente ecologicamente desequilibrado e cidades que nada tem de sustentáveis. Os administradores estão comprometidos com suas ideias, mas não estão contribuindo para um projeto definitivo de cidade sustentável para as presentes e futuras gerações. A regra é que continuemos ocupando todo o território brasileiro, sem planejamento. E depois de ocupado e os problemas criados, invocamos a ideologia o partido ou o candidato como salvadores da pátria. (RECH; RECH, 2010, p.86).

Além disso, evidencia-se que o Município de Caxias do Sul/RS instituiu as Leis Municipais nº 6.810/2007 e nº 7.911/2014, as quais são denominadas como Lei do Parcelamento de Solo e Programa Regulariza Caxias, respectivamente.

A Lei nº 6.810/2007 disciplinou o parcelamento de solo para fins urbanos no Município e tratou da regularização fundiária sustentável. Por sua vez, a Lei nº 7.911/2014 possui o objetivo de normatizar normas e parâmetros para a Regularização



Art. 6° O PDDI deve:

I - guiar o desenvolvimento da cidade de forma integrada para garantir investimentos que considerem as demandas de todas as áreas de atuação da administração pública em acordo com as formas desejáveis de uso e ocupação do solo e a oferta e disposição física de equipamentos públicos, agregando valor à população a longo prazo por meio do aumento da qualidade de vida, da sustentabilidade e da redução dos custos sociais e econômicos de funcionamento da cidade; e

II - propiciar princípios e regras orientadoras da ação do poder público e dos agentes que constroem e utilizam o espaço urbano, visando promover ordenação dos espaços do município e a urbanização que garanta o direito à cidade e à cidadania de forma mais justa. (Rio Grande do Sul. Caxias do Sul, Lei Complementar nº 589/2019, 2020).

O Estatuto da Cidade considera o plano diretor como um instrumento básico no desenvolvimento e expansão urbana, que deve ser revisto a cada dez anos, pelo menos, conforme disposto no art. 40 do Estatuto da Cidade.

Ao mencionar desenvolvimento e expansão urbana, o legislador buscou trazer ao tema a criação das chamadas áreas de expansão urbana, aquelas cujas encontram-se no entorno do perímetro urbano e possuem potencial para futuras expansões urbanas. A preocupação com o tema ligado a Regularização Fundiária encontra-se prevista no art. 2º, XIV do Estatuto da Cidade:

Art. 2º A política urbana tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana, mediante as seguintes diretrizes gerais:

$$[\dots]$$

XIV – regularização fundiária e urbanização de áreas ocupadas por população de baixa renda mediante o estabelecimento de normas especiais de urbanização, uso e ocupação do solo e edificação, consideradas a situação socioeconômica da população e as normas ambientais;

[...]. (BRASIL. Lei nº 10.257/2001, 2020).

Também há previsão sobre o tema no art. 39 do Plano Diretor do Município de Caxias do Sul:

Art. 39. A Política Municipal de Regularização Fundiária

visará:

I - promover discussão continuada dos instrumentos de regularização fundiária previstos na Lei Federal n. 13.465/2017 e demais leis afetas à matéria, fomentando a visão sistêmica do assunto entre todos os atores envolvidos nos procedimentos de regularização;

II - utilizar como instância de discussão o Grupo de Trabalho de Regularização Fundiária (GTRF), com adoção de pautas específicas quanto a titulação e urbanização;

III - valorizar a perspectiva preventiva nas estratégias e nos processos de regularização fundiária, a fim de garantir a posse futura da propriedade regularizada com estabilidade dos núcleos habitacionais, por meio da instrumentalização necessária para captura da mais valia proporcionada pela regularização fundiária, que servirá para financiamento de implantação de infraestrutura em ocupações de interesse social;

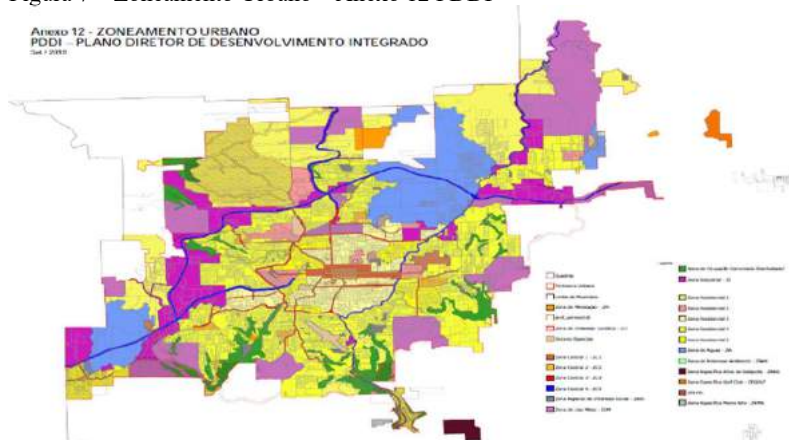
IV - criar espaços e mecanismos de mediação de conflitos fundiários; e

V - disponibilizar assistência técnica e jurídica gratuitamente para a população de baixa renda, envolvendo os diversos atores do processo de regularização, facultada a realização de PPPs. (Rio Grande do Sul, Caxias do Sul, Lei Complementar nº 589/2019, 2020).

A fim de trazer aplicabilidade ao disposto acima, o Capítulo II, Seção II do Plano Diretor, estabelece o Zoneamento do Município de Caxias do Sul. Pela política de Zoneamento objetivou-se dividir o território em zonas, setores e áreas, conforme prevê o art. 49 da Lei Complementar nº 589/2019 (PDDI).

O mapeamento realizado para divisão do município em zonas encontra-se nos Anexos 07 e 12 do Plano Diretor. Para análise deste Zoneamento do setor Urbano, colacionamos abaixo o Anexo 12 do Plano Diretor:

Figura 7 – Zoneamento Urbano – Anexo 12 PDDI



Fonte: Plano Diretor de Desenvolvimento Integrado Caxias do Sul- RS. Disponível em: <https://gcpstorage.caxias.rs.gov.br/documents/2019/11/d5320b22-4493-43e6-86c9f23bf0ec1db3.pdf>. Acesso em: 02 de maio de 2020.

Conforme imagem, verifica-se a preocupação do Município com o tema da regularização fundiária, bem como a sistematização de divisão em zonas para maior aplicabilidade do disposto na legislação referente ao tema, cumprindo o estabelecido no Estatuto da Cidade.

Dentre as divisões em zonas trazidas pelo PPDI, merecem destaque algumas as quais objetivam retirar da informalidade os assentamentos irregulares, sendo elas as Zonas de Uso Especial (ZUE), Zona Específica Altos de Galópolis e Zona Específica Morro Alto (ZEMA).

Conforme o texto legal, as Zonas de Uso Especial são áreas objeto de plano de ocupação específico, sendo classificadas em Zona Especial de Interesse Social (ZEIS) e Zona Especial do Novo Aeroporto (ZENA), disposto no art. 56⁴ do referido

4 Art. 56. As Zonas de Uso Especial (ZUE) compreendem as áreas reservadas a empreendimentos habitacionais e destinadas a comércio, serviços e equipamentos de uso público, e serão objeto de plano de ocupação específico, classificando-se em:

I - Zona Especial de Interesse Social (ZEIS): compreende as áreas sujeitas a critérios especiais de parcelamento, uso e ocupação do solo, onde há interesse público em

diploma legal.

Por sua vez, a Zona Específica Altos de Galópolis (ZEAG) e a Zona Específica Morro Alto (ZEMA), previstos no art. 50, inciso XV e XVI, respectivamente, tratam-se de áreas com existência de loteamentos irregulares consolidados, onde tornou-se passível a regularização fundiária mediante solução dominial do imóvel, bem como mediante definição de projeto de urbanização a ser elaborado em observância as legislações municipais, estadual e federal.

A Zona Específica Altos de Galópolis (ZEAG) é um dos diversos casos de loteamentos irregulares catalogados pelo Município de Caxias do Sul/RS, que busca a regularização fundiária do loteamento consolidado existente. Adiante será tratado de forma mais aprofundada o tema atinente a Regularização do Loteamento Altos de Galópolis. Evidencia-se que o controle dos loteamentos existentes no Município de Caxias do Sul/RS é feito a partir sistema Geocaxias, o qual encontra-se previsto no art. 27 da Lei Municipal nº 7.911 de 15 de dezembro de 2014, intitulada como Programa Regulariza Caxias. Por meio do sistema Geocaxias há a possibilidade de realizar o mapeamento com informações geoprocessadas o qual demonstra com maior clareza o problema enfrentado pelo Município de Caxias do Sul/RS com a

ordenar a ocupação por meio de urbanização e regularização fundiária, implementar ou complementar programas habitacionais de interesse social, subdividindo-se em duas categorias:

- a) ZEIS 1: áreas públicas ou particulares ocupadas por assentamentos de população de baixa renda na zona urbana, caracterizadas pelo interesse público e promoção da regularização fundiária e urbanística, recuperação ambiental, qualificação urbana e integração à cidade; e
 - b) ZEIS 2: glebas/imóveis não edificados ou subutilizados, localizados na zona urbana, necessários à implantação de programas habitacionais de interesse social ou equipamentos públicos urbanos ou comunitários, os quais poderão ser objeto de aplicação do instrumento de parcelamento, edificação ou utilização compulsórios; e
- II - Zona Especial do Novo Aeroporto (ZENA): objetiva o regramento e ordenamento da ocupação e uso do solo daquele espaço e seu entorno mediante o atendimento às normas específicas de proteção do referido equipamento e está delimitada no Anexo 07 desta Lei Complementar. (RIO GRANDE DO SUL. CAXIAS DO SUL, LEI COMPLEMENTAR Nº 589/2019, 2020).



existência de dezenas de loteamentos irregulares em seu território.

Assim, mesmo com as ferramentas de controle existentes, as quais são aprimoradas constantemente com o auxílio da tecnologia, as ocupações irregulares ainda são consideradas como um grande impasse a ser superado em âmbito nacional.

Portanto, nos termos da legislação federal é dever do Poder Público Municipal a implementação de políticas públicas adequadas com o objetivo de retirar da informalidade os loteamentos irregulares existentes, a fim de que se possa recolher tributos e implementar melhorias às condições de vida dos ali residentes, garantindo o direito constitucional à moradia digna e adequada.

Com a promulgação da Lei Federal nº 13.465/2017 evidencia-se que esta premissa se tornou ainda mais acessível, posto que, além das legislações municipais, o Brasil conta com uma legislação no âmbito nacional atinente ao presente tema, desburocratizando-o e trazendo maior aplicabilidade aos casos concretos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho teve por objetivo analisar as legislações e inovações referente ao tema da Regularização Fundiária, observando as diretrizes traçadas pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Desse modo, iniciou-se com a exposição do conceito de propriedade no Brasil e sua origem. Para isso, fez-se necessária a análise do tema como um todo, posto que este constitui um direito real, individual e fundamental para a sociedade, estando diretamente ligado com a função social.

A propriedade tem sua origem ainda no período de ocupação territorial pelos indígenas, onde ela era compartilhada. Posteriormente, o tema sofreu alterações, realizando uma



abordagem desde o período colonial, no qual passou a se notar resquícios da caracterização da propriedade privada.

Com o passar dos anos, o tema sofreu diversas alterações frente a evolução dos povos e a adaptação das legislações, não possuindo até a atualidade um conceito fixo. Entretanto, com a Constituição Federal de 1988 a Função Social tornou-se efetivamente um elemento essencial ao direito de propriedade, sendo princípios os quais se complementam.

A Função Social da propriedade é considerada como uma garantia fundamental, conforme disposto no art. 5º, inciso XXIV da Constituição Federal. Logo, ao exercer seu direito a propriedade e agir em favor de seus interesses, o proprietário deverá observar sobretudo o interesse social previsto no ordenamento jurídico.

Em contrapartida, outro instituto do qual merece atenção é o direito à moradia, visto que faz parte dos direitos essenciais e representa uma concepção acerca da dignidade da pessoa humana. O direito à moradia também é considerado como um direito fundamental, previsto pela Carta Magna, sendo considerado ainda como uma cláusula pétrea, não podendo ser abolido da legislação, apenas modificado para trazer efetividade ao tema.

Por conseguinte, restaram analisados os temas atinentes ao parcelamento do solo e a regularização fundiária em um cenário enfrentado primeiramente em nível nacional e posteriormente em nível regional, passando-se a análise dos casos existentes no Município de Caxias do Sul/RS com suas respectivas evoluções.



REFERÊNCIAS



- ALFONSIN, Betânia de Moraes. *Regularização fundiária: um imperativo ético da cidade sustentável- o caso de Porto Alegre*. São Paulo: Max Limonad. 1999.
- AMADEI, Vicente Celeste e AMADEI; Vicente de Abreu. *Como lotear uma gleba: o parcelamento do solo urbano em seus aspectos essenciais (loteamento e desmembramento)*. 3. ed. São Paulo: Millennium, 2012.
- AMADEI, Vicente de Abreu; MONTEIRO FILHO, Ralpho Waldo de Barros; PEDROSO, Alberto Gentil de Almeida. *Primeiras Impressões sobre a Lei n. 13.465/2017*. s.a. Disponível em: <http://www.arisp.com.br/lei_n13465_2017.pdf>. Acesso em 28/04/2020.
- BRASIL. [Constituição (1967)]. *Constituição Federal*. [S. l.: s. n.], 1967. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm. Acesso em: 07 fevereiro 2020.
- BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição Federal*. [S. l.: s. n.], 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 07 fevereiro 2020.
- BRASIL. [Lei nº 10.257/2001]. *Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal* [S. l.: s. n.], 2001. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/110257.htm. Acesso em: 02 de maio de 2020.
- BRASIL. [Lei nº 13.465/2017]. *Dispõe sobre a regularização fundiária rural e urbana*. [S. l.: s. n.], 2017. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13465.htm>. Acesso em: 02 de maio de 2020.
- BRASIL. [Lei nº 6.766/1979]. *Dispõe Acerca do Parcelamento do Solo Urbano*. [S. l.: s. n.], 1979. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6766.htm.





- Educs, 2010.
- RIO GRANDE DO SUL, CAXIAS DO SUL. [Lei Complementar nº 589/2019]. *Institui o Plano Diretor de Desenvolvimento Integrado* [S. l.: s. n.], 2019. Disponível em: <<https://gcpstorage.caxias.rs.gov.br/documents/2019/11/c8fd1233-0a17-4256-adab-da821e94febd.pdf>>. Acesso em: 02 de maio de 2020.
- RIO GRANDE DO SUL, CAXIAS DO SUL. [Lei nº 7.911/2014]. *Institui o Programa Regulariza Caxias* [S. l.: s. n.], 2014. Disponível em: <<https://leismunicipais.com.br/a1/rs/c/caxias-do-sul/lei-ordinaria/2014/791/7911/lei-ordinaria-n-7911-2014-institui-oprograma-regulariza-caxias-que-indica-as-normas-parametros-e-procedimentos-para-a-regularizacao-fundaria-no-ambito-do-municipio-e-da-outras-providencias>>. Acesso em: 02 de maio de 2020.
- ROMANELLI, Luiz Claudio. *Direito à Moradia à Luz da Gestão Democrática*, Curitiba: Juruá, 2007.
- RUA, João et al. *Para ensinar geografia: contribuição para o trabalho com 1º e 2º graus*. Rio de Janeiro, RJ: ACCESS Editora, 1993.
- SILVA, Túlio dos Reis da. *A história do crescimento urbano de Caxias do Sul: do milagre econômico à redemocratização*. 02. ed., Caxias do Sul: Educs, 2018.



MEIOS PROCESSUAIS ESPECIAIS DE TUTELA DA PROPRIEDADE INDUSTRIAL NO SISTEMA JURÍDICO PORTUGUÊS

Lucinda Dias da Silva*

Resumo: Com o presente artigo pretendeu-se analisar as principais especificidades de regime adjetivo que o legislador português adotou no Código de Propriedade Industrial. A reflexão incidiu, de modo particular, em quatro dos principais domínios a que tais normas especiais respeitam: a prova; os procedimentos cautelares; os critérios de decisão judicial e a publicidade processual.

Palavras-Chave: Contencioso da propriedade industrial; procedimentos cautelares; prova; meios processuais de obtenção de prova; meios processuais de preservação de prova; publicidade processual; publicidade decisória.

SPECIAL PROCEDURAL MEANS FOR THE PROTECTION OF INDUSTRIAL PROPERTY IN THE PORTUGUESE LEGAL SYSTEM

Abstract: This article was intended to analyse the main specificities of the adjective regime that the portuguese legislator adopted in the Industrial Property Code. The reflection focused, in particular, on four of the main areas to which such special rules apply: evidence; precautionary proceedings; criteria for judicial decision and procedural publicity.

Keywords: Industrial property litigation; precautionary proceedings; evidence; obtaining evidence legal proceedings; preserving

* Professora Auxiliar da Faculdade de Direito de Coimbra.



evidence legal proceedings; procedural publicity; judicial decisions publicity.

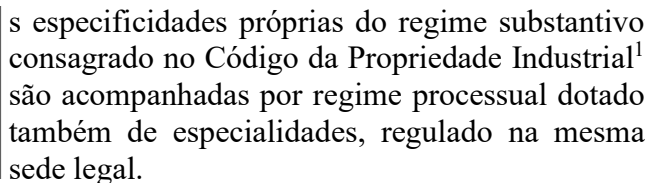
MOYENS PROCÉDURAUX SPÉCIAUX POUR LA PROTECTION DE LA PROPRIÉTÉ INDUSTRIELLE DANS LE SYSTÈME JURIDIQUE PORTUGAIS

Resumé: Cet article vise à analyser les principales spécificités du régime adjectif que le législateur portugais a adopté dans le Code de la Propriété Industrielle. La réflexion a porté notamment sur quatre des principaux domaines auxquels ces règles spéciales s'appliquent: les preuves; les mesures d'injonction; les critères de décision judiciaire et la publicité des procédures.

Mots-Clés: Contentieux de la propriété industrielle; preuves; mesures d'injonction; moyens d'obtenir des preuves; moyens de conserver les preuves; publicité de la procédure; publicité des décisions.

Sumário: 1. Nota introdutória. 2. Prova. 2.1. Medidas para obtenção de prova. 2.2. Medidas de preservação de prova. 2.3. Nota comum. 3. Procedimentos cautelares. 3.1. Procedimento cautelar comum. 3.2. Procedimento cautelar especificado de arresto. 4. Critérios de decisão judicial. 4.1. Decisão indemnizatória. 4.2. Decisão inibitória. 4.2.1. Regime geral. 4.2.2. Regime particular. 4.3. Decisão de sancionamento acessório. 5. Grau de publicidade processual. 5.1. Publicidade da decisão. 5.2. Publicidade do processo. 5.2.1. Na pendência do processo judicial. 5.2.2. Após a extinção do processo judicial. 6. Conclusão.

1. NOTA INTRODUTÓRIA



Decreto-Lei n.º 110/2018, de 10 de dezembro, aprovado em transposição das Diretivas (UE) 2015/2436 e (UE) 2016/943. Em particular sobre os trabalhos, desenvolvidos pelo Grupo de Trabalho de Revisão do CPI (constituído pelo Ministério da Justiça, em outubro de 2017), que antecederam este novo Código, JOÃO PAULO REMÉDIO MARQUES, “Algumas notas sobre a revisão do CPI no quadro do Grupo de trabalho constituído na Secretaria de Estado da Justiça – referência especial à alteração da Lei n.º 62/2011”, *Revista de Direito Intelectual*, n.º 1, 2018, pp. 195-226. Para uma perspectiva de evolução cronológica do regime anterior (desde o Código de Propriedade Industrial introduzido pelo D.L. n.º 15/95, de 24 de janeiro), SALVADOR NUNES DA COSTA, “Alterações Processuais. Novos procedimentos para tutela da propriedade industrial”, *Direito Industrial* (coord. José de Oliveira Ascensão), vol. VII, Almedina, 2010, pp. 119 a 123. Para uma análise, no especial domínio da propriedade intelectual, dos meios de tutela (quer no plano judicial, quer no plano extrajudicial) a nível internacional, DÁRIO MOURA VICENTE, *A Tutela Internacional da Propriedade Intelectual*, Almedina, 2010, esp. caps. IV e V. JOÃO PAULO REMÉDIO MARQUES explicita a axiologia da dimensão universalista da propriedade intelectual em “Propriedade Intelectual: tendências globais”, *Boletim da Faculdade de Direito*, vol. 84, 2008, pp. 264 e ss. Sobre a natureza e finalidades da propriedade intelectual, tratando, entre outros aspetos, da relação entre a propriedade intelectual e as empresas, do uso e abuso dos direitos de exclusivo e da confluência da prossecução de interesses públicos e privados nesta área, vd. o mesmo autor, “Propriedade Intelectual, Exclusivos e Interesse Público”, *Direito Industrial* (coord. José de Oliveira Ascensão), Vol. IV, Almedina, 2005, pp. 199-235. JOÃO PAULO REMÉDIO MARQUES aborda, ainda, a propriedade intelectual sob a perspectiva do relevo que o interesse público nela assume, bem como a criação enquanto ato humano produtor de resultados beneficiários de proteção constitucional em “Propriedade intelectual e interesse público”, *Boletim da Faculdade de Direito*, vol. 79, 2003, pp. 293-354. Para uma perspectiva cruzada entre o Direito da Propriedade Intelectual e o Direito do Trabalho como senda de análise sobre a natureza (não) salarial dos valores recebidos por empregados a título de propriedade intelectual sobre trabalho intelectual por estes criado, CARLA EUGÉNIA CALDAS BARROS e MURILO SOARES TAVARES, “A propriedade intelectual derivada da criação e do trabalho intelectual”, *PIDCC – Revista de Propriedade Intelectual, Direito Contemporâneo e Constituição*, Ano III, n.º 5, 2014, pp. 256 a 322.



industrial².

Para além da convocação subsidiária das regras próprias do processo civil³, podem, assim, os sujeitos processuais mobilizar os expedientes adjetivos que são objeto de regulamentação especial naquele diploma.

O núcleo fundamental de regulação do regime processual da propriedade industrial situa-se, sob o ponto de vista sistemático, no capítulo IV do Código da Propriedade Industrial (arts. 337.º e ss.).⁴

² Nos termos do previsto no ordenamento jurídico português a propriedade industrial tem por função garantir a lealdade da concorrência mediante atribuição de direitos privativos sobre os diversos processos técnicos de produção e desenvolvimento da riqueza (art. 1.º do Código da Propriedade Industrial). Incluem-se no seu âmbito objetivo a indústria e o comércio propriamente ditos, as indústrias das pescas, agrícolas, florestais, pecuárias e extrativas, bem como todos os produtos naturais ou fabricados e os serviços. Integram-se no seu domínio subjetivo todas as pessoas, singulares ou coletivas, portuguesas ou nacionais dos países que constituem a União Internacional para a Proteção da Propriedade Industrial e a Organização Mundial do Comércio, sem dependência de condição de domicílio ou estabelecimento (salvo disposições especiais sobre competência e processo), sendo que são equiparados a nacionais dos países da União ou da OMC os nacionais de quaisquer outros Estados que tiverem domicílio ou estabelecimento industrial ou comercial, efetivo e não fictício, no território de um dos países da União ou da OMC. O perímetro dos referidos âmbitos objetivo e subjetivo retira-se do previsto nos arts. 2.º e 3.º do mesmo Código.

³ Art. 352.º do Código da Propriedade Industrial.

⁴ O Tribunal da Propriedade Intelectual foi constituído pela Lei n.º 46/2011, de 24 de junho (onde foi classificado como tribunal de competência especializada). De há muito, contudo, que se vinha fazendo notar a necessidade de criação de uma entidade jurisdicional dotada de conhecimentos especializados sobre esta área do direito. A título de exemplo, JUSTINO CRUZ propunha, em 1985, essa solução como uma das possíveis formas de resposta ao problema de assegurar um “exame tecnicamente mais fácil e perfeito de cada caso”, salientando, embora, as desvantagens associadas a essa proposta, “Contencioso da propriedade industrial : os juízes e os problemas técnicos”, *Revista de Propriedade Industrial*, n.1, Jan.-Abr., 1985, pp.14-16 Este tribunal tem sede em Lisboa, mas competência em todo o território nacional (cfr. anexo III da Lei n.º 62/2013, de 26 de agosto - Lei de Organização do Sistema Judiciário). Trata-se, por isso, de um tribunal de competência territorial alargada (art. 83.º, n.º 3, a) da mesma Lei), cujo âmbito de competência se encontra previsto no artigo 111.º da mesma lei. De tal preceito decorre que este tribunal beneficia de competência para conhecer questões relativas a: “a) Ações em que a causa de pedir verse sobre direito de autor e direitos conexos; b) Ações em que a causa de pedir verse sobre propriedade industrial, em qualquer das modalidades previstas na lei; c) Ações em que a causa de



pedir verse sobre o cumprimento ou incumprimento, validade, eficácia e interpretação de contratos e atos jurídicos que tenham por objeto a constituição, transmissão, oneração, disposição, licenciamento e autorização de utilização de direitos de autor, direitos conexos e direitos de propriedade industrial, em qualquer das modalidades previstas na lei; d) Ações de nulidade e de anulação de patentes, certificados complementares de proteção, modelos de utilidade e topografias de produtos semicondutores previstas no Código da Propriedade Industrial e demais legislação aplicável, bem como os pedidos de declaração de nulidade ou de anulação de registros de desenhos ou modelos, marcas, logótipos, recompensas, denominações de origem e indicações geográficas deduzidos em reconvenção; e) Recursos de decisões do Instituto Nacional da Propriedade Industrial, I. P. (INPI, I. P.) que concedam ou recusem qualquer direito de propriedade industrial ou sejam relativas a transmissões, licenças, declarações de caducidade ou a quaisquer outros atos que afetem, modifiquem ou extingam direitos de propriedade industrial; f) Recurso e revisão das decisões ou de quaisquer outras medidas legalmente suscetíveis de impugnação tomadas pelo INPI, I. P., em processo de contraordenação; g) Recursos de decisões da Inspeção-Geral das Atividades Culturais (IGAC) em matéria de registo de obras literárias e artísticas e de registo e fiscalização das entidades de gestão coletiva do direito de autor e dos direitos conexos; h) Recurso e revisão das decisões ou de quaisquer outras medidas legalmente suscetíveis de impugnação tomadas pela IGAC em processos pela prática de contraordenações previstas no Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos e nos regimes jurídicos das entidades de gestão coletiva do direito de autor e dos direitos conexos, dos espetáculos de natureza artística e emissão dos bilhetes de ingresso nos respetivos recintos, do preço fixo do livro, do comércio eletrónico e da classificação de videogramas; i) Ações de declaração em que a causa de pedir verse sobre nomes de domínio na Internet; j) Recursos das decisões da Fundação para a Computação Científica Nacional, enquanto entidade competente para o registo de nomes de domínio de.PT, que registem, recusem o registo ou removam um nome de domínio de.PT; k) Ações em que a causa de pedir verse sobre o regime jurídico da cópia privada; l) Ações em que a causa de pedir verse sobre firmas ou denominações sociais; m) Recursos das decisões do Instituto dos Registos e do Notariado, I. P. (IRN, I. P.) relativas à admissibilidade de firmas e denominações no âmbito do regime jurídico do Registo Nacional de Pessoas Coletivas; n) Ações em que a causa de pedir verse sobre a prática de atos de concorrência desleal ou de infração de segredos comerciais em matéria de propriedade industrial; o) Medidas de obtenção e preservação de prova e de prestação de informações quando requeridas no âmbito da proteção de direitos de propriedade intelectual e direitos de autor”. A competência deste tribunal abrange também os incidentes e apensos das referidas ações, bem como a execução das respetivas decisões (cfr. n.º 2 do mesmo artigo e artigo 129.º n.º 2). Os recursos de apelação das decisões proferidas por este tribunal são da competência do Tribunal da Relação de Lisboa (cfr. anexo I a esta Lei, bem como o art. 45.º, n.ºs 1 e 2 do Código da Propriedade Industrial). Este tribunal beneficia de uma secção em matéria de propriedade intelectual e de concorrência, regulação e supervisão (art. 67.º, n.º 5 da mesma lei). Em particular sobre o direito da concorrência no âmbito dos medicamentos genéricos e o seu impacto na possibilidade de acesso a estes últimos, JOÃO PAULO REMÉDIO MARQUES, “O



A par dele existem também normas com idêntica natureza, dispersas ao longo do Código e constantes de legislação avulsa, a que *infra* nos referiremos.

Reconduziremos a quatro classes as principais áreas garantísticas a que nos reportaremos: a prova; os procedimentos cautelares; os critérios de decisão e o grau de publicidade processual.

Consideremos cada uma delas.

2. PROVA

2.1. MEDIDAS PARA OBTENÇÃO DE PROVA

Sendo a prova o meio mais frequente de suporte do julgamento da matéria de facto, o efetivo acesso a informação com essa natureza, bem como a possibilidade da sua invocação em

direito de patentes, o sistema regulatório de aprovação, o direito da concorrência e o acesso aos medicamentos genéricos”, *Direito Industrial* (coord. José de Oliveira Ascensão), vol. VII, Almedina, 2010, pp. 285-373. Sobre as vantagens e desvantagens da criação da referida secção especializada, LUÍS ESPÍRITO SANTO, “Tribunal da Propriedade Intelectual. Especialização no Tribunal da Relação de Lisboa: reflexões de um desembargador não especialista”, *Julgar*, 38, maio-agosto, 2019, pp. 227 e ss. De notar que, nos termos do previsto no n.º 1 do artigo 175.º da lei em apreço, os juízes do Tribunal da Propriedade Intelectual que reúnam os requisitos legalmente exigidos têm preferência absoluta no primeiro provimento dos lugares correspondentes a esse tribunal de competência territorial alargada. O regime de recurso das decisões do INPI, IP encontra-se regulado nos arts. 38.º e ss. do Código da Propriedade Industrial. Propondo medidas no sentido do aperfeiçoamento do regime do Tribunal da Propriedade Intelectual para mais adequada resposta às expectativas que presidiram à sua criação, MANUEL LOPES ROCHA, “Tribunal da Propriedade: uma aposta ganha?”, *Julgar*, 38, maio-agosto, 2019, pp. 211-221. Lamentando, em 1991, a inexistência, então, na Suíça, de um tribunal especializado em matéria de propriedade industrial, MARTIN J. LUTZ notava como principais desvantagens decorrentes dessa circunstância; *i*) a maior propensão dos tribunais para decidirem, nessa área do Direito, com fundamento em razões de natureza processual, *ii*) a tendência para indevidamente protelar as decisões processuais, *iii*) a tendência para confirmar e adotar, em termos quase cegos, a opinião manifestada por perito e *iv*) a material denegação da efetividade de tutela garantida pelos acordos TRIP, “Enforcement of intellectual property laws”, *Revista de Direito Intelectual*, n.º 22, 1991, p. 12.



juízo, representam condições indispensáveis para, em termos úteis, assegurar conteúdo material ao (constitucionalmente garantido) direito de acesso ao direito e a tutela jurisdicional efetiva.⁵

A previsão, no plano da lei ordinária, de regime concretizador e viabilizador do exercício do direito à prova assume, por isso, importância preponderante para densificação dos termos de exercício desse direito.⁶

O legislador corresponde a esse imperativo quando, no artigo 339.º do Código da Propriedade Industrial, regula, em previsão especial, o que designa por medidas para obtenção de prova.⁷

De acordo com tal regime, concede-se a cada uma das partes o direito de requerer ao tribunal que ordene à parte contrária ou a terceiros a apresentação de elementos de prova (designadamente documentos bancários, financeiros, contabilísticos ou comerciais⁸, quando estejam em causa atos praticados à escala comercial⁹) que estejam na posse, dependência ou

⁵ Art. 20.º da Constituição da República Portuguesa.

⁶ Sobre os direitos fundamentais à luz de jurisprudência do TJUE, NUNO SOUSA E SILVA, “A perspectiva do equilíbrio entre a propriedade intelectual e (outros) direitos fundamentais – a mais recente interpretação do artigo 8.º/3 da Diretiva 2001/29 *UPC TELEKABEL WIEN C-134/12*”, *Revista de Direito Intelectual*, n. 1, 2015, pp. 221 e ss.

⁷ SALVADOR NUNES DA COSTA associa esta particular previsão ao facto de as provas das infrações de direitos da propriedade industrial estarem, por princípio, em poder do infrator, bem como à circunstância de ser frequente que estes as ocultem ou destruam, “Alterações Processuais. Novos procedimentos para tutela da propriedade industrial”, *Direito Industrial* (coord. José de Oliveira Ascensão), vol. VII, Almedina, 2010, p. 129.

⁸ SALVADOR NUNES DA COSTA revela-se crítico quanto ao critério adotado pelo legislador para identificar os documentos em causa, atento o inconveniente de sobreposição dessas declarações, “Alterações Processuais. Novos procedimentos para tutela da propriedade industrial”, *Direito Industrial* (coord. José de Oliveira Ascensão), vol. VII, Almedina, 2010, p. 130.

⁹ Nos termos do previsto no art. 337.º, n.º 1 do Código da Propriedade Industrial, entende-se por atos praticados à escala comercial todos aqueles que violem direitos de propriedade industrial e que tenham por finalidade uma vantagem económica ou comercial, direta ou indireta. Dessa noção se excluem, porém, os atos praticados por



controle da contraparte ou de sujeitos alheios à ação. A procedência desta pretensão pressuporá que o interessado alegue e demonstre existirem indícios suficientes de violação de direitos de propriedade industrial^{10 11} ou de segredos comerciais¹² e conduza a que o tribunal proceda a notificação para que, dentro de prazo que designe, o detentor da informação de prova a preste.¹³ Fá-

consumidores finais agindo de boa-fé (n.º 2 do mesmo preceito). SALVADOR NUNES DA COSTA identifica como presunção *iure et de iure* (que qualifica como realista) a associação estabelecida entre a noção de escala comercial e a consecução de vantagem econômica (direta ou indireta). Nota, contudo, a possibilidade de surgimento de divergência quanto à concreta densificação desses conceitos, “Alterações Processuais. Novos procedimentos para tutela da propriedade industrial”, *Direito Industrial* (coord. José de Oliveira Ascensão), vol. VII, Almedina, 2010, p. 127.

¹⁰ A concessão de direitos da propriedade industrial gera mera presunção jurídica de verificação dos requisitos da sua concessão. Contudo, o registro das recompensas assegura a veracidade e autenticidade dos títulos da sua concessão e garante aos titulares o seu uso exclusivo por tempo indefinido (art. 4.º, n.º 2 e 3 do Código da Propriedade Industrial). Os títulos de concessão de direitos de propriedade industrial só são emitidos e entregues aos titulares na sequência de pedido e decorrido um mês sobre o termo do prazo (contínuo) de recurso ou, se este for tempestivamente interposto e admitido, depois de conhecida a decisão judicial ou arbitral definitiva (arts. 26.º e 27.º do Código da Propriedade Industrial).

¹¹ A prova destes direitos faz-se através de títulos (correspondentes às suas diversas modalidades) que devem conter os elementos necessários para perfeita identificação dos direitos a que dizem respeito. Têm o valor de títulos os certificados de direitos de propriedade industrial emitidos por organizações internacionais para produzir efeitos em Portugal (art. 7.º, n.ºs 1 a 3 do Código da Propriedade Industrial).

¹² Art. 339.º, n.ºs 1 e 2 do Código da Propriedade Industrial.

¹³ Salvaguardada a hipótese de as medidas em causa serem adotadas como preliminares de providências cautelares a sua extinção e caducidade verificar-se-á nos termos previstos no Código de Processo Civil (arts. 342.º, n. 1 e 345.º do Código da Propriedade Industrial). Acresce a declaração judicial da sua ineficácia, a pedido da parte requerida, quando, estando em causa alegada violação de segredo comercial, deixarem de se preencher os requisitos previstos no artigo 313.º por motivos não imputáveis a essa parte (art. 342.º, n.º 2 do Código da Propriedade Industrial). Em sintonia com o regime que resulta do Código de Processo Civil (no atual art. 373.º, n. 3), SALVADOR NUNES DA COSTA observa que, uma vez constante do processo o facto extintivo, a extinção das medidas de obtenção e de preservação de prova (por caducidade ou por extinção do correspondente direito de propriedade industrial) pode ser determinada (por despacho judicial) a título oficioso ou na sequência de requerimento da parte passiva, “Alterações Processuais. Novos procedimentos para tutela da propriedade industrial”, *Direito Industrial* (coord. José de Oliveira Ascensão), vol. VII, Almedina, 2010, p. 137.



lo-á, porém, assegurando a proteção de informação que seja confidencial¹⁴ e garantindo o desenvolvimento das ações que se afigurem necessárias em caso de incumprimento.¹⁵

No art. 344.º do mesmo diploma prevê-se, por outro lado, a possibilidade de ser requerida a prestação de informações detalhadas sobre a origem e as redes de distribuição dos bens ou serviços, quando o interessado requerente suspeite que violem direitos de propriedade industrial ou segredos comerciais.^{16 17}

Como possíveis sujeitos passivos desse dever de informar encontra-se *i)* quem tenha sido encontrado na posse dos bens ou a utilizar ou prestar os serviços, à escala comercial, que se suspeite violarem direitos de propriedade industrial ou segredos comerciais, bem como *ii)* quem tenha sido indicado por pessoa referida em *i)*, como tendo participado na produção, fabrico ou distribuição dos bens ou na prestação dos serviços que se suspeite violarem direitos de propriedade industrial ou segredos comerciais.¹⁸

¹⁴ SALVADOR NUNES DA COSTA nota a ausência de menção, pelo legislador, quanto aos concretos meios de assegurar a tutela da confidencialidade, “Alterações Processuais. Novos procedimentos para tutela da propriedade industrial”, *Direito Industrial* (coord. José de Oliveira Ascensão), vol. VII, Almedina, 2010, p. 130.

¹⁵ Art. 339.º, n.º 3 do Código da Propriedade Industrial.

¹⁶ A título exemplificativo, o legislador indica como possíveis objetos de violação: “a) Os nomes e os endereços dos produtores, fabricantes, distribuidores, fornecedores e outros possuidores anteriores dos bens ou serviços, bem como dos grossistas e dos retalhistas destinatários” e as “b) Informações sobre as quantidades produzidas, fabricadas, entregues, recebidas ou encomendadas, bem como sobre o preço obtido pelos bens ou serviços” (art. 344.º, n.º 1 do Código da Propriedade Industrial).

¹⁷ A concreta convocação deste regime não colide com a possibilidade de aplicação de outras disposições (assim sucede, por exemplo, como explicita o legislador, com as que *i)* confirmam ao interessado o direito a uma informação mais extensa; *ii)* regulem a sua utilização em processos de natureza cível ou penal; *iii)* regulem a responsabilidade por abuso do direito à informação; *iv)* confirmam o direito de não prestar declarações que possam obrigar qualquer das pessoas referidas no número anterior a admitir a sua própria participação ou de familiares próximos; *v)* confirmam o direito de invocar sigilo profissional, a proteção da confidencialidade das fontes de informação ou o regime legal de proteção dos dados pessoais), como se retira do previsto no n.º 3 do Código da Propriedade Industrial.

¹⁸ Art. 344.º, n.º 2 do Código da Propriedade Industrial.



2.2. MEDIDAS DE PRESERVAÇÃO DE PROVA

Diferentes das medidas de obtenção de prova (mas igualmente essenciais para a efetividade do direito à prova) e com elas cumuláveis são as medidas necessárias à sua preservação.

O seu relevo surge quando se identifique um contexto de perigo iminente para a íntegra conservação de provas cuja apresentação se afigure necessária para garantir a tutela do direito de propriedade intelectual ou de segredo comercial, sob pena de verificação de lesão grave e dificilmente reparável.¹⁹

Este tipo de medidas assume tripla natureza: urgente, não especificada e cautelar.

O caráter urgente (expressamente declarado pelo legislador²⁰) advém da circunstância de estarem em causa medidas necessárias a prover a uma situação de carência de tutela imediata.

A natureza não especificada decorre da circunstância de o conteúdo material destas medidas não se reconduzir a uma ou várias diligências taxativamente tipificadas. A enunciação constante do n.º 2 do art. 340.º do Código de Processo Civil – onde se prevê a possibilidade de, para efeitos de preservação de prova, se adotarem medidas de descrição pormenorizada (com ou sem recolha de amostras) e de apreensão efetiva dos bens que se suspeite violarem direitos de propriedade industrial ou segredos comerciais (bem como, sempre que adequado, dos materiais e instrumentos utilizados na produção ou a eles referentes) – tem natureza meramente exemplificativa, destinando-se a esclarecer a admissibilidade *dessas* concretas medidas. Dela não se retira a exclusão da possibilidade de outro tipo de medidas, destinadas a assegurar o mesmo fim conservativo.

A natureza cautelar resulta do facto de representarem medidas destinadas a evitar a consumação de um risco – perda

¹⁹ Art. 340.º, n.º 1 do Código da Propriedade Industrial.

²⁰ Art. 340.º, n.º 1, parte final do Código da Propriedade Industrial.



ou deterioração de prova. Têm, nessa medida, caráter simultaneamente conservatório (do estado em que as provas se encontram no momento em que é solicitada a adoção de medidas) e antecipatório (relativamente à verificação do risco cuja ocorrência se visa impedir. É esta última dimensão (antecipatória) que revela o sentido da índole cautelar do regime - providenciar intervenção em momento *anterior* ao da verificação da realidade que se pretende evitar.

Trata-se, porém, de medida cautelar em sentido amplo. Não se integra no âmbito da noção de providência cautelar em sentido próprio.

O risco que com cada um desse tipo de medidas (procedimentos cautelares e medidas de preservação de prova) se pretende cautelar é distinto.

A providência cautelar consubstancia medida jurisdicional, adotada no âmbito de um procedimento cautelar, em ordem a assegurar o efeito útil da ação principal (de que o procedimento cautelar é incidente ou preliminar) e, por essa via, assegurar a efetividade dos direitos substantivos que aí o autor faz valer.

A medida cautelar que ora se aprecia destina-se, diferentemente, a assegurar a preservação de material informativo (instrutório), a ser convocado em ação judicial. Visa, nesta medida, tutelar o direito processual à prova.

A sua natureza cautelar enquadra-se, nesta medida no mesmo espírito (cautelar) que se prossegue com o regime regulador da produção antecipada de prova.²¹ Por intermédio deste se assegura que a prova seja produzida em momento anterior àquele em que, em circunstâncias normais (de acordo com o típico regime-regra processual), haveria lugar a essa produção. A produção de prova (por depoimento de pessoas, inspeção ou perícia) pode, quando aplicável esse quadro regulativo, ocorrer ainda antes de intentada a ação ou antes da audiência de julgamento.

²¹ Art. 419.º do Código de Processo Civil.



Nem, porém, este intuito acautelador do perigo de que a produção de prova se venha a tornar impossível ou muito difícil conduziu (e bem) o legislador a integrar esta previsão no âmbito dos procedimentos cautelares, por não existir identidade entre essa natureza cautelar (em sentido amplo) e a natureza cautelar própria dos procedimentos cautelares.

Contudo, o facto de (contrariamente ao que sucede no Código de Propriedade Industrial), não se prever, no Código de Processo Civil, regime normativo em que se consagre e regule a possibilidade de adoção de medidas de preservação de prova conduz a que, em situação em que estas se afigurem necessárias, a solução adotada assente em labor jurisprudencial com pendor mais criativo.²² Esforço que se afigura dispensável quando -

²² Veja-se, a título de exemplo, a decisão proferida, em 02.07.2012, pelo Tribunal da Relação de Lisboa, no Processo n.º 1737/11.4TVLSB.L1-7. Estava em causa pedido de concessão de providência cautelar (formulado no âmbito do procedimento cautelar comum) no sentido de ser ordenado à entidade responsável pela obtenção de imagens através de um sistema de segurança de videovigilância (instalado num supermercado), que não procedesse à destruição das imagens (destruição a que estava vinculada, nos termos do regime legal aplicável, 30 dias após a recolha das imagens). O pedido de preservação era feito com base na alegação de que esse documento (registo de imagens) constituía meio de prova essencial no âmbito de ação judicial que o requerente visava propor. Ante prévia solicitação extrajudicial nesse sentido, a referida entidade recusara garantir a não destruição da gravação, uma vez decorrido o prazo de 30 dias, afirmando que só não procederia a essa destruição caso a requerente obtivesse autorização nesse sentido emitida por entidade jurisdicional ou pela CNPD. Na sequência do pedido de concessão de providência cautelar, o tribunal de 1.ª instância absolveu a ré da instância, considerando (entre o mais) não ser esse o meio processual adequado, por absoluta inadequação formal. O Tribunal da Relação, porém, veio a proferir decisão no sentido de que, não existindo um mecanismo adjetivo diretamente tutelador do interesse da requerente (por não se enquadrar nem no âmbito dos procedimentos cautelares, nem no domínio da produção antecipada de prova), e afigurando-se aquele tutelável, incumbe ao tribunal, em última análise, aplicar a norma que o intérprete criaria se houvesse de legislar dentro do espírito do sistema. Nesta senda, e por apelo aos poderes de adequação formal, convolveu a instância cautelar em procedimento para preservação de prova (para o que tomou por referência o regime de preservação de prova já então previsto no Código da Propriedade Industrial). Ordenou, em consequência (em substituição da decisão proferida em 1.ª instância, que foi anulada), que a requerida não destruísse, guardasse e conservasse as imagens registadas, embora apenas na parte concernente à requerente.



como sucede no regime que ora se aprecia – existe regime expresso.

A dissemelhança de natureza entre as medidas de preservação de prova e os procedimentos cautelares não obsta, contudo, a que algumas dimensões da técnica legislativa adotada quanto aos segundos possa ser igualmente adotada quanto às primeiras.

Assim sucede, por exemplo, quanto à técnica de diferimento do contraditório, por via da qual se dispensa a audiência prévia do requerido – comum ao regime dos procedimentos cautelares previstos no Código de Processo Civil²³ e ao regime de preservação de prova previsto no Código da Propriedade Industrial.

De acordo com este último, é possível ordenar a adoção de medida de preservação de prova sem que, antes, seja facultada ao requerido a possibilidade de exercer o contraditório, quando “um eventual atraso na aplicação das medidas possa causar danos irreparáveis²⁴ ao requerente, ou sempre que exista um risco sério de destruição ou ocultação da prova”.²⁵

Tanto não representa, todavia, em qualquer uma das hipóteses, verdadeira exceção ao princípio do contraditório, mas tão só uma alteração do momento em que tal garantia é observada.

Uma vez aplicadas (isto é, executadas, transpostas para a realidade) as medidas de preservação de prova ordenadas, a decisão deve ser notificada ao requerido com a maior brevidade possível (imediatamente, segundo o teor literal do preceito)²⁶ a

²³ Arts. 366.º e 372.º do Código de Processo Civil.

²⁴ SALVADOR NUNES DA COSTA revela-se crítico relativamente ao facto de o legislador se reportar a danos não passíveis de reparação sem, em simultâneo, fazer qualquer referência à sua gravidade, por entender que tanto conflitua com o princípio da proporcionalidade, cuja observância se impõe “Alterações Processuais. Novos procedimentos para tutela da propriedade industrial”, *Direito Industrial* (coord. José de Oliveira Ascensão), vol. VII, Almedina, 2010, p. 134.

²⁵ Art. 341.º, n.º 1 do Código da Propriedade Industrial.

²⁶ Art. 341.º, n.º 2 do Código da Propriedade Industrial.



fim de que este possa, no prazo de 10 dias, solicitar, querendo, a reapreciação da decisão, para o que produzirá prova e alegará factos²⁷ que não tenham sido já tidos em conta pelo tribunal.^{28 29}

Não obstante tal exercício (diferido) do contraditório se traduzir em pronúncia posterior à prolação de decisão, não se trata de exercício inócuo, na medida em que lhe sucederá nova pronúncia judicial em que o tribunal poderá determinar a alteração, a revogação ou a confirmação das medidas anteriormente aplicadas.³⁰

De notar, por outro lado (agora quanto ao requerente), que a solicitação de uma medida de preservação de prova pode gerar consequências que ultrapassam a prolação de decisão. Se, depois de executada a requerida (e concedida) medida de preservação de prova, esta *i)* for considerada injustificada ou *ii)* deixar

27 À semelhança do que sustentámos quanto ao regime de diferimento do contraditório previsto no âmbito dos procedimentos cautelares regulados no Código de Processo Civil, também aqui se nos afigura que o conteúdo material da garantia (contraditório) só ficará intocada (alterando-se tão só o momento do seu exercício) se o requerido puder, nesse exercício diferido, exercer pelo menos os mesmos poderes que estariam ao seu alcance caso o contraditório tivesse sido exercido antes da prolação da decisão. Tanto significa que a revisão das medidas deverá poder assentar não apenas na invocação de novos factos e de nova prova, como ainda em novas razões de direito que o requerido aduza, na invocação de exceções dilatórias, arguições de nulidade ou em quaisquer outros subsídios argumentativos que o requerido reputar oportuno alegar e que pudesse ter alegado caso o contraditório não tivesse sido diferido ou que se tenham tornado oportunos em virtude de ter sido proferida decisão de diferimento do contraditório. Cfr. *Procedimento Cautelar Comum*, Coimbra Editora, 2009, pp. 278 e ss..

²⁸ Art. 341.º, n.º 3 do Código da Propriedade Industrial.

²⁹ Não obstante o facto de o legislador não o explicitar, cremos assistir ao requerido também a possibilidade de, em caso de discordância com o teor da decisão de que é notificado, da mesma interpor recurso (em alternativa ao exercício do contraditório). Ao contrário do que sucede no art. 372.º do Código de Processo Civil, o legislador não refere, no Código da Propriedade Industrial, a propósito do exercício do contraditório, a possibilidade de interposição. Esta ausência de menção não se nos afigura desadequada, na medida em que o recurso, sendo embora, como o contraditório, uma via de reacção à decisão proferida, não representa uma modalidade de contraditório. A epígrafe do art. 372.º do Código de Processo Civil revela-se, assim, demasiado restrita para o conteúdo da norma.

³⁰ Art. 341.º, n.º 4 do Código da Propriedade Industrial.



de produzir efeitos por facto imputável ao requerente, bem como se se vier a concluir que a mesma iii) foi requerida de modo abusivo ou de má fé ou que iv) não foi antecedida por violação ou fundado receio de que outrem causasse lesão grave e dificilmente reparável de um direito de propriedade industrial ou de segredo comercial, pode o requerente ser condenado a pagar indemnização adequada à reparação de dano causado pela aplicação de tais medidas. Tanto pressuporá, contudo, que tal pretensão seja formulada pelo requerido ou por terceiro lesado.³¹

No sentido de garantir a efetividade do pagamento desta indemnização (acautelando a eventualidade de vir a ser proferida decisão condenatória nesse pagamento), o tribunal pode tornar a aplicação de uma medida de preservação de prova dependente da constituição, pelo requerente, de uma caução ou de outra garantia que assegure tal hipotético pagamento.³²

2.3. NOTA COMUM

Ambos os tipos de medidas (de obtenção e de preservação de prova) podem ser requeridos por qualquer pessoa com interesse direto³³ no seu decretamento (nomeadamente pelos titulares dos direitos de propriedade industrial e de segredos comerciais) e, salvo estipulação em contrário, pelos titulares de licenças (em conformidade com o previsto nos respetivos

³¹ Art. 343.º, n.º 3 do Código da Propriedade Industrial.

³² Art. 343.º, n.º 1 do Código da Propriedade Industrial. Entre os critérios que o decisor tome em consideração para efeito de fixação do valor da caução contar-se-á, necessariamente, a capacidade económica do requerente (cfr. n.º 2 do mesmo preceito). Sobre o relevo da responsabilidade civil no âmbito da propriedade intelectual, ADELAIDE MENEZES LEITÃO, “O reforço da tutela da propriedade intelectual na economia digital através de acções de responsabilidade civil”, *Direito Industrial* (coord. José de Oliveira Ascensão), vol. VII, Almedina, 2010, pp. 239-264.

³³ SALVADOR NUNES DA COSTA nota a proximidade entre este critério de determinação da legitimidade ativa e o critério de legitimidade adotado, a título geral, no Código de Processo Civil (art. 30.º, n.º 1, 1.ª parte), “Alterações Processuais. Novos procedimentos para tutela da propriedade industrial”, *Direito Industrial* (coord. José de Oliveira Ascensão), vol. VII, Almedina, 2010, p. 128.



contratos).³⁴

3. PROCEDIMENTOS CAUTELARES

No plano da tutela cautelar em sentido estrito distinguem-se dois níveis de regulação: um, de caráter comum; outro, de caráter especial.

Em qualquer uma das hipóteses, a legitimidade ativa abrange, também aqui, todas as pessoas com interesse direto no seu decretamento (nomeadamente os titulares dos direitos de propriedade industrial e de segredos comerciais) e, salvo estipulação em contrário, os titulares de licenças (nos termos previstos nos respetivos contratos).³⁵

3.1. PROCEDIMENTO CAUTELAR COMUM

No seio deste procedimento distinguem-se, por sua vez, dois níveis: um, de caráter geral; outro, de caráter particular.

No âmbito do primeiro, consagra-se o regime a que, em geral, obedece o requerimento de providência cautelar e a decisão do procedimento.

No requerimento, deve o requerente juntar os elementos de prova necessários à demonstração de que é titular do direito de propriedade industrial ou do segredo comercial que alega (ou de que está autorizado a utilizá-lo), bem como de que o mesmo foi violado ou de que existe fundado receio de que outrem lhe provoque lesão grave e dificilmente reparável.³⁶

A verificarem-se tais pressupostos, as medidas cautelares (para inibição ou prevenção da violação³⁷) podem ser decretadas não só contra o agente causador da violação ou da perigosidade de lesão, como contra quaisquer sujeitos intermediários (assim também incluídos no perímetro da legitimidade passiva) cujos

³⁴ Art. 338.º do Código da Propriedade Industrial.

³⁵ Art. 338.º do Código da Propriedade Industrial.

³⁶ Art. 345.º, n.ºs 1 e 2 do Código da Propriedade Industrial.

³⁷ Art. 345.º, n.º 1, als. a) e b) do Código da Propriedade Industrial.



serviços sejam utilizados por terceiros para violar direitos de propriedade industrial ou segredos comerciais,³⁸

Em sede de decisão de mérito concessora de providência cautelar, o decisor deve ter em consideração a natureza dos direitos de propriedade industrial ou do segredo comercial, “salvaguardando, nomeadamente, a possibilidade de o titular continuar a explorar, sem qualquer restrição, os seus direitos”.³⁹

Quando, porém, esteja em causa a violação de segredos comerciais, à decisão sobre o pedido de concessão da providência cautelar poderá presidir, em acréscimo, a ponderação judicial sobre o “valor do segredo ou outras suas características específicas”, as “medidas tomadas a fim de os proteger”, a “conduta do requerido”, o “impacto da utilização ou divulgação ilegal”, os “interesses legítimos das partes, de terceiros e do interesse público” e a “salvaguarda dos direitos fundamentais”.⁴⁰

E porque, mais que a declaração judicial de direitos e a imposição declarativa de prestações, importa o efetivo cumprimento destas, o decretamento da medida cautelar pode ser acompanhado pela convocação de um estímulo do réu ao cumprimento. A tanto se destina a complementar condenação judicial do requerido (por iniciativa do tribunal ou na sequência de pedido formulado pelo requerente) no pagamento de sanção pecuniária compulsória.⁴¹

A prolação de decisão de concessão de medida cautelar pode não representar, porém, o fim de linha, mesmo em primeira instância.

Ao requerido é dada, ainda, a possibilidade de requerer a substituição da providência por prestação de caução que se mostre adequada a assegurar a indemnização do requerente, sendo a decisão quanto a tal pedido necessariamente precedida de

³⁸ Art. 345.º, n.º 3 do Código da Propriedade Industrial.

³⁹ Art. 345.º, n.º 7 do Código da Propriedade Industrial.

⁴⁰ Art. 354.º, n.º 1 do Código da Propriedade Industrial.

⁴¹ Art. 345.º, n.º 1 do Código da Propriedade Industrial.



audição do requerido.⁴²

A possibilidade de recurso a esta via de evitar a subsistência da providência cautelar decretada não é, contudo, admissível em todas as hipóteses, na medida em que não é permitida a divulgação de um segredo comercial contra a constituição de uma garantia.⁴³

Por outro lado, à semelhança do que acima se observou a propósito das medidas de preservação de prova, também as providências cautelares podem ser concedidas sob regime de contraditório prévio ou diferido, podendo também, nos mesmos termos, haver lugar a responsabilidade do requerente.⁴⁴

As providências cautelares extinguem-se e caducam em conformidade com o previsto no Código de Processo Civil. Acresce que, estando em causa alegada violação de segredo comercial, a providência cautelar tornar-se-á ineficaz, a solicitação do requerido, caso, por razões não imputáveis a esta parte, deixem de se encontrar preenchidos os requisitos de proteção de informação a título de segredo comercial.⁴⁵

3.2. PROCEDIMENTO CAUTELAR ESPECIFICADO DE ARRESTO

A par do regime cautelar comum a que acabámos de fazer referência, o legislador prevê e regula, no Código da Propriedade Industrial, o procedimento cautelar de arresto.

Apesar *da* identidade de designação com o homónimo procedimento cautelar especificado previsto no Código de Processo Civil⁴⁶, *da* circunstância de ter em comum com este a execução mediante apreensão de bens e *do* facto de lhe não ser

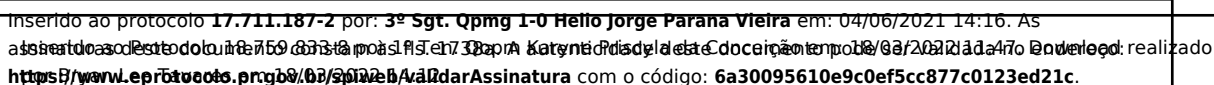
⁴² Art. 345.º, n.º 6 do Código da Propriedade Industrial.

⁴³ Art. 354.º, n.º 2 do Código da Propriedade Industrial.

⁴⁴ Art. 345.º, n.º 5 do Código da Propriedade Industrial.

⁴⁵ Art. 345.º, n.º 4 do Código de Propriedade Industrial, em leitura articulada com o previsto nos arts. 313.º e 343.º do mesmo Código.

⁴⁶ Arts. 391.º a 396.º do Código de Processo Civil.





ordenar a comunicação ou o acesso aos dados e informações bancárias, financeiras ou comerciais respeitantes ao infrator.⁴⁹

A concessão do arresto pressupõe, em qualquer das circunstâncias, a verificação de duas condições: incumbe ao requerente alegar e demonstrar, em simultâneo, que é titular do direito de propriedade industrial ou do segredo comercial (ou que está autorizado a utilizá-lo) e que se verifica ou está iminente uma violação.⁵⁰

Também quanto a este procedimento cautelar vale o que acima dissemos, a propósito do procedimento cautelar comum, quanto: aos acrescidos elementos informativos que podem ser tidos em consideração pelo tribunal para efeitos decisórios⁵¹, ao regime de contraditório,⁵² às causas de extinção e caducidade⁵³ e à responsabilidade do requerente⁵⁴.

4. CRITÉRIOS DE DECISÃO JUDICIAL

4.1. DECISÃO INDEMNIZATÓRIA

Depois de explicitar que a produção de danos decorrente

⁴⁹ Art. 346.º, n.º 1, 2.ª parte do Código da Propriedade Industrial. Como SALVADOR NUNES DA COSTA nota, este segundo poder assume natureza instrumental relativamente ao poder de apreensão, “Alterações Processuais. Novos procedimentos para tutela da propriedade industrial”, *Direito Industrial* (coord. José de Oliveira Ascensão), vol. VII, Almedina, 2010, p. 147.

⁵⁰ Art. 346.º, n.º 3 do Código da Propriedade Industrial, cujo teor se revela em sintonia com o contemplado no art. 345.º, n.º 2 do mesmo Código.

⁵¹ Art. 354.º, n.º 1 do Código da Propriedade Industrial.

⁵² Art. 341.º do Código da Propriedade Industrial, por remissão do art. 346.º, n.º 4 do mesmo Código. O legislador parece, assim, ter adotado um critério diferente daquele que selecionou no âmbito do regime de contraditório vigente quanto ao arresto previsto no Código de Processo Civil, na medida em que neste último o contraditório é, por imposição legal, sempre diferido (cfr. art. 393.º, n.º 1 do Código de Processo Civil).

⁵³ Art. 342.º do Código da Propriedade Industrial, por remissão do art. 346.º, n.º 4 do mesmo Código.

⁵⁴ Art. 343.º do Código da Propriedade Industrial, por remissão do art. 346.º, n.º 4 do mesmo Código.



de violação ilícita e culposa (a título de dolo ou de mera culpa) de direito de propriedade industrial ou segredo comercial de outrem gera para o lesante a obrigação de indemnizar, o legislador fixa critérios de determinação do montante indemnizatório.⁵⁵

Distinguem-se, nesta sede, dois planos.

Num primeiro plano, determina-se que, para definição do montante indemnizatório por danos patrimoniais, deverá o tribunal tomar em consideração, quanto ao infrator, o lucro por este obtido e a importância da receita resultante da conduta ilícita do infrator.⁵⁶

Tomará em conta, quanto à parte lesada, os danos emergentes e os lucros cessantes por esta sofridos, bem como os encargos pela mesma suportados com a proteção, a investigação e a cessação da conduta lesiva do seu direito.⁵⁷

No que diz respeito aos danos não patrimoniais, o legislador limita-se a prever que o tribunal deverá tomá-los em consideração. Não indica, contudo, critério de determinação do correspondente valor compensatório.⁵⁸

Em segundo plano, o legislador antecipa, em regime de aplicação subsidiária, a solução alternativa a adotar quando os critérios contemplados no primeiro plano não se revelem aptos a determinar o montante de danos efetivamente sofridos. Nesse caso, o tribunal decidirá de acordo com critérios de equidade.

Encontra-se limitado, contudo, nessa determinação, a dois títulos. Por um lado, pela não oposição da parte lesada. Por outro lado, pela necessidade de respeitar uma moldura indemnizatória mínima (correspondente às remunerações que teriam sido auferidas pela parte lesada caso o infrator tivesse solicitado autorização para utilizar os direitos de propriedade industrial ou os segredos comerciais em questão, aos encargos suportados com a proteção do direito de propriedade industrial ou do

⁵⁵ Art. 347.º, n.º 1 do Código da Propriedade Industrial.

⁵⁶ Art. 347.º, n.ºs 2 e 3 do Código da Propriedade Industrial.

⁵⁷ Art. 347.º, n.º 2 do Código da Propriedade Industrial.

⁵⁸ Art. 347.º, n.º 4 do Código da Propriedade Industrial.



segredo comercial e à investigação e cessação da conduta lesiva).⁵⁹

Os dois planos, que, como salientado, em princípio se articulam em regime de subsidiariedade do segundo relativamente ao primeiro (e, portanto, de alternatividade), podem, porém, passar a assumir caráter cumulativo (integral ou parcial) quando a conduta do infrator constitua prática reiterada ou se revele especialmente gravosa em relação à parte lesada.⁶⁰

Mínimo denominador comum a qualquer um dos identificados critérios de definição de valor indenizatório é, em qualquer circunstância, o dever de o tribunal fixar uma quantia razoável destinada a cobrir os custos (quando devidamente comprovados) suportados pela parte lesada com a investigação e a cessação da conduta lesiva.⁶¹

4.2 DECISÃO INIBITÓRIA

A par das decisões impositivas da adoção de uma conduta (e com elas cumuláveis), identificam-se as decisões condenatórias em comportamento omissivo.

Neste domínio, distingue-se também um regime e um regime particular (este aplicável quando esteja em causa a violação de segredos comerciais).

4.2.1. REGIME GERAL

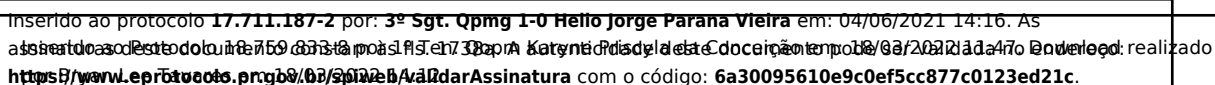
Com a adoção de medidas inibitórias (aplicáveis tanto ao infrator, como a qualquer intermediário cujos serviços estejam a ser utilizados por terceiros para violar direitos de propriedade industrial ou segredos comerciais)⁶² pretende-se, nos termos da explicitação legal, assegurar o impedimento de continuação de

⁵⁹ Art. 347.º, n.º 5 do Código da Propriedade Industrial.

⁶⁰ Art. 347.º, n.º 6 do Código da Propriedade Industrial.

⁶¹ Art. 347.º, n.º 7 do Código da Propriedade Industrial.

⁶² Art. 349.º, n.º 3 do Código da Propriedade Industrial.





segredo ou outras suas características específicas, as medidas tomadas a fim de os proteger, a conduta do requerido, o impacto da utilização ou divulgação ilegal, os interesses legítimos das partes, de terceiros e do interesse público e a salvaguarda dos direitos fundamentais, entre outros eventuais fatores.⁶⁹

Embora o tribunal possa limitar o período de duração das medidas inibitórias que imponha, impõe-se que, nessa definição, assegure a preservação de um horizonte de duração que se revele apto a eliminar qualquer vantagem comercial ou econômica de que o infrator possa ter beneficiado em consequência da obtenção, utilização ou divulgação ilegal do segredo comercial.⁷⁰

A extinção destas medidas obedece ao regime de extinção aplicável às medidas de preservação de prova (*supra* referido).⁷¹

O decretamento judicial de medidas inibitórias pode não representar uma inevitabilidade, mesmo quando preenchidos os pressupostos do seu decretamento. Pode a pessoa que devesse ficar às mesmas submetida requerer que, em alternativa a essas medidas, haja lugar à sua condenação no pagamento de compensação pecuniária razoavelmente satisfatória à parte lesada.

Necessário será, porém, para tanto, demonstrar, por um lado, que a adoção desse regime alternativo se justifica por razões enquadráveis no âmbito do princípio da proporcionalidade (alegando e provando que a execução das medidas inibitórias causaria danos desproporcionados à pessoa sobre quem impen-dessem) e, por outro lado, o desconhecimento não culposo da violação de segredo (mediante alegação e prova de que a pessoa que deveria ser objeto das medidas inibitórias não tinha

356.º, n.º 3 e do art. 354.º do mesmo Código.

⁶⁹ Art. 356.º, n.º 1, 2.ª parte do Código da Propriedade Industrial.

⁷⁰ Art. 354.º, n.º 1 do Código da Propriedade Industrial, por remissão do art. 356.º, n.º 3 do mesmo Código.

⁷¹ Art. 342.º do Código da Propriedade Industrial, por remissão do art. 356.º, n.º 4 do mesmo Código.



conhecimento – nem motivos para ter conhecimento – de que estavam em causa bens associados à violação de segredo comercial).⁷²

Se a pretensão formulada proceder – havendo assim lugar, em alternativa às medidas inibitórias, a fixação de montante compensatório -, o montante fixável encontra-se limitado no que diz respeito ao seu máximo, na medida em que o valor compensatório não poderá superar o montante de remunerações que teriam sido auferidas pela parte lesada caso o infrator tivesse solicitado autorização para utilizar os segredos comerciais em questão durante o período em que essa utilização estivesse proibida.⁷³

4.3. DECISÃO DE SANCIONAMENTO ACESSÓRIO

As decisões acima referidas correspondem a decisões adotadas a título principal.

Podem, contudo, ser complementadas por sanções acessórias, cujo regime é também permeado por especificidades caso esteja em causa a violação de segredo comercial.

As sanções acessórias traduzir-se-ão em medidas relativas ao destino dos bens em que se tenha verificado violação dos direitos de propriedade industrial ou dos segredos comerciais⁷⁴, bem como aos instrumentos utilizados no fabrico dos bens em que se manifeste violação dos direitos de propriedade industrial ou dos segredos comerciais.⁷⁵

Na determinação das medidas aplicáveis deve o tribunal tomar em consideração (à semelhança do que sucede em matéria de providências cautelares) os critérios previstos no art. 345.º do

⁷² Art. 355.º, n.º 3 do Código da Propriedade Industrial, por remissão do art. 356.º, n.º 4, 1.ª parte do mesmo Código.

⁷³ Art. 355.º, n.º 4 do Código da Propriedade Industrial, por remissão do art. 356.º, n.º 4, 1.ª parte do mesmo Código.

⁷⁴ Art. 348.º, n.º 1 do Código da Propriedade Industrial.

⁷⁵ Art. 348.º, n.º 4 do Código da Propriedade Industrial.



Código da Propriedade Industrial⁷⁶, bem como critérios de proporcionalidade em sentido amplo (devem as medidas ser adequadas, necessárias e proporcionais à gravidade da violação)⁷⁷ e os legítimos interesses de terceiros (em particular dos consumidores)⁷⁸. Estando em causa a violação de segredo comercial, o tribunal poderá, ainda, atender, designadamente, ao valor do segredo ou outras características específicas deste, às medidas tomadas a fim de os proteger, à conduta do requerido, ao impacto da utilização ou divulgação ilegal, aos interesses legítimos das partes, de terceiros e do interesse público e à salvaguarda dos direitos fundamentais.

No que respeita ao teor das medidas, determina o legislador, pela *positiva*, que estas podem incluir a destruição, a retirada ou a exclusão definitiva dos circuitos comerciais, sem que tanto implique atribuição de qualquer compensação ao infrator.⁷⁹ Estipula, também, agora pela *negativa*, que essas medidas não poderão, em caso algum, prejudicar a proteção do segredo comercial que esteja em questão⁸⁰. Na mesma esteira, não é permitida a divulgação de segredo comercial contra a constituição de uma garantia.⁸¹

À semelhança do que referimos quanto às decisões que decretem medidas inibitórias, pode o sujeito passivo das medidas requerer que, em alternativa a estas, seja proferida decisão condenatória no pagamento de compensação pecuniária razoavelmente satisfatória à parte lesada. Também aqui o sujeito passivo tem o ónus de provar, quer que a adoção desse regime alternativo se justifica por razões enquadráveis no princípio da proporcionalidade (mediante alegação e prova de que a

⁷⁶ Por remissão, em cadeia, dos arts. 355.º e 354.º do mesmo Código.

⁷⁷ Art. 348.º, n.º 2 do Código da Propriedade Industrial.

⁷⁸ Art. 348.º, n.º 3 do Código da Propriedade Industrial.

⁷⁹ Art. 348.º, n.º 2 do Código da Propriedade Industrial.

⁸⁰ Art. 355.º, n.º 1 do Código da Propriedade Industrial.

⁸¹ Art. 354.º, n.º 2 do Código da Propriedade Industrial, por remissão do art. 355.º, n.º 2 do mesmo Código.



execução das medidas inibitórias causaria danos desproporcionados à pessoa sobre quem impendessem), quer o desconhecimento não culposos da violação de segredo (mediante alegação e prova de que a pessoa que deveria ser objeto das medidas inibitórias não tinha conhecimento – nem razões para o ter – de que estavam em causa bens associados à violação de segredo comercial).⁸² Em caso de deferimento do pedido, o montante compensatório não poderá ser superior ao montante de remunerações que teriam sido auferidas pela parte lesada caso o infrator tivesse solicitado autorização para utilizar os segredos comerciais em questão durante o período em que essa utilização estivesse proibida.⁸³

5. GRAU DE PUBLICIDADE PROCESSUAL

5.1. PUBLICIDADE DA DECISÃO

Se, de acordo com o regime geral previsto no Código de Processo Civil⁸⁴, as decisões são, por regra, públicas mas não publicadas, de acordo com o regime previsto no Código da Propriedade Industrial a vontade do lesado releva no que diz respeito à publicação da decisão final, na medida em que aquele beneficia do direito de requerer⁸⁵ ao tribunal que ordene a

⁸² Art. 355.º, n.º 3 do Código da Propriedade Industrial, por remissão do art. 356.º, n.º 4, 1.ª parte do mesmo Código.

⁸³ Art. 355.º, n.º 4 do Código da Propriedade Industrial, por remissão do art. 356.º, n.º 4, 1.ª parte do mesmo Código.

⁸⁴ Pronunciámo-nos sobre o regime de publicidade e de segredo em processo civil, analisando o regime regra e as suas exceções (quer no sentido da ampliação do grau de publicidade, quer no sentido da sua restrição) em “Publicidade e segredo em Processo Civil – que fronteiras”, *Revista da Ordem dos Advogados*, Vol. III/IV, dezembro, 2020, pp. 633 a 665.

⁸⁵ SALVADOR NUNES DA COSTA apresenta como possível justificação para o facto de a publicação pressupor a formulação desse pedido pelo lesado o facto de esse tipo de publicidade se poder revelar prejudicial a este último, “Alterações Processuais. Novos procedimentos para tutela da propriedade industrial”, *Direito Industrial* (coord. José de Oliveira Ascensão), vol. VII, Almedina, 2010, p. 150.



publicação dessa decisão.^{86 87}

A publicação é feita por extrato⁸⁸, a expensas do infrator⁸⁹, no Boletim da Propriedade Industrial ou através da divulgação em qualquer meio de comunicação que se considere adequado⁹⁰. Do extrato constarão elementos da sentença e da condenação, bem como a identificação dos agentes.⁹¹ Este último elemento informativo (identificação dos agentes) não constará, porém, da publicação da decisão se o tribunal entender que a mesma não se justifica, atentos os potenciais danos que a publicação dessa identificação possa vir a causar à reputação e à privacidade do infrator.⁹²

Impende sobre o tribunal o dever de preservar a confidencialidade dos segredos comerciais, bem como de, quanto a

⁸⁶ Art. 350.º, n.º 1 do Código da Propriedade Industrial. Como SALVADOR NUNES DA COSTA bem salienta, não obstante constar do teor literal da norma que o juiz *pode* ordenar a publicação, está em causa um verdadeiro poder dever, que não uma mera faculdade, “Alterações Processuais. Novos procedimentos para tutela da propriedade industrial”, *Direito Industrial* (coord. José de Oliveira Ascensão), vol. VII, Almedina, 2010, p. 151.

⁸⁷ De notar que as decisões finais relativas a ações propostas com base na proteção provisória não podem ser proferidas antes da concessão ou da recusa definitiva da patente, do modelo de utilidade ou do registo, suspendendo-se a instância uma vez finda a fase dos articulados (art. 5.º, n.º 3 da Código da Propriedade Industrial). Sobre o regime de defesa da propriedade industrial, em matéria de proteção provisória e de proteção prévia, à luz do regime vigente em 2009 (constante do D.L. n.º 36/2003, de 5 de março, com as alterações introduzidas em 2007 e em 2008), MIGUEL MOURA E SILVA, “A defesa dos direitos de propriedade industrial – protecção provisória e protecção prévia: breves notas”, *Direito Industrial* (coord. José de Oliveira Ascensão), Vol. VI, Almedina, 2009, pp. 369-374.

⁸⁸ Arts. 350.º, n.º 3 e 357.º, n.º 1 do Código da Propriedade Industrial.

⁸⁹ Art. 350.º, n.º 1 do Código da Propriedade Industrial.

⁹⁰ Art. 350.º, n.º 2 do Código da Propriedade Industrial. SALVADOR NUNES DA COSTA observa que a adequação do tipo de publicação ao teor da decisão comporta a possibilidade de simultânea publicação no Boletim da Propriedade Industrial e em outro meio de comunicação, “Alterações Processuais. Novos procedimentos para tutela da propriedade industrial”, *Direito Industrial* (coord. José de Oliveira Ascensão), vol. VII, Almedina, 2010, p. 151. Segundo o previsto na alínea h) do art. 375.º do mesmo Código, as decisões finais de processos judiciais sobre propriedade intelectual são publicadas no Boletim da Propriedade Industrial.

⁹¹ Arts. 350.º, n.º 3 e 357.º, n.º 1 do Código da Propriedade Industrial.

⁹² Art. 357.º, n.º 1 do Código da Propriedade Industrial.



estes, tomar em consideração, designadamente, o valor do segredo ou outras suas características específicas, as medidas tomadas a fim de os proteger, a conduta do requerido, o impacto da sua utilização ou divulgação ilegal, os interesses legítimos das partes e de terceiros, o interesse público e a salvaguarda dos direitos fundamentais.⁹³

No que em particular diz respeito às decisões finais de declaração de nulidade ou de anulação de patentes^{94 95 96}, de

⁹³ Art. 354.º do Código da Propriedade Industrial, por remissão do art. 357.º do mesmo Código.

⁹⁴ Os direitos emergentes de patentes e de modelos de utilidade, assim como de registos de topografias de produtos semicondutores, de desenhos ou modelos e de marcas e outros sinais distintivos do comércio e os direitos emergentes dos pedidos podem ser objeto de execução para realização coerciva de obrigação (através de penhora), de tutela cautelar conservatória (mediante arresto), de garantia real voluntariamente constituída (por via de penhor) e de outras apreensões de bens efetuadas nos termos legais (art. 6.º do Código da Propriedade Industrial).

⁹⁵ Os processos de declaração de nulidade e de anulação podem ser da competência de tribunais judiciais (em caso de declaração de nulidade ou de anulação de patentes, de certificados complementares de proteção, de modelos de utilidade e de topografias de produtos semicondutores, bem como de declaração de nulidade ou anulação de registos de desenhos ou modelos, de marcas, de logótipos, de denominações de origem, de indicações geográficas e de recompensas quando resulte de um pedido reconvenicional deduzido no âmbito de uma ação que corra termos no tribunal) ou do INPI (quanto a declarações de nulidade ou a anulações de registos de desenhos ou modelos, de marcas, de logótipos, de denominações de origem, de indicações geográficas e de recompensas que não resultem de pedido reconvenicional deduzido no âmbito de uma ação que corra termos no tribunal), como se retira do art. 34.º, n.ºs 1 e 2 do Código da Propriedade Industrial. São diferentes os círculos de legitimidade ativa correspondentes a cada uma dessas hipóteses (art. 34.º, n.ºs 3 e 4 do mesmo Código). Na ordem jurídica brasileira a ação tendente à declaração de nulidade de patente pode ser intentada pelo INPI ou por qualquer pessoa com legítimo interesse, a todo o tempo de vigência da patente, podendo também a nulidade da patente ser arguida, em defesa, a todo o tempo (art. 56, §1 da Lei da Propriedade Industrial – Lei 9.279 de 14 de maio de 1996). A ação será apreciada pelo foro da Justiça Federal (art. 57 da mesma Lei). Para uma perspetiva de conjunto do regime da propriedade intelectual nesse ordenamento jurídico, quer numa perspetiva de direito interno, quer sob o ângulo internacional, CARLA EUGÉNIA CALDAS, *Manual de Direito da Propriedade Intelectual*, Evoke, 2007.

⁹⁶ O facto de uma patente ter por objeto um processo de fabrico de um produto novo gera inversão de ónus da prova, na medida em que, salvo prova em contrário, o mesmo produto fabricado por um terceiro será considerado como fabricado pelo processo



certificados complementares de proteção, de modelos de utilidade e de topografias de produtos semicondutores⁹⁷ (declaração que só pode resultar de decisão judicial⁹⁸), incumbe à secretaria do tribunal remeter a decisão definitiva, logo que transitada em julgado, ao INPI, I. P. (por transmissão eletrônica de dados, sempre que possível, ou em adequado suporte alternativo), a fim de que os respetivos texto, averbamento e aviso sejam publicados no Boletim da Propriedade Industrial.^{99 100}

Este regime é também aplicável aos recursos.¹⁰¹

É igualmente ao seu abrigo que, quando o ente decisor

patenteado (art. 99.º do Código da Propriedade Industrial). De notar que, antes da data do pedido ou da data da prioridade, quando esta é reivindicada, os direitos conferidos pela patente não são oponíveis a quem, de boa-fé, tenha chegado pelos seus próprios meios ao conhecimento da invenção e a utilizava ou fazia preparativos efetivos e sérios com vista a tal utilização (salvo se esse conhecimento tiver resultado de atos ilícitos ou contrários aos bons costumes, praticados contra o titular da patente), sendo que o ónus da prova dessa inoponibilidade impende sobre quem dela se pretenda fazer valer (art. 105.º, n.ºs 1 a 3 do Código da Propriedade Industrial). Em particular sobre as especificidades do regime de patentes no âmbito da biotecnologia, JOÃO PAULO REMÉDIO MARQUES, “Patentes biotecnológicas e direitos de obtentor de variedades vegetais Diferenças de regime e pistas para a respectiva articulação”, *Direito Industrial* (coord. José de Oliveira Ascensão), Vol. II, Almedina, 2002, pp. 163-231. O mesmo autor pronuncia-se, de modo desenvolvido, sobre o relevo e implicações da biotecnologia no âmbito da propriedade intelectual em “Biotecnologia(s) e propriedade intelectual. Direito de Autor. Direito de Patente e Modelo de Utilidade. Desenhos ou Modelos”, Almedina, 2007.

⁹⁷ Especificamente sobre a tutela deste tipo de produtos, ALEXANDRE DIAS PEREIRA, “Circuitos integrados: proteção jurídica das topografias de produtos semicondutores”, *Direito Industrial* (coord. José de Oliveira Ascensão), Vol. II, Almedina, 2002, pp. 163-231. No sentido de que o imposto incidente sobre o software em licenciamento como mercadoria deve assumir natureza redistributiva, CARLA EUGÉNIA CALDAS BARROS, “É afinal software é mercadoria ou não?”, *PIDCC – Revista de Propriedade Intelectual, Direito Contemporâneo e Constituição*, Ano V, vol. 10, n.º 3, 2016, pp. 48-70.

⁹⁸ Art. 34.º, n.º 1 do Código da Propriedade Industrial.

⁹⁹ Art. 34.º, n.º 5 do Código da Propriedade Industrial.

¹⁰⁰ Na ordem jurídica brasileira as decisões de nulidade de patentes transitadas em julgado são objeto de anotação pública pelo INPI, a fim de ser assegurada a sua cognoscibilidade por terceiros (art. 57, §2 da Lei da Propriedade Industrial – Lei 9.279 de 14 de maio de 1996).

¹⁰¹ Art. 34.º, n.º 5 do Código da Propriedade Industrial, por remissão do art. 46.º do mesmo Código.



necessária para obtenção de tutela judicial de posições jurídicas (violadas ou ameaçadas) em matéria de propriedade industrial; de outro lado, fonte de risco de conhecimento e indevida utilização por terceiros (isto é, por sujeitos não titulares do segredo) de informação representativa de segredo comercial que a parte houvesse de invocar em juízo como forma de instruir e assegurar tutela para a posição jurídica que aí pretenda fazer valer.

Compreende-se que o legislador se revele sensível à fragilidade que esta bivalência implicaria para o titular de direitos de propriedade industrial que recorra a tribunal. A titularidade do direito de acesso ao direito e aos tribunais não deve ser acompanhada por temor que iniba ou intensamente desestime esse acesso, sob pena de real não efetividade dessa garantia constitucional.

Duplicidade tanto mais incompreensível quanto esteja ao alcance do legislador a implementação de medidas normativas que tendencialmente neutralizem (ou consideravelmente minorem) esse fundado receio. Foi o que se pretendeu com as medidas adotadas no sentido de assegurar a preservação da confidencialidade dos segredos comerciais em processos judiciais.

Estas medidas abrangem o período de pendência do processo judicial e o período posterior à sua extinção. Consideremos, separadamente, cada um desses períodos.

5.2.1. NA PENDÊNCIA DO PROCESSO JUDICIAL

No primeiro período prevalece a proibição, dirigida a quem seja parte em processo judicial ou tenha acesso aos documentos que o integrem, de utilizar ou divulgar qualquer segredo comercial ou alegado segredo comercial de que tenha tomado conhecimento em virtude dessa participação ou acesso e que o tribunal tenha identificado como confidencial em resposta a um pedido que a parte interessada haja formulado de modo



devidamente fundamentado.¹⁰⁴

Essa proibição geral pode ser acompanhada, em cada concreto processo, pela adoção de acrescidas e específicas medidas de preservação de segredo comercial ou de alegado segredo comercial que seja utilizado ou mencionado no decurso desse processo, quando tanto se afigure necessário para salvarguardar o direito à ação e a um tribunal imparcial, bem como os interesses das partes ou de terceiros.

A adoção dessas específicas medidas não pressupõe a necessária formulação de pedido pela parte interessada; pode o tribunal decretá-las oficiosamente. Hão-de, porém, em qualquer circunstância, ser tomadas de acordo com critérios de proporcionalidade.

O conteúdo material destas especiais medidas não obedece a previsão taxativa, pelo que assume caráter exemplificativo a enunciação literal em que se prevê poder o tribunal: *i*) limitar (total ou parcialmente) a um número restrito de pessoas o acesso a documentos que tenham sido apresentados pelas partes ou por terceiros e que contenham segredos comerciais ou alegados segredos comerciais e *ii*) limitar a um número também restrito de pessoas o acesso a audiências, bem como aos respetivos registos e transcrições, quando exista a possibilidade de divulgação de segredos comerciais ou de alegados segredos comerciais.¹⁰⁵

De sublinhar, a este propósito, dois limites, comuns a estes dois tipos de medidas. No sentido de assegurar a observância do núcleo do princípio do contraditório impõe-se que no mencionado núcleo restrito de pessoas se inclua, pelo menos, uma pessoa singular de cada uma das partes e os respetivos mandatários (ou outros representantes). A fim de garantir, tão intensamente quanto possível, a preservação do segredo comercial, o número desse núcleo restrito de pessoas não deve exceder o necessário

¹⁰⁴ Art. 352.º, n.º 1 do Código da Propriedade Industrial.

¹⁰⁵ Art. 352.º, n.º 3, als. a) e b) do Código da Propriedade Industrial.



para assegurar o respeito do direito das partes à ação e a um julgamento imparcial.¹⁰⁶

No âmbito da legal enunciação exemplificativa de medidas adotáveis, neste contexto, pelo tribunal, inclui-se, ainda, a possibilidade de este disponibilizar às demais pessoas (não incluídas nas duas hipóteses acima referidas em *i)* e *ii)*) uma versão não confidencial das decisões judiciais que se revele tuteladora do segredo comercial (isto é, uma versão de que tenham sido removidas ou ocultadas as passagens que contenham os segredos comerciais).¹⁰⁷

5.2.2. APÓS A EXTINÇÃO DO PROCESSO JUDICIAL

O dever de confidencialidade manter-se-á, por princípio, mesmo após a extinção do processo judicial. Só assim não será em duas circunstâncias: *i)* se as informações em causa tiverem, entretanto, passado a ser conhecidas (ou a ser de conhecimento facilmente acessível) nos círculos de pessoas que normalmente lidam com esse tipo de informações¹⁰⁸ ou *ii)* se resultar de decisão transitada em julgado que o alegado segredo comercial não preenche os requisitos cumulativos que a informação deve reunir para que seja tutelável enquanto segredo comercial¹⁰⁹. Requisitos que se traduzem no facto de a informação dever: assumir carácter secreto; beneficiar de valor comercial pelo facto de ser secreta e ser objeto de diligências razoáveis no sentido da manutenção da sua confidencialidade por parte da pessoa que detenha o respetivo controlo legal¹¹⁰.

A violação do dever de confidencialidade quanto a informação representativa de segredo comercial gera, por princípio,

¹⁰⁶ Art. 352.º, n.º 4 do Código da Propriedade Industrial.

¹⁰⁷ Art. 352.º, n.º 3, al. c) do Código da Propriedade Industrial.

¹⁰⁸ Art. 352.º, n.º 2, 2.ª parte do Código da Propriedade Industrial.

¹⁰⁹ Art. 352.º, n.º 2, 2.ª parte do Código da Propriedade Industrial.

¹¹⁰ Art. 313.º do Código da Propriedade Industrial, por remissão do art. 352.º, n.º 2, 2.ª parte do mesmo Código.



consequências para o infrator, como decorre do que *supra* se referiu quer quanto à possibilidade de condenação no pagamento de montante ressarcitório, quer quanto à prolação de decisões de natureza inibitória e acessória.

A aplicação das medidas, procedimentos e vias de reparação deve desenvolver-se em conformidade com o princípio da proporcionalidade e de modo a evitar abusos ou a criação de obstáculos ao comércio legítimo.¹¹¹

Tais medidas, procedimentos e vias de reparação não serão adotados, porém, quando a obtenção, utilização ou divulgação de um segredo comercial se tenha verificado em contexto: *i*) de exercício do direito à liberdade de expressão e de informação (com inclusão do respeito pela liberdade e pelo pluralismo dos meios de comunicação social) consagrado na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia; *ii*) de revelação de má conduta, irregularidade ou atividade irregular, se a revelação tiver sido realizada pelo infrator para proteção do interesse público geral; *iii*) de divulgação por trabalhadores aos respetivos representantes quando estes se encontrem em exercício legítimo das suas funções representativas, nos termos legais, se tal revelação for necessária para o exercício dessas funções representativas ou *iv*) de proteção de um interesse legítimo e legalmente reconhecido.¹¹²

6. CONCLUSÃO

Não obstante a autonomia científica existente entre direito material e direito processual, conecta-os um duplo tipo de relação.

Por um lado, num plano geral, uma relação de instrumentalidade geral, na medida em que, no âmbito de um sistema de justiça pública (enquadrado em contexto de Estado de Direito),

¹¹¹ Art. 351.º, n.º 2 do Código da Propriedade Industrial.

¹¹² Art. 351.º, n.º 1 do Código da Propriedade Industrial.



o processo (na dimensão de *due process of law*) representa a via constitucional e legalmente admitida, como regra, para a resolução de conflitos com relevo jurídico e, assim, para a prática e concreta realização do direito substantivo.

Instrumentalidade cuja efetividade assume natureza essencial, na medida em que constitui meio de garantia do direito constitucional de acesso ao direito e a tutela jurisdicional efetiva¹¹³.

Como José Carlos Barbosa Moreira nota, “o processo deve dispor de instrumentos de tutela adequados, na medida do possível, a todos os direitos (e outras posições jurídicas de vantagem) contemplados no ordenamento, quer resultem de expressão previsão normativa, quer se possam inferir do sistema”.¹¹⁴

Tal efetividade pode implicar que o regime processual acompanhe, com previsões instrumentais (adjetivas) especiais, as especialidades que o regime substantivo assumam. Com o que se entra num segundo plano de instrumentalidade, dotado de nota de especialidade.

A técnica legislativa adotada no Código da Propriedade Industrial atualmente vigente em Portugal congrega os dois planos, na medida em que o legislador optou por assegurar a tutela jurisdicional dos direitos materiais aí regulados através de disposições adjetivas (instrumentais) especiais, complementadas pela aplicação subsidiária do regime instrumental geral (regulado no Código de Processo Civil).

Tais notas especiais respeitam a dimensões fulcrais do processo. Contendem, de modo direto, com áreas normativas que intensamente condicionam a preservação do efeito útil da ação (no que respeita às especialidades em sede de

¹¹³ Art. 20º, n.º 1 da Constituição da República Portuguesa. No art. 5.º, XXXV da Constituição da República Federativa do Brasil o direito de acesso à justiça encontra-se consagrado enquanto garantia de que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

¹¹⁴ “Efetividade do processo e técnica processual”, *Temas de Direito Processual Civil*, Sexta Série, São Paulo, Saraiva, 1997, p. 197.



O que nasce com vocação de especialidade pode, contudo, vir a assumir eficácia irradiante para quadrantes jurídicos não integrados nessa particular área. O que permite admitir como hipótese que algumas das notas especiais de regime que vimos de analisar – mormente as que relevam em sede de prova e de publicidade – possam (pelo seu relevo prático) vir a servir de mote inspirador para adoção de regime equivalente, devidamente adaptado, no âmbito do regime processual civil geral.

SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA PROGRESSIVA E COMPLEMENTAÇÃO DE VALOR

Luiz Felipe Silveira Difini¹

INTRODUÇÃO



Código Tributário Nacional trata da substituição tributária, apenas “en passant” ou acidentalmente em seu art. 128². É compreensível, pois à época da elaboração de nosso já cinquentenário Código, a legislação brasileira pouco cuidava do instituto, já utilizado no direito estrangeiro e objeto, na doutrina nacional, de estudos pioneiros e até à frente do tempo histórico em que produzidos de Alfredo Augusto Becker e Amílcar de Araújo Falcão. Este último cunhou o termo “substituto legal tributário”.

Becker, que lhe dedicou todo um capítulo da sua Teoria Geral do Direito Tributário³, apontava, como o tempo veio a confirmar:

[...] a centripetação dos indivíduos ao redor dos centros urbanos formando enormes massas de indivíduos; a crescente

¹Doutor em Direito do Estado pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul nos cursos de graduação e pós-graduação, na disciplina de Direito Tributário.

²“Sem prejuízo do disposto neste capítulo, a lei pode atribuir de modo expresso a responsabilidade pelo crédito tributário a terceira pessoa, vinculada ao fato gerador da respectiva obrigação, excluindo a responsabilidade do contribuinte ou atribuindo-a a este em caráter supletivo do cumprimento total ou parcial da referida obrigação”. A primeira parte do texto, ao atribuir a responsabilidade a terceiro vinculado ao fato gerador, excluindo a responsabilidade do contribuinte trata de substituição tributária; a parte final, ao atribuir a responsabilidade a terceiro em caráter supletivo do cumprimento total ou parcial da obrigação pelo contribuinte trata de responsabilidade em caráter subsidiário do responsável tributário em sentido estrito.

³BECKER, Alfredo Augusto. Teoria Geral do Direito Tributário. 3ª. ed. São Paulo: Lejus, 1998, pp. 531-578. Trata-se do Capítulo IV (“Substituto Legal Tributário”) da Quinta Parte, significativamente intitulada “Metamorfose Jurídica do Direito Tributário”.



multiplicidade de relações socioeconômicas; a complexidade e a variedade cada vez maior de negócios são os principais fatores que estão tornando impraticável aquela solução do legislador, na parte referente à escolha do indivíduo que figurará no pólo negativo da relação jurídica tributária.

Até há alguns decênios atrás, este indivíduo era, quase sempre, aquele determinado indivíduo de cuja renda ou capital a hipótese de incidência tributária era fato-signo presuntivo. Entretanto, os fatores que acabaram de ser apontados estão induzindo o legislador a escolher um outro indivíduo para a posição de sujeito passivo da relação jurídica tributária. E este outro indivíduo consiste precisamente no substituto legal tributário cuja utilização, na época atual, já é frequentíssima, de tal modo que, dentro de alguns anos, o uso do substituto legal tributário pelo legislador será a “regra geral”.⁴

E Amílcar Falcão apontava a singularidade do instituto de substituição tributária em relação a outras formas de responsabilidade em sentido amplo (e.g. responsável tributário em sentido estrito e sucessor tributário):

De tudo o que ficou dito, claro está que, por vezes, pode o legislador dissociar inteiramente a relação tributária, atribuindo o debitum a uma pessoa (contribuinte) e a responsabilidade de sua solução a outra (substituto).

O substituto, pois, é aquele terceiro a quem a lei comete, com exclusividade, o dever de pagar tributo alheio.

É uma figura típica do direito tributário, sem símile em qualquer outro ramo jurídico.

Certo é que o substituto é sujeito passivo de relação tributária.⁵

Posteriormente, o sistema de substituição tributária no Brasil foi utilizado em relação ao IPI, ao ISS (art. 6º da Lei Complementar 116/03), mas, especialmente, ao ICMS. Antes normado pelos arts. 2º, §§ 9º e 10º e 6º, §§3º e 4º (hoje revogados) do Decreto-Lei 406/68 e pelo art. 25 do também revogado Convênio 66/88, dele tratam atualmente os arts. 6º a 10 da Lei

⁴BECKER, Alfredo Augusto. Obra citada, p. 550. O último grifo é nosso; os demais, do original.

⁵FALCÃO, Amílcar (de Araújo). Introdução do direito tributário. 4ª. ed., atualizada por Flávio Bauer Novelli, Rio de Janeiro: Forense, 1993, p. 90, grifo do original.



Pode-se dizer que o sistema de substituição tributária está hoje consolidado em nossa legislação e praxis tributárias. Dois são os ganhos mais relevantes de sua adoção, em termos de eficiência e praticabilidade do sistema tributário. A um, existe um ganho de simplificação de rotinas e comodidade na arrecadação. Sua concentração nos substitutos tributários (em número significativamente inferior) facilita em muito a fiscalização, presente ainda que a eleição legal dos substitutos geralmente ocorre em agentes econômicos de maior porte e conseqüente melhor estruturação administrativa e contábil, onde menos provável a evasão fiscal do que em um sem número de pequenos estabelecimentos, às vezes até informais. A dois, na chamada substituição tributária progressiva ou para a frente, ocorre o ganho fiscal de antecipação de receitas, tributando-se antecipadamente (com conseqüente arrecadação) operações que só ocorrerão efetivamente em momento futuro. Por fim, a substituição tributária tem o caráter até de medida cautelar, no caso de tributos devidos por integrantes da chamada “economia informal” quando será na prática a única forma de tornar efetiva a tributação daquelas atividades.⁶

Sua adoção, porém, sobretudo na modalidade progressiva ou para a frente defrontou a doutrina e jurisprudência com diversas dificuldades, algumas já objeto de decisão pelo

“Na verdade, sob o prisma radical ortodoxo, não é possível visualizar o instituto, fundamental para tornar efetivo, no atual estágio da civilização, o princípio da praticabilidade da tributação, algo parecido, no campo do processo, com o princípio da economia processual, segundo lembra Sacha Calmon. Acrescento mais: da mesma forma que o Direito processual passa por verdadeira revolução visando a concretizar o princípio da efetividade da jurisdição, com a criação de diversos institutos novos (ampliação das cautelares e antecipação de tutela, dentre outros), o Direito Tributário não pode passar imune a essa evolução da sociedade, deixando de acolher a figura da substituição tributária para frente, que, numa visão analógica apresenta certo caráter cautelar: objetiva tornar efetiva a responsabilidade tributária.” RIBEIRO, Antônio de Pádua. Substituição tributária para frente. Revista do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, Brasília, vol. 1, nº 3, dez, 1997, p. 106.



Supremo Tribunal Federal, outras ainda em aberto. Aqui, em uma primeira parte deste trabalho examinaremos as decisões do Supremo Tribunal na ADIn 1.851 e no Recurso Extraordinário 593.849/MG, para, na segunda parte, refletirmos sobre questões ainda em aberto diante das decisões da Suprema Corte no que tange à substituição tributária progressiva, em especial quanto à possibilidade de vir o fisco a exigir eventuais diferenças quanto o fato gerador se realizar por valor superior à base de cálculo presumida.

I -A SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA PROGRESSIVA NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

O instituto da substituição tributária em si, foi, inicialmente, objeto de severo questionamento por setores da doutrina, a apontar suposta violação de vários princípios constitucionais, como direito de propriedade, proibição de confisco, legalidade tributária, tipicidade, capacidade contributiva e limites da competência impositiva dos Estados, sustentando-se, ainda, tratar-se de substituição de empréstimo compulsório em violação às regras do art. 148 da Constituição Federal. No dizer de Pádua Ribeiro,

O instituto não é novo no nosso Direito, mas, a partir da sua “constitucionalização”, passou a receber acerbos ataques de alguns eminentes tributaristas (Geraldo Ataliba, Aires F. Barreto, Hamilton Dias de Souza, Ives Gandra da Silva Martins, dentre outros). Sustentam esses juristas que viola, praticamente, todos os princípios constitucionais basilares relativos aos tributos (tipicidade tributária, não cumulatividade, capacidade contributiva). Alegam, ainda, que vulnera o princípio atributivo de competência tributária aos Estados-membros e, até mesmo, que configura autêntico empréstimo compulsório, só previsto nas hipóteses do art. 148 da Constituição.⁷

Tais alegações foram afastadas, de pronto, ainda nos idos de 1999, pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do

⁷RIBEIRO, Antônio de Pádua. Obra citada, p. 106.





Corte na ADIn 1.851-4/AL¹⁰ e a resposta, então, foi negativa. Tratava-se de ação proposta pela Confederação Nacional do Comércio contra a cláusula 2ª do Convênio ICMS 13/97, que disciplinava o regime de substituição tributária e não admitia a restituição ou cobrança complementar de tributo quando a operação se realizasse por valor diferente do presumido (inferior ou superior). Na ocasião, a Corte decidiu pela constitucionalidade do dispositivo questionado, sob o fundamento de que a restituição determinada pelo §7º do art. 150 da Constituição, limita-se às hipóteses de não ocorrência do fato gerador presumido, não cabendo falar em imposto pago a maior ou a menor por substituído, de vez que a técnica de substituição tributária é utilizada para mercadorias que têm preços de venda ao consumidor final previamente fixados ou tabelados, pelo que as hipóteses de excesso de tributação são apenas eventuais. A decisão frisou, ainda, que admitir a possibilidade de restituição implicaria o retorno ao regime de apuração mensal do tributo, inviabilizando o próprio instituto da substituição tributária para frente. Houve votos vencidos dos Ministros Carlos Velloso, Celso de Mello e Marco Aurélio, pela procedência da ação, sob o fundamento de a norma questionada, excluindo a possibilidade de restituição no caso de tributo pago a maior, violar o disposto no art. 150, §7º da Corte Constitucional¹¹.

A ementa respectiva, no que mais releva, estava assim posta:

TRIBUTÁRIO. ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. CLÁUSULA SEGUNDA DO CONVÊNIO 13/97 E §§ 6.º E 7.º DO ART. 498 DO DEC. N.º 35.245/91 (REDAÇÃO DO ART. 1.º DO DEC. N.º 37.406/98), DO ESTADO DE ALAGOAS. ALEGADA OFENSA AO § 7.º DO ART. 150 DA CF (REDAÇÃO

¹⁰Pleno, Rel. Min. Ilmar Galvão, julgado em 08/05/2002, DJU de 22/11/2002, com republicação em 13/12/2002.

¹¹Art. 150, §7º: “A lei poderá atribuir a sujeito passivo de obrigação tributária a condição de responsável pelo pagamento de imposto, taxa ou contribuição, cujo fato gerador deva ocorrer posteriormente, assegurada a imediata e preferencial restituição da quantia paga, caso não se realize o fato gerador presumido”.



DA EC 3/93) E AO DIREITO DE PETIÇÃO E DE ACESSO AO JUDICIÁRIO.

(...)

A EC n.º 03/93, ao introduzir no art. 150 da CF/88 o §7.º, aperfeiçoou o instituto, já previsto em nosso sistema jurídico-tributário, ao delinear a figura do fato gerador presumido e ao estabelecer a garantia de reembolso preferencial e imediato do tributo pago quando não verificado o mesmo fato a final. A circunstância de ser presumido o fato gerador não constitui óbice à exigência antecipada do tributo, dado tratar-se de sistema instituído pela própria Constituição, encontrando-se regulamentado por lei complementar que, para definir-lhe a base de cálculo, se valeu de critério de estimativa que a aproxima o mais possível da realidade.

A lei complementar, por igual, definiu o aspecto temporal do fato gerador presumido como sendo a saída da mercadoria do estabelecimento do contribuinte substituto, não deixando margem para cogitar-se de momento diverso, no futuro, na conformidade, aliás, do previsto no art. 114 do CTN, que tem o fato gerador da obrigação principal como a situação definida em lei como necessária e suficiente à sua ocorrência.

O fato gerador presumido, por isso mesmo, não é provisório, mas definitivo, não dando ensejo a restituição ou complementação do imposto pago, senão, no primeiro caso, na hipótese de sua não-realização final.

Admitir o contrário valeria por despojar-se o instituto das vantagens que determinaram a sua concepção e adoção, como a redução, a um só tempo, da máquina-fiscal e da evasão fiscal a dimensões mínimas, propiciando, portanto, maior comodidade, economia, eficiência e celeridade às atividades de tributação e arrecadação.

Ação conhecida apenas em parte e, nessa parte, julgada improcedente.

O STF já ensaiara, de alguma forma, possível revisão deste precedente no julgamento das ADIns 2.675-5/PE e 2777-8/SP, em que os governadores dos Estados de São Paulo e Pernambuco arguíram a inconstitucionalidade dos dispositivos de leis dos respectivos Estados que determinavam a restituição de imposto pago antecipadamente, em hipóteses de substituição tributária progressiva, se demonstrado que o preço efetivamente



praticado na operação final fora inferior à base de cálculo presumida¹².

O precedente firmado na ADIn 1851-4 seria, porém, alterado no julgamento do Recurso Extraordinário 593.849/MG¹³, afetado ao regime de repercussão geral, como tema 201 da respectiva sistemática. Nele foi fixada a tese jurídica nos seguintes termos:

“É devida a restituição da diferença do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviço – ICMS pago a mais no regime de substituição tributária para a frente se a base de cálculo efetiva da operação for inferior à presumida.”

Consignou-se expressamente a alteração do precedente posto na ADIn 1851 e foram modulados os efeitos do julgamento a fim de que o novo precedente deva orientar todos os litígios judiciais pendentes submetidos à sistemática da repercussão geral e os casos futuros de antecipação de pagamento de fato gerador presumido realizado após a fixação do novo entendimento, tendo em conta o necessário realinhamento das administrações fazendárias dos Estados e do sistema judicial.

Assim foi posta a ementa correspondente:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. DIREITO TRIBUTÁRIO. IMPOSTO SOBRE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS E SERVIÇOS - ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA PROGRESSIVA OU PARA FRENTE. CLÁUSULA DE RESTITUIÇÃO DO EXCESSO. BASE DE CÁLCULO PRESUMIDA. BASE DE CÁLCULO REAL. RESTITUIÇÃO DA DIFERENÇA. ART. 150, §7º, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. REVOGAÇÃO PARCIAL DE PRECEDENTE. ADI 1.851.

1. Fixação de tese jurídica ao Tema 201 da sistemática da repercussão geral: “É devida a restituição da diferença do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços – ICMS pago a mais no regime de substituição tributária para frente se a base de cálculo efetiva da operação for inferior à

¹²O julgamento destas ações, suspenso desde 2007, todavia, só foi concluído após a decisão do RE 593.849/MG, que examinaremos a seguir, em função de Questão de Ordem apreciada pelo STF em 18/12/2009.

¹³Pleno, Rel. Min. Edson Fachin, julgado em 19/10/2016.



não será “o valor da prestação ou da operação” (art. 8º, I, da LC 87/1996), como ocorre em operações ou prestações concomitantes ou antecedentes. Será, sim, o valor a ser fixado segundo os critérios estabelecidos no inciso II do art. 8º da LC 87/1996. E o será, portanto, definitivamente, como decidiu o STF na ADI 1851. Se provisório fosse, ele exigiria a indispensabilidade da verificação de todas as operações individualmente, seja para retribuir o que fosse pago a mais, seja para permitir ao fisco exigir diferenças por recolhimento a menor. Em outras palavras: seria voltar ao sistema tradicional, negando qualquer consequência prática ao instituto da substituição tributária progressiva, que tem assento constitucional.

Ao final, prevaleceu o voto do Relator, vencidos os Ministros Teori, Toffoli e Gilmar Mendes, estabelecendo aos efeitos da repercussão geral ser devida a restituição (ao substituído) do valor pago a maior, caso o fato gerador se realize por valor inferior ao presumido.

Contudo, uma questão aparentemente restou em aberto, eis que não esclarecida ao menos na tese fixada: no caso do fato gerador se realizar por valor superior ao presumido, pode o Fisco exigir a diferença?

II -FATO GERADOR REALIZADO POR VALOR SUPERIOR AO PRESUMIDO E SUAS CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS.

A questão mais tormentosa, eis que não mencionada expressamente na tese fixada é: há o dever de o substituído tributário recolher aos cofres públicos a diferença do ICMS, sempre que a base de cálculo presumida revelar-se inferior ao preço de venda final aos consumidores?

Embora a questão não tenha sido versada na tese fixada, houve manifestação de alguns dos Ministros a respeito.

O Ministro Edson Fachin pontuou:

Em relação à vedação ao enriquecimento ilícito, seja do Estado, seja do contribuinte, a relação jurídico-tributária deve estar constantemente aberta ao factual, porquanto o modo de

raciocinar “tipificante” não deve ser intransponível ao pensamento problemático, o qual por muitas vezes se queda mais próximo da justiça fiscal. (grifamos)

E o Ministro TeoriZavaski apontava: “Se provisório fosse, ele exigiria a indisponibilidade da verificação de todas as operações individualmente, *seja para retribuir o que fosse pago a mais, seja para permitir ao fisco diferenças por recolhimento a menor*” (grifo nosso).

Igualmente consta do voto da Ministra Rosa Weber: “E, nesse caso, se a base de cálculo presumida não se concretizar, só nessa hipótese é que haveria sim a restituição *ou, no caso, a cobrança pela Fazenda do valor recolhido a menor*” (grifamos).

Assim, esta parece ser, inclusive pelo argumento do “tu quoque”¹⁴, a lógica consequência da decisão e da nova sistemática adotada. Todavia, face ao princípio de legalidade tributária, tal possibilidade (em atenção também ao princípio da segurança jurídica), eis que não abarcada expressamente pela tese fixada, deverá ser objeto de previsão legal.

Assim fez o Estado do Rio Grande do Sul, que através da Lei Estadual 15.056/17 adaptou a Lei Estadual 8.820/89 à nova sistemática decorrente do precedente fixado pelo STF, dispondo em seu art. 33, §1º, alínea h:

§ 1º O disposto neste artigo exclui a responsabilidade dos contribuintes substituídos em relação ao pagamento do imposto devido nas operações internas subsequentes por eles promovidas com mercadorias submetidas ao regime de substituição tributária, exceto:

...

h) na hipótese em que o preço praticado na operação a consumidor final seja superior à base de cálculo utilizada para o cálculo do débito de responsabilidade por substituição

¹⁴A fórmula *tu quoque* traduz, com generalidade, o aflorar de uma regra pela qual a pessoa que viole uma norma jurídica não poderia, sem abuso, exercer a situação jurídica que essa mesma norma lhe tivesse atribuído. [...] Fere as sensibilidades primárias, ética e jurídica, que uma pessoa possa desrespeitar um comando e, depois, vir exigir a outrem o seu acatamento. MENEZES CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e. Da Boa Fé no Direito Civil. 2ª reimpressão, Lisboa: Almedina, 2001, p.837.

tributária.

Nestes termos, é cabível a restituição do imposto pago a maior a partir do precedente estabelecido no julgamento do RE 593.849/MG, devendo a apuração do montante observar o disposto na Lei Estadual 8.820/89, com a redação que lhe deu a Lei Estadual 15.056/17. De outro lado, considerando a existência de válida previsão legal, também é cabível a complementação do tributo quando a operação for realizada por valor superior à base presumida.

Embora na fixação do precedente no RE 593.849/MG não tenha havido menção, na parte dispositiva, acerca da possibilidade de complementação do tributo, não foi vedado aos Estados a adequação de suas legislações, a fim de possibilitar, de forma absolutamente simétrica e comutativa, tanto a restituição do imposto devido na hipótese da venda ser realizada por valor inferior à base de cálculo presumido, quanto a complementação do tributo caso a venda ocorra por valor superior.

A matéria foi recentemente objeto de deliberação pela Corte Superior no Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 1.097.998:

Agravo regimental no recurso extraordinário. ICMS/ST. Diferença entre o valor efetivamente designado e a quantia presumida do tributo. Complementação. Orientação do RE nº 593.849/MG-RG. Decreto Estadual nº 38.104/96 e do RICMS/96. Violação reflexa.

1. Em respeito à vedação do enriquecimento sem causa, deve-se complementar o ICMS diante da existência de diferença entre o valor do tributo designado no momento do cálculo do ICMS/ST e o montante efetivamente praticado na relação jurídica tributária, conforme orientação firmada no julgamento do RE nº 593.849/MG-RG.

2. É incabível, em sede de recurso extraordinário, reexaminar o entendimento do Tribunal de origem acerca da aplicabilidade, no presente feito, do Decreto Estadual nº 38.104/96 e do RICMS/96 para fins de complementação do recolhimento do ICMS em substituição tributária. A ofensa ao texto constitucional seria, caso ocorresse, apenas indireta ou reflexa, o que é insuficiente para amparar o apelo extremo.



3. *Agravo regimental não provido.*

4. *Majoração da verba honorária em valor equivalente a 10% (dez por cento) do total daquela já fixada (art. 85, §§ 2º, 3º e 11, do CPC), observada a eventual concessão do benefício da gratuidade da justiça.*¹⁵

Tal solução privilegia os valores de equidade e isonomia, que são pressupostos de justiça do sistema tributário como um todo.

CONCLUSÕES

A substituição tributária, em si, é instituto hoje consagrado na legislação tributária brasileira, pelas vantagens decorrentes em termos de eficiência e praticabilidade da tributação, pela simplificação de rotinas e comodidade de arrecadação e, na modalidade progressiva, permite significativa antecipação de receitas.

Nos casos de atividades econômicas integrantes da chamada “economia informal”, a substituição tributária adquire o caráter de medida cautelar, por ser a única forma de tornar efetiva a tributação.

O Supremo Tribunal Federal pacificou, ainda no final da década de 90, a constitucionalidade – então questionada, do instituto da substituição tributária em si.

Recentemente, no julgamento do RE 593.849/MG, afetado ao regime de repercussão geral, o Supremo Tribunal Federal, alterou o precedente que adotara no julgamento da ADIn 1851-4/AL, fixando a tese de que “é devida a restituição de diferença do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços – ICMS pago a mais no regime de substituição tributária para frente se a base de cálculo efetiva da operação for inferior à presumida” (tema 201).

Embora não mencionado expressamente na tese fixada, é permitido aos Estados exigir do substituído tributário a

¹⁵ 2ª. Turma, Rel. Min. Dias Toffoli, julgado em 07/08/2018, unânime.



complementação do tributo, quando a operação for realizada por valor superior à base de cálculo presumida, desde que a autorização esteja prevista em lei, em atenção ao princípio da legalidade tributária, como feito pelo Estado do Rio Grande do Sul pela Lei Estadual 15.056/17.

Tal conclusão deriva dos princípios de isonomia, paridade de tratamento, justiça tributária e decorre do próprio “tu quoque”, enquanto subprincípio da boa-fé objetiva.



REFERÊNCIAS

- BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria Geral do Direito Tributário*. 3ª. ed. São Paulo: Lejus, 1998.
- BERLIRI, Antonio. *Principi di diritto tributario*. Milano: Giuffrè, 1957.
- BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Segunda Turma, RE 202.715/SP, Rel. Min. Ilmar Galvão, julgado em 26/10/1999, DJU de 17/12/1999.
- BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno, RE 213.396-5/SP, Rel. Min. Ilmar Galvão, julgado em 02/08/1999, DJU de 01/12/2000.
- BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno, ADIn 1851-4/AL, Rel. Min. Ilmar Galvão, julgado em 08/05/2000. DJU de 22/11/2002, com republicação em 13/12/2002.
- BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno, RE 593.849/MG, Rel. Min. Edson Fachin, julgado em 19/10/2016. DJE de 31/03/2017.
- BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno, ADIn 2.675-5/PE, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 19/10/2016. DJE de 30/06/2017.



- BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno, ADIn 2.777-8/SP, Rel. Min. Cezar Peluso, julgado em 19/10/2016, DJE de 30/06/2017.
- BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Segunda Turma, AG. REG. no RE 1.097.998, Rel. Min. Dias Toffoli, julgado em 07/08/2018.
- DIFINI, Luiz Felipe Silveira. *Manual de Direito Tributário*. 4ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- FALCÃO, Amílcar (de Araújo). *Introdução do direito tributário*. 4. ed., atualizada por Flávio Bauer Novelli, Rio de Janeiro: Forense, 1993.
- OLIVEIRA, José Moraes Domingues de. *Direito tributário. Capacidade contributiva. Conteúdo e eficácia do princípio*. 2ª. ed., Rio de Janeiro, Renovar, 1998.
- RIBEIRO, Antônio de Pádua. *Substituição tributária para frente*. Revista do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, Brasília, vol. 1, nº 3, dez, 1997, pp. 105-110.
- MENEZES CORDEIRO, Antonio Manuel Rocha e. *Da Boa Fé no Direito Civil*. 2ª., reimpressão, Lisboa: Almedina, 2001.
- SANCHES, José Luis Saldanha. *A quantificação da obrigação tributária: deveres de cooperação, auto avaliação e avaliação administrativa*. 2ª. ed., Lisboa: Lex, 2000.
- TIPKE, Klaus e Lang, Joachim. *Direito Tributário*. Tradução de Luis Dória Furquim, Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, ed., 2008.
- TREMONTI, Giulio. *Imposizione e definitività nel diritto tributario*. Milano, Giuffrè, 1977.



OPEN BANKING: TRINÔMIO PORTABILIDADE – INTEROPERABILIDADE – PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS NO ÂMBITO DO SISTEMA FINANCEIRO

Manoel Gustavo Neubarth Trindade¹

Sumário: I – Introdução; II – O Recrudescimento da Importância dos Dados na Economia de Plataforma; III – Poder de Mercado e Acirramento da Assimetria Informacional por Meio do Controle de Dados na Economia de Plataforma; IV – Open Banking: Trinômio Portabilidade-Interoperabilidade-Proteção de Dados Pessoais; V – Ponderações acerca da Regulação do Open Banking no Brasil; VI – Conclusões; VII – Referências Bibliográficas

Palavras-Chave: *Open Banking*. Proteção de Dados. Sistema Financeiro. Trinômio Portabilidade-Interoperabilidade-Proteção de Dados Pessoais. Análise Econômica do Direito.

I – INTRODUÇÃO

¹ Pós-Doutorado na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Doutor em Direito (UFRGS). Mestre em Direito (UFRGS). Especialista em Processo Civil (UFRGS). Professor Permanente do Mestrado Profissional em Direito da Empresa e dos Negócios da UNISINOS. Coordenador e Professor do Pós-LLM em Proteção de Dados da UNISINOS. Coordenador e Professor do LLM em Direito dos Negócios da UNISINOS. Coordenador e Professor da Especialização em Direito dos Contratos e da Responsabilidade Civil da UNISINOS. Professor da Graduação em Direito UNISINOS Porto Alegre LES (*Law, Economics and Society*) e da Graduação em Direito da UNISINOS São Leopoldo. Foi Presidente e atualmente é Diretor Científico do Instituto de Direito e Economia do Rio Grande do Sul – IDERS. Foi Diretor da Associação Brasileira de Direito e Economia – ABDE. Foi Vice-Presidente da Comissão Especial de Energia, Mercado de Capitais e Infraestrutura da OAB/RS. Fundador do Grupo de Estudos em Direito e Economia da OAB/RS. Advogado e Economista.



Diante do novo paradigma da Economia de Plataforma em que a sociedade hoje se encontra, os dados e especialmente os dados pessoais passam a ter uma relevância nunca vista. Não é por outra razão o surgimento de movimentos, em todo o mundo, no sentido de buscar a sua proteção, muito embora nem sempre totalmente conscientes dos efetivos motivos que, ainda que de forma intuitiva, efetivamente os propulsionam.

Assim, buscar-se-á aqui evidenciar os motivos que tornam os dados e sobretudo os dados pessoais cada vez mais importantes, notadamente, neste artigo, no âmbito do sistema financeiro. Compreendido isso, faz-se muito mais claro entender o *Open Banking*, que, em síntese, consubstancia-se na imposição legal e mais especificamente regulatória setorial pela qual as instituições financeiras devem permitir a portabilidade, assim como a interoperabilidade dos seus sistemas, assegurando-se a proteção dos dados, isto é, portanto, do trinômio portabilidade-interoperabilidade-proteção de dados pessoais, de modo a que seja preservada e mesmo estimulada a concorrência no mercado financeiro, além da autodeterminação dos seus titulares no âmbito do sistema financeiro.

Importante notar que enquanto se observam os mercados se virtualizarem cada vez mais nesse novo paradigma de Economia de Plataforma (ou de Economia – de Plataforma – Digital), os agentes econômicos, do mesmo modo que os mercados em que estes se inserem, virtualizam-se (até porque compõem os próprios mercados), transformando-se em dados. Não é por outro motivo, como antes já mencionado, que exatamente se observam movimentos no sentido do reconhecimento da importância dos dados e da sua proteção, surgindo diversas iniciativas normativas com tal intento.²

² Aliás, vale dizer que poder-se-á estar a observar o surgimento de um novo ramo do Direito, com objeto de estudo próprio, qual seja, o Direito dos Dados ou o Direito da Proteção de Dados, uma vez que as categorias jurídicas tradicionais, nesses casos, parecem muitas vezes não devidamente dar conta e explicar tal realidade, não



com a redação dada pela Lei n.º 13.853, de 2019. A partir daí, após consulta pública, o Banco Central e o Conselho Monetário Nacional divulgaram a Resolução Conjunta n.º 1, dispondo especificamente sobre o *Open Banking* no Brasil, como será visto com maior minúcia adiante, sendo antes compreendidas as circunstâncias e as razões que o impulsionam, senão vejamos.

II – O RECRUDESCIMENTO DA IMPORTÂNCIA DOS DADOS NA ECONOMIA DE PLATAFORMA

Como já salientado em “*Economia de Plataforma (ou tendência à bursatilização dos mercados): Ponderações Conceituais Distintivas em relação à Economia Compartilhada e à Economia Colaborativa e uma Abordagem de Análise Econômica do Direito dos Ganhos de Eficiência Econômica por meio da Redução Severa dos Custos de Transação*”,⁴ observam-se profundas transformações na conformação dos mercados nos últimos tempos. Nesse sentido, o número de transações e o grau de eficiência econômica alcançam níveis inimagináveis, sendo possível claramente perceber que estamos a passar por uma clara quebra de paradigma.

A facilidade para se transacionar, o surgimento de novos mercados, a segmentação e mesmo as novas conformações de mercados já tradicionais, tudo o que está por proporcionar maior escala e eficiência econômica, além da inquestionável globalização que acaba por romper os limites dos mercados antes existentes, inclusive geográficos, evidenciam que algo está a ocorrer e que perpassa todas estas modificações. Aliás, daí a se falar no

de 2019.

⁴ TRINDADE, Manoel Gustavo Neubarth Trindade. *Economia de Plataforma (ou tendência à bursatilização dos mercados): Ponderações Conceituais Distintivas em relação à Economia Compartilhada e à Economia Colaborativa e uma Abordagem de Análise Econômica do Direito dos Ganhos de Eficiência Econômica por meio da Redução Severa dos Custos de Transação*. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, Ano 6 (2020), n.º 4. Disponível em: <<https://www.cidp.pt/publicacao/revista-juridica-luso-brasileira-ano-6-2020-n-4/209>>. Acesso em: 20 set. 2020.



Nesse sentido, há que se bem diferenciar as inovações tecnológicas, como, por exemplo, as mais recentes e festejadas *blockchain*, *smart contracts*, inteligência artificial, *big data*, *machine learning*, *deep learning*, redes neurais; das novas estruturas dos mercados (incluídos aí os elementos que os compõem, inclusive dos agentes econômicos), as quais, por sua vez, podem

⁵ Inclusive fazendo surgir novos mercados e novas segmentações dos mercados.



ser facilitadas ou mesmo ensejadas por meio dos indigitados avanços tecnológicos, mas que, frise-se, com as tecnologias em si não se confundem.

Justamente, com esses avanços tecnológicos, os mercados estão progressivamente se virtualizando (ou digitalizando). Se antes o paradigma do mercado era um local físico (assim como os agentes econômicos), isso desde os primórdios das organizações sociais advindas do surgimento da agricultura, da pecuária e da instituição da propriedade privada, potencializados pelos fenômenos da divisão do trabalho e da crescente especialização, passando pelo surgimento das feiras junto aos burgos no período medieval até o comércio de rua e dos *shoppings*, a tendência agora é, cada vez mais, a virtualização dos mercados (como também dos próprios agentes econômicos, seja por parte da demanda como da oferta). Em outras palavras, o espaço físico e geográfico (daí, reitera-se, o crescente fenômeno também da desterritorialização) perde importância para o alcance virtual dos agentes econômicos e dos seus ativos transacionáveis, bem como os agentes econômicos estão a se virtualizar, tornando-se dados.

E é nesse contexto tecnológico, com a possibilidade da apresentação de estruturas de mercado diferenciadas – especialmente plataformas - que se permite sejam não só formados mercados com maior número de agentes econômicos (e isso, reitera-se, tanto por parte da demanda, quanto da oferta), como um maior número de transações (com celeridade e dinamismo), mas também contratos tanto quanto possíveis padronizados (quicá, em muitos casos, os contratos estão a se tornarem *commodities*), de modo que as pretensões dos agentes econômicos podem ser devidamente comparadas e ordenadas (atendendo de forma evidenciada aos pressupostos das preferências sustentados pela Teoria do Consumidor no âmbito da Microeconomia, quais sejam, completude, reflexividade e transitividade).

Tais estruturas de mercado, inclusive, pelo menos em um



primeiro momento, mais se aproximam da concepção clássica dos mercados, com agentes econômicos atomizados, em que pese, importante desde já salientar, as plataformas em si possam desenvolver grande poder de mercado, como neste trabalho se pretende igualmente evidenciar. Ademais, as barreiras à entrada parecem estar se reduzindo, pelo menos no modo como outrora se apresentavam, porquanto a necessidade de investimentos imobilizados, fixos e mesmo *sunk costs*⁶ parecem se reduzir, embora novas barreiras possam estar surgindo, agora, ressalte-se, pois muito importante, por meio do acesso e controle dos dados, que é o que aqui se sustenta.

Nesse contexto é que se alude à existência da chamada Economia de Plataforma, que nada mais é de que uma nova conformação (ou quiçá não seja propriamente nova, mas que agora se dissemina, em razão de tecnologias que lhe facilitam) das estruturas de mercado, que cada vez mais toma espaço dentro do sistema de mercado, caracterizando-se pela virtualização dos mercados (inseridos aí a virtualização dos agentes econômicos), pela padronização dos contratos e dos termos contratuais, assim como listagem das ofertas, como ocorre, por exemplo, no mercado de bolsa de valores, onde se tem a enumeração⁷ (chamado no jargão próprio dos operadores desse mercado de *book*) de ofertas de compra e venda, permitindo-se ordenar e comparar, em um mesmo local, as possibilidades negociais de acordo com características como preço e quantidade, entre outras, a um custo de transação muito baixo, mesmo próximo de zero, sobretudo no que tange aos custos de pesquisa e negociação.⁸

⁶ Entendidos como investimentos irrecuperáveis, ou custos enterrados.

⁷ Rol, relação, catálogo, índice.

⁸ Para melhor compreender, de forma simplificada e sistematizada, o conceito e espécies de custos de transação, ver TRINDADE, Manoel Gustavo Neubarth Trindade. Economia de Plataforma (ou tendência à bursatilização dos mercados): Ponderações Conceituais Distintivas em relação à Economia Compartilhada e à Economia Colaborativa e uma Abordagem de Análise Econômica do Direito dos Ganhos de Eficiência Econômica por meio da Redução Severa dos Custos de Transação. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, Ano 6 (2020), n.º 4. Disponível em:



Por isso, faz-se referência à Economia de Plataforma ou tendência à bursatilização dos mercados (esse último termo pela semelhança com a estrutura dos mercados bursáteis), pois as ofertas dos agentes econômicos ficam centralizadas em plataformas,⁹ que consubstanciam mercados virtuais, padronizados e ordenados, funcionando muitas vezes ininterruptamente, permitindo comparações e escolhas imediatas. E é justamente aí que está a disrupção, que é a nova tendência de organização ou estruturação dos mercados, ensejadas sobretudo por tecnologias como a *internet*.

Reitera-se, a Economia de Plataforma ou Economia de Plataforma Digital e mesmo Virtual ou, ainda, a Tendência à Bursatilização dos Mercados, consubstancia-se na utilização da Tecnologia da Informação e da Comunicação (TIC) para, em síntese, aproximar oferta e demanda, reduzindo-se severamente os custos de transação. Não se trata de simples inovação tecnológica, mas de um novo modo ou predominância desse tipo de organização nos mercados, bem como da forma como os agentes econômicos se apresentam.

Dessa forma, o verdadeiro novo fenômeno ou tendência que se está a observar é a Economia de Plataforma, ou Economia de Plataforma Digital ou Virtual ou, mesmo, pode-se dizer, a tendência à bursatilização dos mercados, o que, aliás, não deve ser confundido com Economia Compartilhada ou Colaborativa.¹⁰

<<https://www.cidp.pt/publicacao/revista-juridica-lusobrasileira-ano-6-2020-n-4/209>>. Acesso em: 20 set. 2020.

⁹ A depender da opção da plataforma, pode-se ou não utilizar essa possibilidade. Funciona, a bem da verdade, ordenando as preferências e, sobretudo, melhor evidenciando o preço de reserva de cada agente econômico, que é o preço máximo (ou mínimo, no caso da oferta) que o mesmo está disponível a oferecer para realizar a transação.

¹⁰ A distinção entre os conceitos de Economia de Plataforma, Economia Compartilhada e Economia Colaborativa são feitas em TRINDADE, Manoel Gustavo Neubarth Trindade. Economia de Plataforma (ou tendência à bursatilização dos mercados): Ponderações Conceituais Distintivas em relação à Economia Compartilhada e à Economia Colaborativa e uma Abordagem de Análise Econômica do Direito dos Ganhos de Eficiência Econômica por meio da Redução Severa dos Custos de Transação. *Revista*



Nesse ponto, importante ressaltar que a Economia de Plataforma enseja ganhos de eficiência econômica muito elevados, em decorrência da redução especialmente de uma das falhas de mercado, no caso, dos custos de transação, não só permitindo maiores ganhos com as transações convencionais, como também está por ensejar em maior número e mesmo novas transações.

Ocorre, contudo, como sói acontecer com a maioria das mudanças, que nem todos os seus aspectos são potencialmente positivos, já se vislumbrando novos riscos e grandes desafios, que se desenvolvem no campo dos dados e se relacionam com a necessidade de preservação da concorrência, da competição e da autodeterminação.¹¹

III – PODER DE MERCADO E ACIRRAMENTO DA ASSIMETRIA INFORMACIONAL POR MEIO DO CONTROLE DOS DADOS NA ECONOMIA DE PLATAFORMA

Importante desde já salientar que um dos principais aspectos, senão o fundamental, da proteção dos dados pessoais se caracteriza pela busca da preservação da concorrência e da competição nos mercados,¹² bem como da autodeterminação,

Jurídica Luso-Brasileira, Ano 6 (2020), n.º 4. Disponível em: <<https://www.cidp.pt/publicacao/revista-juridica-lusobrasileira-ano-6-2020-n-4/209>>. Acesso em: 20 set. 2020.

¹¹ Em outras palavras, a efetiva autonomia da vontade, que representa o poder de se autogovernar; nas palavras de Emilio Betti (Teoria General del negocio jurídico. Tradução para o espanhol de A. Martín Pérez. Madri: Editorial Revista de Derecho Privado, 1959, p. 43) e Joaquim de Sousa Ribeiro (RIBEIRO, Joaquim de Sousa, O problema do contrato: as cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual. Coimbra: Almedina, 1999, p. 22), a autodeterminação; de acordo com a razão livre do indivíduo. Quanto ao tema, importantíssimo estudo de RODRIGUES JÚNIOR, Otavio Luiz. Autonomia da vontade, autonomia privada e autodeterminação: notas sobre a evolução de um conceito na Modernidade e na Pós-Modernidade. Revista de Informação Legislativa, Brasília, v. 41, n. 163, p. 113-130 jul./set. 2004. Disponível em: <<http://staticsp.atualidadesdodireito.com.br/marcelonovelino/files/2012/10/AUTONOMIA-DA-VONTADE.pdf>>. Acesso em: 29 jan. 2020.

¹² Aqui se refere tanto à concorrência, no sentido da existência de pluralidade de agentes econômicos ofertantes; como também de competição, no sentido de que



inclusive informativa,¹³ visando a que não ocorra comprometimento da eficiência econômica e do bem-estar social (sobretudo dos consumidores), por conta das transformações decorrentes do novo paradigma da Economia de Plataforma, no qual o poder de mercado passa a ser exercido não mais apenas pelo poder econômico-financeiro, mas sim e notadamente pelo poder de controle sobre os dados.¹⁴

Nesse sentido, a relevância econômica e jurídica dos dados já está por demais clara desde o art. 2º da Lei Geral de Proteção de Dados, como se vê sobremodo dos incisos a seguir grafados:

Art. 2º A disciplina da proteção de dados pessoais tem como fundamentos:

I - o respeito à privacidade;

II - a autodeterminação informativa;

III - a liberdade de expressão, de informação, de comunicação e de opinião;

IV - a inviolabilidade da intimidade, da honra e da imagem;

V - o desenvolvimento econômico e tecnológico e a inovação;

VI - a livre iniciativa, a livre concorrência e a defesa do consumidor; e

VII - os direitos humanos, o livre desenvolvimento da personalidade, a dignidade e o exercício da cidadania pelas pessoas naturais.

Assim sendo, avulta-se a relevância dos dados e a justificativa econômica e jurídica de sua proteção, até mesmo porquanto, como já mencionado, os dados revelam aspectos que

efetivamente haja competição entre os ofertantes existentes.

13 Precisando com maestria o conteúdo da Autodeterminação Informativa, Fabiano Menke arremata: “A autodeterminação informativa pretende conceder ao indivíduo o poder, de ele próprio decidir acerca da divulgação e utilização de seus dados pessoais”; In: MENKE, Fabiano. *As origens alemãs e o significado da autodeterminação informativa*. Migalhas, 2020. Disponível em: <<https://migalhas.uol.com.br/coluna/migalhas-de-protecao-de-dados/335735/as-origens-alemas-e-o-significado-da-autodeterminacao-informativa>>. Acesso em 07 maio 2021.

14 Aliás, em tempos de Economia de Plataforma, grande parte dos maiores desafios passa a ser enfrentado pelo Direito Concorrencial, que, assim, urge ser revisitado.



lhes conferem características próprias de ativos com valor econômico, podendo constituir, assim, patrimônio; bem como, por outro lado, apresentam-se como desdobramentos ou elementos da própria personalidade ou mesmo da intimidade e da privacidade; além de poderem consubstanciar, por vezes, o próprio sujeito e titular dos dados.

Dessa forma, fundamental entender, ainda que de forma sucinta, os mecanismos pelos quais se torna possível o surgimento e mesmo a utilização disfuncional do Poder de Mercado a partir do controle dos dados pessoais dos consumidores. Mas não só. A nova Economia de Plataforma parece estar contribuindo para, em alguns casos, agravar também a assimetria informacional existente entre os contratantes, de modo que um possa concentrar grande parte ou quase toda a informação relativamente à contraparte, a partir dos dados a que tem acesso; sendo que essa apenas aquilo que a outra queira lhe divulgar, isto é, pode estar ocorrendo um agravamento do desequilíbrio derivado do problema da informação assimétrica entre partes contratantes, tudo como será visto a seguir.

REDUÇÃO DA CONCORRÊNCIA, DA COMPETIÇÃO E DIMINUIÇÃO DA EFICIÊNCIA ECONÔMICA E DO BEM-ESTAR

Conforme se compreende a partir do estudo da Microeconomia e da perspectiva neoclássica, a existência de competição (no sentido de concorrência) é, em regra, pressuposto para que haja eficiência econômica e maximização do bem-estar do consumidor (e porque não dizer, também, social). A *contrario sensu*, não havendo competição,¹⁵ o produtor ou fornecedor poderá se apropriar de todo o excedente gerado pelas trocas,¹⁶ isto

¹⁵ Com exceção de alguns casos como, por exemplo, diante de um monopólio natural.

¹⁶ Trocas para os Economistas; contratos para os operadores do Direito. Embora não sejam termos biunívocos, é possível dizer que todo contrato é uma troca ou transação econômica, enquanto nem toda troca, operação ou transação econômica seja um



é, não só do excedente do produtor, mas também do consumidor.

Além disso, a existência do monopólio (ou monopsônio) poderá fazer também com que haja o surgimento de peso morto, que consubstancia em ineficiência econômica e redução de bem-estar decorrente da perda dos excedentes apropriados pelos agentes econômicos, gerando perdas para toda a sociedade. Portanto, não havendo concorrência e, na margem, a simples redução da competição, contribuem no sentido de gerar ineficiência econômicas, reduzindo-se o bem-estar social e, sobretudo, dos consumidores.

DISCRIMINAÇÃO DE PREÇOS

Mas não é só o poder de mercado derivado do monopólio, do monopsônio e de suas figuras afins que podem comprometer o funcionamento dos mercados e mesmo alterar a percepção dos excedentes pelo consumidor. Nos casos em que uma das partes, em uma relação de mercado, consegue descobrir o preço de reserva da outra (o máximo que um agente econômico está disposto a pagar por um determinado bem), ela poderá praticar aquilo que é chamado, na Microeconomia, de Discriminação de Preços, ou seja, cobrar o preço máximo (na Discriminação Perfeita) que cada um dos consumidores está disposto a pagar pelo bem que se pretende transacionar, de modo a extrair, assim, excedente (quicá todo) do consumidor. Tal prática, aliás, de certo modo, no que tange à apropriação do excedente do consumidor, aproxima-se do comportamento monopolista.

Inarredável salientar, então, que a prática de discriminação de preços consiste, em síntese, em vender um mesmo produto ou serviço por preços diferentes para cada um dos consumidores; na realidade, cobrando-se o máximo que cada um esteja disposto a pagar, a depender da capacidade econômica, das

contrato. Por exemplo, em que pese uma troca que encerra um objeto ilícito seja uma transação econômica, ela não é contrato, o qual, por sua vez, exigiria objeto lícito.

Inserido ao protocolo **17.711.187-2** por: **3º Sgt. Qpmg 1-0 Helio Jorge Parana Vieira** em: 04/06/2021 14:16. As assinaturas deste documento são de: **3º Sarg. Qpmg 1-0 Kateryn Priscylla da C. do Carmo** em: 04/06/2021 14:17. Endereço: <https://www.e-proto.org.br/07/2021/4/validarAssinatura> com o código: **6a30095610e9c0ef5cc877c0123ed21c**.



tais indevidos comportamentos, como parece ocorrer, quiçá, com algumas políticas atualmente muito comuns de descontos, as quais, na realidade, podem importar em discriminação de preços, como em farmácias, lojas de departamentos e cupons de descontos, ainda mais diante da existência de algoritmos computacionais preditivos, da utilização de *Big Data*, da Inteligência Artificial, de *Machine Learning*, de *Deep Learning* e das redes neurais, entre outras novas tecnologias.

Imperioso ressaltar que, de qualquer forma, as práticas anticompetitivas, como limitar, falsear e cercear a competição nos mercados por meio da coleta de dados, substituindo os agentes econômicos concorrentes, são absolutamente vedadas, como se observa claramente do art. 36 da Lei n.º 12.529.

Deste modo, resta mais clara a portabilidade, interoperabilidade e a proteção da autodeterminação, inclusive informativa, como medidas de defesa da concorrência, da competição, da eficiência econômica e do bem-estar e, exatamente com esse objetivo e no contexto do sistema financeiro, o *Open Banking*, enquanto compartilhamento padronizado de dados e serviços por meio da abertura e integração de sistemas (API's – *Application Programing Interface*), determinando-se o desenvolvendo de sistemas integrados, que facilitam o controle e transferência, de forma segura, de informações de dados, de históricos, de contas e valores, de empréstimos e todo o tipo de produto e serviço oferecido pelas instituições financeiras.

SWITCHING BARRIERS E SWITCHING COSTS

Em tradução livre, barreiras à mudança ou troca (*switching barriers*) e custos da troca (*switching costs*), tais termos são utilizados na Microeconomia e definidos, em síntese, como os custos econômicos e psicológicos¹⁸ de se mudar de uma alternativa assumida previamente para uma nova,

¹⁸ Nesse ponto, a *Behavioral Law Economics* pode também muito auxiliar.



consubstanciando-se em desvantagens e mesmo despesas que os consumidores incorrem ao efetivar tais mudanças, representando, assim, desestímulo às trocas.

Por conseguinte, as *switching barriers* ou os *switching costs* restam por desincentivar ou mesmo impedir que os consumidores troquem de fornecedores ou prestadores de serviços, de modo a contribuir para reduzir a competição e a concorrência nos mercados e, no que aqui interessa, especialmente quanto às plataformas, às redes e, mais especificamente, às instituições financeiras, pelo que justamente o *Open Banking* se engendra como instrumento destinado a mitigar tal problema, na medida em que facilita tais mudanças por parte dos consumidores, reduzindo as fricções (nesse ponto, aliás, igualmente podem se consubstanciar em custos de transação, os quais também buscam ser mitigados pelo *Open Banking*) e prejuízos decorrentes das eventuais trocas de fornecedores e prestadores de serviços, consagrando, aliás, a liberdade de escolha e a autodeterminação, inclusive, como já reiterado, informativa.

ASSIMETRIA INFORMACIONAL NA ECONOMIA DE PLATAFORMA

A assimetria informacional ou informação assimétrica pode ser explanada como os problemas que ocorrem em situações de interação nas quais uma das partes possui maior quantidade de informações a respeito dos bens ou interesses que pretendam se transacionar ou a respeito das condutas (comportamentos) que cada um dos contratantes irá efetivamente apresentar, sendo impossível ou muito custoso verificar a real qualidade dos bens ou interesses pertencentes à outra parte, ou mesmo monitorar o seu desempenho, permitindo que uma das partes possa se valer desta circunstância para obter vantagens indevidamente às custas da outra.

Obviamente que dessa sucinta conceituação decorrem



diversos subconceitos e espécies que derivam desta mesma origem, isto é, da informação assimétrica. Nessa esteira, há que ainda se registrar o conceito de informação privada, que são os dados ou o conhecimento que apenas uma das partes detém. Tal ou tais informações podem assumir este caráter por diversas razões, como, por exemplo, em decorrência de conhecimentos técnicos, profissionais, experiências pessoais, características naturais e, mesmo, por força do mero acaso, entre outras fontes.

Nesse ponto, saliente-se que muitas vezes o desequilíbrio informacional advém de investimentos da parte detentora de maior conhecimento, tornado claro, obviamente, que não é a simples assimetria informacional digna de reprovação, mas sim quando tal circunstância é utilizada para que um dos contratantes obtenha, indevida e inadvertidamente, vantagens às custas do outro. Isso também pode ser considerado ocorrer quando o acesso, controle, tratamento e operação de dados pessoais se dá sem o consentimento de seu titular, quando necessário para tanto.

Assim sendo, compreende-se a informação assimétrica como sendo gênero, do qual se ramificam duas espécies, quais sejam, Seleção Adversa e Risco Moral (*Moral Hazard*), sendo que, mais especificamente no âmbito dos contratos, entende-se que a Seleção Adversa ocorre na fase pré-contratual, tratando-se de problemas de informação oculta (*hidden information*), sendo que o Risco Moral surge na fase do cumprimento contratual, sendo referente a problemas de ação oculta (*hidden action*).

Ocorre que no paradigma de Economia de Plataforma em que a sociedade se encontra, com acentuada frequência uma das partes, sobretudo os desenvolvedores e operadores das plataformas, acabam por controlar todos os dados, tornando ainda mais possível o surgimento e mesmo a exacerbação de tal circunstância ou problema. Portanto, em razão



disso, desse desequilíbrio informacional quanto às características e preferências das partes, incluídas as suas elasticidades, com maior probabilidade e intensidade podem ocorrer os efeitos nefastos da assimetria informacional.

TRANSFORMAÇÕES E RECRUDESCIMENTO DO DIREITO CONCORRENCIAL

Aliás, tais circunstâncias acima apontadas estão a desafiar de forma totalmente nova o Direito Concorrencial, haja vista que o poder de mercado pode surgir de modo muito mais sutil e complexo do que outrora, como, por exemplo, por meio da utilização dos dados obtidos por meio das plataformas, ensejando que os agentes econômicos, *v. g.*, descubram, como antes mencionado, além da capacidade econômica e financeira, as preferências dos consumidores, facilitando a discriminação de preços e, assim, reduzindo a competição; e mesmo a criação de mercados monopolistas ou monopsonistas, com evidente concentração.

Outrossim, é possível que sejam desenvolvidas práticas anticoncorrenciais, como, por exemplo, quando as plataformas, ao servirem, em um primeiro momento ou simultaneamente, apenas como “lugar de mercado” (*market place*) para ofertantes e demandantes, ao coletarem dados e assim se apropriarem, portanto, de informações quanto ao comportamento e preferências dos agentes econômicos, e não só da demanda, como também da oferta, passam posteriormente a concorrer ou mesmo substituir a própria oferta (inclusive poderia ocorrer, em tese, pelo lado da demanda, nas hipóteses do desenvolvimento de comportamento monopsonista), e com maior vantagem.

Para tornar a ideia mais clara, pode-se tomar como algo semelhante ao que é observado com a plataforma Netflix, de *streaming*, que inicialmente se propunha a disponibilizar, basicamente, filmes e documentários de estúdios e produtores



diversos, terceiros, sendo que, ora, cada vez mais, oferece produções próprias, com a vantagem de conhecer as preferências dos seus usuários.

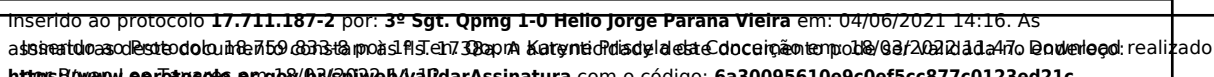
Nesse sentido, não só o Direito Concorrencial terá que se reinventar, mas diversos outros ramos do Direito. A própria temática da Proteção de Dados é mais um claro sinal nesse sentido. De qualquer forma, todas ou quase todas as áreas do Direito estão sendo severamente atingidas e deverão ser revisitadas, mesmo áreas mais tradicionais, como o Direito dos Contratos, o Direito Empresarial, o Direito Administrativo, o Direito do Consumidor, o Direito Tributário, a Propriedade Intelectual, a resolução de disputas, entre tantas outras,¹⁹ sem falar que, diante dessas novas realidades, especialmente da Economia de Plataforma, cada vez mais as temáticas jurídicas se sobrepõem.²⁰

IV – OPEN BANKING: TRINÔMIO PORTABILIDADE-INTEROPERABILIDADE-PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS

Open Banking, em tradução livre e literal, significa “banco aberto”, sendo que tal medida busca que os dados pessoais e as informações financeiras estejam disponíveis de modo que possam ser direcionadas, de forma segura, para onde os seus titulares escolherem. Nesse ponto, importante reiterar que tal concepção já está inserida dentro da lógica da Lei Geral de Proteção de Dados brasileira (LGPD), pela qual é assegurada a

¹⁹ Inclusive o Direito do Trabalho. Nesse sentido, TRINDADE, Manoel Gustavo Neubarth; SOUZA, Maique Barbosa de. Relações de Trabalho e Emprego em Tempos de Economia de Plataforma: novos paradigmas para o Direito do Trabalho. *Revista de Direito da Empresa e dos Negócios*. V. 4 n. 2 (2020). Disponível em: <<http://revistas.unisinos.br/index.php/rden/issue/view/893>> Acesso em: 28 abril 2021.

²⁰ TRINDADE, Manoel Gustavo Neubarth Trindade. Economia de Plataforma (ou tendência à bursatilização dos mercados): Ponderações Conceituais Distintivas em relação à Economia Compartilhada e à Economia Colaborativa e uma Abordagem de Análise Econômica do Direito dos Ganhos de Eficiência Econômica por meio da Redução Severa dos Custos de Transação. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, Ano 6 (2020), n.º 4. Disponível em: <<https://www.cidp.pt/publicacao/revista-juridica-luso-brasileira-ano-6-2020-n-4/209>>. Acesso em: 07 set. 2020.





interajam com os dados bancários dos clientes contidos em outras instituições, podendo inclusive realizar transações financeiras. A convergência das tecnologias permite, assim, fluidez dos dados, de modo que os clientes passem a ser efetivamente titulares dos seus dados, e não mais as instituições que os controlam e operam. Evidentemente, essa iniciativa permite maior segmentação, com a possibilidade de personalização dos serviços, tornando o mercado financeiro mais competitivo.

Quanto aos objetivos do *Open Banking* no Brasil, conforme a Norma instituidora, importante ressaltar o incentivo à inovação, à promoção da concorrência, o aumento da eficiência do Sistema Financeiro Nacional e do Sistema de Pagamentos Brasileiro, além de promover a cidadania financeira.

Quanto aos princípios regentes do *Open Banking*, a Resolução Conjunta n.º 1 é clara ao determinar que as instituições financeiras, instituições de pagamento e demais instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil, para fins do cumprimento dos objetivos perseguidos, conforme acima elencado, devem conduzir suas atividades com ética e responsabilidade, seguindo os princípios da transparência; da segurança e privacidade de dados e de informações sobre serviços compartilhados no âmbito da indigitada Resolução; da qualidade dos dados; do tratamento não discriminatório; da reciprocidade; e da interoperabilidade.

Diante desse quadro, possível constatar claramente a presença do trinômio Portabilidade-Interoperabilidade-Proteção de dados pessoais nas iniciativas de *Open Banking* no Brasil, à semelhança do que ocorre no contexto global, porquanto visam a ensejar tanto a portabilidade aos titulares, de modo a garantir livre escolha quanto ao destino, acesso, tratamento e controle dos seus dados; bem como a interoperabilidade dos sistemas das instituições financeiras e assemelhados, uma vez que isso se constitui pressuposto para que seja efetivamente garantida a portabilidade; e, por fim, não há como se olvidar a necessidade de que



seja aprofundada a proteção de dados nesse contexto, uma vez que, por conta das duas primeiras exigências, aumentam-se justamente tais riscos, isto é, possível até mesmo intuir potencial e aparente contradição entre as duas primeiras premissas (Portabilidade e Interoperabilidade) e à terceira (Proteção), em que pese, a bem da verdade, todas se complementam e se reforçam, constituindo pressupostos ou requisitos para a viabilidade da iniciativa de abertura do sistema financeiro.

Exatamente, assim, aliás, somente assim, garantindo-se a portabilidade, a interoperabilidade e a proteção dos dados, que realmente será possível ensejar ambiente em que os titulares tenham efetiva autodeterminação, inclusive informativa, de modo a estimular a concorrência e a competição no mercado financeiro *lato sensu*; evitando-se igualmente a ocorrência de condutas anticompetitivas e práticas que se assemelham ao comportamento monopolista ou monopsonista (como a discriminação de preços) e mesmo a concentração, além de propiciar maior eficiência econômica e bem-estar social.

V – PONDERAÇÕES ACERCA DA REGULAÇÃO DO OPEN BANKING NO BRASIL

Por meio da Resolução Conjunta n.º 1, de 4 de maio de 2020, o Banco Central do Brasil e o Conselho Monetário Nacional instituíram a implementação do Sistema Financeiro Aberto, ou, como mais conhecido, *Open Banking*, por parte de instituições financeiras, instituições de pagamento e demais instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil.

De acordo com a referida Resolução, considera-se *Open Banking* o compartilhamento padronizado de dados e serviços por meio de abertura e integração de sistemas, sendo considerados clientes quaisquer pessoas naturais ou jurídicas, exceto as instituições referidas no art. 1º da mesma Norma, que mantenham relacionamento destinado à prestação de serviço



financeiro ou à realização de operação financeira com as instituições de que trata a Resolução Conjunta, inclusive para a realização de transação de pagamento.

As instituições transmissoras de dados, por sua vez, são aqueles participantes que compartilham os dados com as instituições receptoras. Já as instituições receptoras de dados são aqueles participantes que apresentam solicitação de compartilhamento à instituição transmissoras de dados para recepção dos dados.

As instituições detentoras de conta são os participantes que mantêm conta de depósitos à vista ou de poupança ou conta de pagamento pré-paga de clientes. As instituições iniciadoras de transação de pagamento são os participantes que prestam serviços de iniciação de transação de pagamento sem deter em momento algum os fundos transferidos na prestação do serviço.

Os serviços de iniciação de transação de pagamento são os que possibilitam a iniciação da instrução de uma transação de pagamento, ordenado pelo cliente, relativamente a uma conta de depósitos ou de pagamento pré-paga.

A chamada de interface é a requisição de dados e de serviços apresentada pela instituição receptora de dados ou iniciadora de transação de pagamento à instituição transmissora de dados ou detentora de conta.

Assinatura de método é a identificação única de cada método, que consiste na definição do nome do método, bem como dos parâmetros de entrada e saída em uma função de programação.

Transações de pagamento sucessivas são os pagamentos realizados entre os mesmos pagadores e recebedores de acordo com uma periodicidade, decorrentes de um mesmo negócio jurídico ou relação jurídica. A agregação de dados, por fim, é a consolidação de dados compartilhados com a finalidade de prestar serviços aos seus clientes.

Obviamente, tudo a depender do consentimento,



Importa dizer que, de qualquer modo, desde os anos 2000, o Brasil passa por uma reestruturação no seu sistema bancário, por meio do uso de novas tecnologias. A nova configuração global de difusão de informação impulsionou a criação de cinco principais normas interligadas com a regulamentação do

²⁴ Um grande avanço digno de nota é o sistema PIX, que trouxe ganhos de eficiência econômica gigantescos por meio da redução dos custos de transação para a realização de transferência de valores e pagamentos no Brasil, sendo que tal iniciativa e tecnologia foi desenvolvida pelo Banco Central do Brasil, haja vista que não haveriam incentivos para que os agentes econômicos privados viessem a desenvolver, de forma isolada e individual, um sistema interoperável com tal finalidade, o qual inclusive reduz o poder de mercado dos principais players. Assim, diante da inexistência de incentivos para os agentes econômicos desenvolverem tais avanços socialmente desejáveis, bem como considerando que os custos de coordenação, a priori, revelavam-se proibitivos, a iniciativa do Banco Central contribuiu e muito para a melhoria do Sistema Financeiro e para os ganhos concorrenciais no respectivo setor. Impacto semelhante se espera ocorrer com o Open Banking.



*Open Banking.*²⁵

Nesse sentido, antes da crise mundial de 2008 (*Subprime*), foram criadas a Lei Complementar n.º 105/2001 e a Resolução n.º 3401/06 do Conselho Monetário Nacional. A Lei Complementar, conhecida como Lei do Sigilo das Operações Bancárias, determinou que os dados bancários fossem compartilhados somente mediante autorização direta e explícita dos clientes. Já a Resolução permitiu expressamente que o cliente pudesse disponibilizar suas informações cadastrais a terceiros, desde que por ele devidamente autorizado.

Após a crise financeira do *Subprime*, a qual obrigou os bancos centrais de diversos países a intervir na economia, a fim de prover liquidez ao sistema bancário, foram criadas, no Brasil, resoluções que disseminaram, em parte, o controle do capital dos bancos. Assim, podemos citar as Resoluções n.º 4.292/13, n.º 4.649/18 e n.º 4.656/18, todas do Banco Central do Brasil.

A Resolução n.º 4.292/13, denominada Lei da Portabilidade Bancária - Conta Salário, estabeleceu aos consumidores o direito de optar, com maior liberdade e facilidade, e com menor burocracia, pelo recebimento dos seus respectivos proventos na instituição financeira de sua preferência. A Resolução n.º 4.649/18, por seu turno, dispôs sobre a prestação de serviços a instituições de pagamento, como TED e DOC. A norma proibiu aos bancos limitar ou impedir o acesso de instituições de pagamentos a diferentes tipos de operações bancárias, com o claro objetivo de estimular a concorrência no sistema financeiro nacional. Por fim, a mais recente, a Resolução n.º 4.656/18, que regulamentou as *fintechs* no País. A principal mudança com a entrada em vigor desta norma é que as *fintechs* não mais

²⁵ TRINDADE, Manoel Gustavo Neubarth Trindade; FORNARI, Maria Eduarda. *Open Banking: Portabilidade de Dados e Interoperabilidade como Pressupostos para a Concorrência e Alcance de Eficiência Econômica no Sistema Financeiro*. Academia.edu. Disponível em: <https://www.academia.edu/48857601/Open_Banking_Portabilidade_e_Interoperabilidade_Concorr%C3%Aancia_Efici%C3%Aancia_Econ%C3%B4mica_Sistema_Financeiro>. Acesso em: 09 maio 2021.

necessitam se associar diretamente a instituições financeiras para poderem operar, de modo a também incentivar a competitividade no mercado e o uso mais efetivo das novas tecnologias.²⁶

Oportuno registrar que, em novembro de 2019, o Banco Central do Brasil abriu a primeira consulta pública sobre o *Open Banking*, com prazo até janeiro de 2020, com o objetivo de obter opiniões e avaliar propostas normativas para a implementação do Sistema Financeiro Aberto.

Nesse sentido, em menos de 6 meses após a consulta disponibilizada, o Banco Central do Brasil, juntamente com o Conselho Monetário Nacional, em maio de 2020, regulamentou o serviço no País, em 04 de maio de 2020, por meio da aprovação da Resolução Conjunta n.º 1, definindo a forma de implementação do *Open Banking* no Brasil, aprovando as respectivas regras, cronograma e as etapas desse processo.

O processo de implementação, que previa como início a data de 30 de novembro de 2020 e com perspectiva de conclusão para outubro de 2021, foi prorrogado, sendo que a Resolução Conjunta n.º 2/2020, estabeleceu novos prazos para a implementação do Sistema Financeiro Aberto, tendo como início 01 de fevereiro de 2021, com previsão de conclusão para 15 de dezembro do mesmo ano. As 4 fases de implementação, compreendidas no período de 12 meses, foram mantidas.

A primeira fase, iniciada em 01 de fevereiro de 2021, é a que permite o acesso do público aos dados das instituições participantes, no que tange a canais de atendimento, serviços relacionados às contas correntes ou poupanças e operações de crédito e aos serviços oferecidos de forma geral. Nessa etapa, não

²⁶ TRINDADE, Manoel Gustavo Neubarth Trindade; FORNARI, Maria Eduarda. *Open Banking: Portabilidade de Dados e Interoperabilidade como Pressupostos para a Concorrência e Alcance de Eficiência Econômica no Sistema Financeiro*. Academia.edu. Disponível em: <https://www.academia.edu/48857601/Open_Banking_Portabilidade_e_Interoperabilidade_Concorr%C3%Aancia_Efici%C3%Aancia_Econ%C3%B4mica_Sistema_Financeiro>. Acesso em: de maio de 2021.



há compartilhamento de dados de clientes.

Já no segundo momento de implementação, previsto para 15 de julho de 2021, a chamada Fase 2, é quando se inicia, de fato, o compartilhamento de informações de cadastro de clientes aderentes ao serviço com as instituições participantes do sistema, bem como os dados de transações dos clientes acerca dos serviços mencionados na Fase 1. Cumpre salientar que esse compartilhamento de dados somente ocorrerá com a autorização do cliente.

A Fase 3, aguardada para 30 de agosto de 2021, permite o compartilhamento do serviço de iniciação de transação de pagamento entre instituições participantes, bem como do serviço de encaminhamento de proposta de operação crédito entre instituições financeiras e correspondentes. Nessa Etapa, os clientes poderão compartilhar o histórico de informações financeiras e terão acesso a serviços, como pagamentos e propostas de crédito, por exemplo, por meio de aplicativos de mensagens.²⁷

O último estágio da implementação do *Open Banking*, a Fase 4, com início previsto para 15 de dezembro de 2021, passa a incluir os serviços como operações de câmbio, investimentos, seguros e previdência complementar aberta.

Desse modo, como é possível perceber, a regulamentação do *Open Banking* no Brasil é de extrema importância para o País, pois permite criar um ambiente propício para a colaboração e difusão entre as instituições bancárias e *fintechs*, criando sinergia para o surgimento de novas soluções e tecnologias no mercado financeiro.

No entanto, cumpre lembrar que o Banco Central e o Conselho Monetário Nacional devem trabalhar em conjunto

²⁷ TRINDADE, Manoel Gustavo Neubarth Trindade; FORNARI, Maria Eduarda. *Open Banking: Portabilidade de Dados e Interoperabilidade como Pressupostos para a Concorrência e Alcance de Eficiência Econômica no Sistema Financeiro*. Academia.edu. Disponível em: <https://www.academia.edu/48857601/Open_Banking_Portabilidade_e_Interoperabilidade_Concorr%C3%A2ncia_Efici%C3%A2ncia_Econ%C3%B4mica_Sistema_Financeiro>. Acesso em: 09 maio 2021.

com as instituições participantes, lançando campanhas esclarecedoras e de divulgação para que o serviço tenha aprovação e interesse por parte dos clientes, trazendo segurança para que se venha a obter altos índices de aderência.²⁸

Ponto final que merece destaque e ora se reitera é a crescente relevância que a regulação setorial vem granjeando, como é notadamente o caso e que se afigura justamente característica dos novos parâmetros regulatórios,²⁹ pelos quais se vislumbra progressiva e justamente a normatização via regulação setorial, uma vez que o processo legislativo ordinário vem se revelando de certa forma anacrônico para tais realidades, as quais tão celeremente se desenvolvem e se transmutam, além de muitas vezes serem altamente complexas do ponto de vista tecnológico,³⁰ demandando especialistas inclusive para as atividades normativas e regulatórias.

VI – CONCLUSÕES

A partir do exposto, evidencia-se a importância do trinômio Portabilidade-Interoperabilidade-Proteção de dados

²⁸ TRINDADE, Manoel Gustavo Neubarth Trindade; FORNARI, Maria Eduarda. *Open Banking: Portabilidade de Dados e Interoperabilidade como Pressupostos para a Concorrência e Alcance de Eficiência Econômica no Sistema Financeiro*. Academia.edu. Disponível em: < https://www.academia.edu/48857601/Open_Banking_Portabilidade_e_Interoperabilidade_Concorr%C3%A2ncia_Efici%C3%A2ncia_Econ%C3%B4mica_Sistema_Financeiro>. Acesso em: 09 de maio de 2021.

²⁹ Para uma melhor compreensão dos novos parâmetros regulatórios, ver págs. 2006 a 2011 de TRINDADE, Manoel Gustavo Neubarth Trindade. *Economia de Plataforma (ou tendência à bursatilização dos mercados): Ponderações Conceituais Distintivas em relação à Economia Compartilhada e à Economia Colaborativa e uma Abordagem de Análise Econômica do Direito dos Ganhos de Eficiência Econômica por meio da Redução Severa dos Custos de Transação*. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, Ano 6 (2020), n.º 4. Disponível em: <<https://www.cidp.pt/publicacao/revista-juridica-luso-brasileira-ano-6-2020-n-4/209>>. Acesso em: 07 set. 2020.

³⁰ MELNYCHENKO, S.; VOLOSOVYCH, S.; BARANIUK, Y. *Dominant ideas of Financial Technologies in Digital Banking*. *Baltic Journal of Economic Studies*, v. 6, p. 92-99, 2020. Disponível em: <<http://www.baltijapublishing.lv/index.php/issue/article/view/771>>. Acesso em: 29 de abril de 2021.



pessoais para a definição e mesmo para a consecução dos objetivos do *Open Banking*, esses os quais justamente se consubstanciam no estímulo à concorrência, à competição e, até mesmo por isso e para isso, da autodeterminação, inclusive informativa; pelo que, aliás, não há como se olvidar o escopo de se mitigar a assimetria informacional e também os custos de transação, tudo igualmente com vistas a se alcançar as proposições da medida em análise.

Nesse sentido, ademais, importante compreender que não é apenas o objetivo de se incentivar à concorrência, no sentido de impedir concentração; mas da mesma forma fomentar à competição, no sentido de impedir, por exemplo, práticas anti-competitivas como a discriminação de preços; tudo de modo a ensejar maior eficiência economia e bem-estar social, sobretudo por parte dos consumidores, no âmbito do sistema financeiro.

Diante do claro movimento de digitalização e modernização do sistema financeiro no mundo e também no Brasil, fenômeno que é inexorável e se insere dentro do paradigma de Economia de Plataforma em que a sociedade mundial já se encontra, observa-se importante janela de oportunidade, ainda mais no Brasil, onde há grande concentração bancária e das mais altas de juros existentes.

Assim, o *Open Banking* surge com o potencial de modificar de forma muito vigorosa e positiva tal cenário, por conta da potencial ainda maior disseminação das chamadas *fintechs*,³¹ contribuindo e muito para a cultura da inovação. E, nesse sentido, crescendo-se e se inserindo no contexto da Lei Geral de Proteção de Dados, o *Open Banking* enseja aos consumidores maior controle e poder (autodeterminação) sobre os seus dados,

³¹ Aliás, como vem ocorrendo mundialmente, sendo que a regulação setorial apresenta papel de destaque nesse intento, como muito bem se observem em: ANAGNOSTO-PULOS, Ioannis. Fintech and regtech: Impact on regulators and banks. *Journal of Economics and Business*, v. 100, p. 7-25, nov-dez. 2018. Disponível em: <<https://www.sciencedirect.com/science/article/abs/pii/S014861951730142X>>. Acesso em: 30 abril 2020.

os quais são, quicá, os principais ativos no contexto da Economia de Plataforma, visando a garantir portabilidade, interoperabilidade e proteção entre os sistemas utilizados pelos diversos agentes e instituições financeiras, de modo a oportunizar e mesmo estimular a concorrência no sistema financeiro, sendo esperados, assim, ganhos de eficiência econômica e bem-estar social, pelo que a compreensão das premissas aqui abordadas se revelam imprescindível.



VII – REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ANAGNOSTOPULOS, Ioannis. Fintech and regtech: Impact on regulators and banks. *Journal of Economics and Business*, v. 100, p. 7-25, nov-dez. 2018. Disponível em: <<https://www.sciencedirect.com/science/article/abs/pii/S014861951730142X>>. Acesso em: 30 abril 2020.
- BANCO CENTRAL DO BRASIL. Notícias. Maio, 2020. Disponível em: <<https://www.bcb.gov.br/detalhenoticia/448/noticia>>. Acesso em: 07 maio 2021.
- BETTI, Emilio. *Teoria General del negocio jurídico*. Tradução para o espanhol de A. Martin Perez. Madri: Editorial Revista de Derecho Privado, 1959.
- COLOMBO, Cristiano. Corpo eletrônico e tutela jurídica. *Direito & TI – Debates Contemporâneos*. Porto Alegre, novembro de 2015. Disponível em: <http://direitoeti.com.br/artigos/corpo-eletronico-e-tutela-juridica/#_edn23>. Acesso em: 26 abril 2021.
- MELNYCHENKO, S.; VOLOSOVYCH, S.; BARANIUK, Y. *Dominant ideas of Financial Technologies in Digital Banking*. *Baltic Journal of Economic Studies*, v. 6, p. 92-



99, 2020. Disponível em: <<http://www.baltijapublishing.lv/index.php/issue/article/view/771>>. Acesso em: 29 abril 2021.

MENKE, Fabiano. *As origens alemãs e o significado da autodeterminação informativa*. Migalhas, 2020. Disponível em: <<https://migalhas.uol.com.br/coluna/migalhas-de-protecao-de-dados/335735/as-origensalemas-e-o-significado-da-autodeterminacaoinformativa>>. Acesso em: 07 maio 2021.

RIBEIRO, Joaquim de Sousa, *O problema do contrato: as cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual*. Coimbra: Almedina, 1999.

RODOTÀ, Stefano. *Intervista su privacy e libertà*. Roma-Bari: Editori Laterza, 2005.

RODRIGUES JÚNIOR, Otavio Luiz. Autonomia da vontade, autonomia privada e autodeterminação: notas sobre a evolução de um conceito na Modernidade e na Pós-Modernidade. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 41, n. 163, p. 113-130 jul./set. 2004. Disponível em: <<http://staticsp.atualidadesdodireito.com.br/marcelonovelino/files/2012/10/AUTONOMIA-DA-VONTADE.pdf>>. Acesso em: 29 jan. 2020.

TRINDADE, Manoel Gustavo Neubarth Trindade. Economia de Plataforma (ou tendência à bursatilização dos mercados): Ponderações Conceituais Distintivas em relação à Economia Compartilhada e à Economia Colaborativa e uma Abordagem de Análise Econômica do Direito dos Ganhos de Eficiência Econômica por meio da Redução Severa dos Custos de Transação. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, Ano 6 (2020), n.º 4. Disponível em: <<https://www.cidp.pt/publicacao/revista-juridica-luso-brasileira-ano-6-2020-n-4/209>>. Acesso em: 07 set. 2020.

TRINDADE, Manoel Gustavo Neubarth; SOUZA, Maique



Barbosa de. Relações de Trabalho e Emprego em Tempos de Economia de Plataforma: novos paradigmas para o Direito do Trabalho. *Revista de Direito da Empresa e dos Negócios*. V. 4 n. 2 (2020). Disponível em: <<http://revistas.unisinos.br/index.php/rden/issue/view/893>> Acesso em: 28 abril 2021.

TRINDADE, Manoel Gustavo Neubarth Trindade; FORNARI, Maria Eduarda. *Open Banking: Portabilidade de Dados e Interoperabilidade como Pressupostos para a Concorrência e Alcance de Eficiência Econômica no Sistema Financeiro*. Academia.edu, 2021. Disponível em: <https://www.academia.edu/48857601/Open_Banking_Portabilidade_e_Interoperabilidade_Concorr%C3%Aancia_Efici%C3%Aancia_Econ%C3%B4mica_Sistema_Financeiro>. Acesso em: 09 maio 2021.

TRINDADE, Manoel Gustavo Neubarth; VEIRA, Márcio dos Santos. Criptoativos: conceito, classificação, regulação jurídica no Brasil e ponderações a partir do prisma da Análise Econômica do Direito. In: *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, Ano 6 (2020), n.º 6, p. 867-928. Disponível em: <https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2020/6/2020_06_0867_0928.pdf>. Acesso em: 28 dez. 2020.



ACESSO À JUSTIÇA: O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA NA DEFESA DOS DIREITOS DOS REFUGIADOS NO BRASIL

Marcelo Negri Soares¹

Jéssica Ribeiro de Castro²

Resumo: Atualmente o mundo vive-se a maior crise humanitária da história, vez que já se alcançou o número de 70,8 milhões de refugiados. Neste cenário, os países estão sendo marcados pelo recebimento de grande número de pessoas. Dentre os países que se destacam no acolhimento de refugiados está o Brasil, por possuir legislação que outorga ampla garantia de direitos a este grupo. Dentre os mais importantes direitos está acesso à justiça, já que por meio dele os indivíduos conseguem ter tutelados todos os demais direitos, sobretudo àqueles inerentes à dignidade da pessoa humana. Assim, por meio do método hipotético-dedutivo, busca-se analisar se o direito ao acesso à justiça está sendo garantido aos refugiados ou se há necessidade de adoção novas medidas para a concretização. Conclui-se que a maior dificuldade enfrentada pelos refugiados é o idioma. Ainda, que este mesmo problema se tornou um abismo ao acesso à justiça, especialmente no exercício do *jus postulandi* dos juízos especiais e no sistema multiportas de solução de conflitos. Por fim, concluiu-se que há necessidade de alteração na legislação vigente, com a inclusão da disponibilização de intérpretes, de defensores públicos bem como o uso de inteligência artificial de tradução

¹Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, PUC, São Paulo, (Brasil). Pós-Doutor pela Universidade Nove de Julho – São Paulo e também pela USP – Universidade de São Paulo. Professor do PPGCJ da Universidade Cesumar – UNICESUMAR, Mestrado e Doutorado Unicesumar (Maringá-PR).

²Mestranda Ciências Jurídicas pelo Unicesumar (Maringá-PR). Pós-graduanda em Processo Civil pela Faculdade Maringá (Maringá-PR).



automática para que o acesso à justiça seja efetivo a todos.

Palavras-Chave: refugiados; acesso à justiça; efetividade.

Abstract: Currently, the world is living the greatest humanitarian crisis in history, because there are more than 70,8 million refugees. In this scenario, countries are marked by receiving a large number of people. Brazil stands out in receiving these flows of people, because it has legislation that offers ample guarantee of rights for this group. Among the most important rights is access to justice, because through it individuals are able to protect all other rights, including those inherent in the dignity of the human person. Through the hypothetical-deductive method, seeks to analyze whether the right to access to justice is being guaranteed for the refugees or if exists the need adoption of new measures to achieve for the realization. It is concluded that the greatest difficulty faced by refugees is the language. Yet, this problem has become an abyss to access to justice, especially in the exercise of *jus postulandi* of the special pleas courts and the multi-port conflict resolution system. Lastly, it was found that there is a need to change the current legislation for include availability of interpreters, public defenders and using artificial intelligence machine translation so that access to justice is effective for all.

Keywords: refugees; access to justice; efficiency

1 INTRODUÇÃO



tualmente o mundo vive a maior crise humanitária da história, pois o número de refugiados já atingiu mais de 70,8 milhões de pessoas em busca de um recomeço fora de seu país de origem.

Dentre os países que se destacam no recebimento e acolhimento destes grupos, está o Brasil, que já



recebeu pedidos de refúgio de 94 diferentes nacionalidades. Isso ocorre, pois, o Brasil é referência em âmbito internacional, por sua política de fronteiras abertas e por sua legislação estender aos estrangeiros grande parte dos direitos garantidos aos nacionais, o que faz com esses grupos, que tiveram seus direitos como cidadãos e dignidade violados, busquem neste país refúgio e tutela de seus direitos.

Um dos principais direitos garantidos aos estrangeiros, em igualdade aos nacionais, destaca-se o direito ao acesso à justiça, disposto na Constituição Federal de 1988 e por meio da Lei n. 13.445/2017, Lei de Migrações. Isso porque é por meio dele que o indivíduo pode buscar a tutela dos demais direitos. Deste modo, o direito ao acesso à justiça caminha de forma conjunta com o direito da dignidade da pessoa humana e deve se adaptar as constantes mudanças ocorridas na sociedade.

Neste contexto, embora a lei garanta este direito aos estrangeiros, necessário se faz repensar se o direito ao acesso à justiça possui eficácia ou se há óbices na garantia deste aos refugiados. Assim, levantam-se algumas indagações sobre o tema: qual a principal dificuldade enfrentada pelos refugiados após a chegada ao Brasil? Essas dificuldades refletem no acesso à justiça? Sistemas como o multiportas de solução de conflitos e o *jus postulandi* previsto na Lei n. 9.099/1995, podem ser aplicados aos migrantes em igualdade de condições aos nacionais? Se não efetivos, quais seriam as alternativas para garantir a proteção integral de direitos deste grupo por meio do acesso à justiça?

Assim, no presente artigo, a partir de uma metodologia hipotético-dedutiva em pesquisas realizadas em periódicos, base de dados nacionais e internacionais e na legislação brasileira, busca-se discutir a real situação do acesso à justiça aos refugiados no Brasil, se este se concretiza através dos mecanismos já existentes ou se vivenciamos uma omissão de direitos àqueles que já chegaram ao país com seus direitos e dignidade violados.



1 AS RECENTES ONDAS MIGRATÓRIAS PARA O BRASIL

O Alto Comissário das Nações Unidas para refugiados, por meio do relatório Tendências Globais publicado em 2018, registrou que atualmente tem-se mais de 70,8 milhões de refugiados no mundo (ACNAUR, 2018, *online*). Destes dados, identifica-se que o mundo vive na maior crise humanitária de sua história, a qual superou os números de vítimas que fugiram das atrocidades praticadas durante holocausto na Segunda Guerra Mundial.

As informações extraídas do último relatório da ACNAUR demonstram que do total de números de refugiados, mais de dois terços são oriundos de cinco países, Síria, Afeganistão, África do Sul, Myanmar e Venezuela, também, que o número de refugiados venezuelanos tem crescido significativamente, se comparado com outras nacionalidades que solicitam o refúgio. Ainda, os dados revelam que Turquia, Paquistão, a Uganda, o Sudão e a Alemanha são os países que mais recebem refugiados no mundo (ACNAUR, 2018, *online*).

Embora existam poucos refugiados de origem brasileira, o Brasil é um grande receptor destes migrantes forçados. Insta destacar que a recepção de migrantes (forçados e voluntários), não é atual, pois a história do Brasil se confunde com a chegada de estrangeiros, que se iniciou com a colonização e perdura até os dias atuais (MARINUCCI, MILESI, 2002, *online*).

De acordo com a pesquisa realizada pelo CONARE – Comitê Nacional para Refugiados, o Brasil já recebeu pedidos de refúgio de 94 diferentes nacionalidades. Dentre os países que mais exportam refugiados para o Brasil estão a Venezuela, Senegal, Haiti, Síria, Angola, Cuba e República Democrática do Congo. (CONARE, 2020, *online*).

Contudo, o número mais expressivo de pedidos de refúgios é promovido por Venezuelanos, que representam 69,85%



Com isso, identifica-se que o fenômeno das migrações forçadas está afetando vários países com a chegada dos grandes fluxos de pessoas, buscando recomeço fora de seu país de origem para terem seus direitos tutelados, sobretudo àqueles inerentes a dignidade da pessoa humana. Em destaque, tem-se o Brasil que, ao adotar a política de fronteiras abertas no recebimento destes grandes fluxos, passou a apresentar maior diversidade cultural e social, com a chegada dos novos cidadãos brasileiros.

As migrações sempre estiveram presentes na vida do ser humano desde os primórdios da civilização. Estes movimentos originaram todas as nacionalidades e construíram a identidade de cada nação ao longo dos tempos. (BATISTA, 2009, p. 68).

A doutrina difere o instituto da migração em migrações voluntárias e migrações involuntárias. A primeira espécie ocorre quando o indivíduo, motivado por sua própria vontade, decide se deslocar para outro país. Este deslocamento pode ocorrer em busca de novas oportunidades de emprego, motivado por relacionamentos, para estudos e outros motivos nos quais não há intervenção de fatores externos. Já os migrantes involuntários, também denominados de forçados, os quais são objeto deste trabalho, são todos os indivíduos que, por forças alheias ao seu desejo, vontade ou interesse, são obrigados a deixarem seu local de moradia atual. (PEREIRA, 2019, p. 68).



Embora os conceitos sejam comumente tratados como sinônimos, sua diferenciação possui grande relevância, na medida em que sua homogeneização pode influenciar no enfraquecimento da proteção já conquistada pelos migrantes forçados, banalizando o conceito de refugiado.

Ainda que as migrações forçadas consistam em ocorrências recorrentes ao longo história, o tema ganhou amplitude a partir do século XX, com as guerras e o crescente número de pessoas deslocadas de seus países de origem, em busca de segurança e novas possibilidades de vida.

Com a Primeira Guerra Mundial e com a criação da Liga das Nações, fundada para negociar acordo de paz entre os países, passou-se a pensar na responsabilidade internacional diante das consequências das guerras, já que mesmo após o fim dos conflitos, o número de deslocados ainda era alto, sobretudo aqueles que fugiram da situação política e econômica ocorrida na União das Repúblicas Socialistas Soviéticas, mais especificamente dos conflitos entre a Revolução Bolchevique e a Frente anti-bolchevique. Inicialmente, a única assistência aos refugiados era promovida pela Cruz Vermelha. Entretanto, com o aumento de indivíduos em busca de proteção, a instituição buscou auxílio da Liga das Nações, para enfrentar a crise pós-guerra. Assim, em 1921 foi criado pela ONU o Alto Comissário para Refugiados Russos, surgindo a classificação que temos atualmente de refugiados e inaugurando a proteção internacional deste grupo. Posteriormente, em 1927, diante da demanda de pedidos de refugiados de outros países, o Primeiro Alto Comissário passou a atender outras nacionalidades. Contudo, com a eclosão da Segunda Guerra Mundial, o enfraquecimento da Liga das Nações e a alta ocorrida com a nova guerra, a manutenção do Alto Comissário se tornou inviável, o que motivou sua extinção oficialmente em 1946 (JUBILUT, 2007, p. 73-74).

Com as atrocidades advindas da Segunda Guerra Mundial, especialmente durante o Holocausto, a preocupação com os

direitos humanos tornou-se preocupação dos países na esfera internacional, o que deu ensejo a criação da Organização das Nações Unidas (ONU), em 1945 e da Declaração Universal dos Direitos Humanos em 1948, como alternativa de se estabelecer um pacto na busca da paz mundial entre as nações (ACNAUR, 2020, *online*; ARAUJO; BARICHELLO, 2014, p. 121-122).

Além disso, diante do grande número de refugiados, sobretudo oriundos da Europa, fez-se necessário repensar o cenário dos deslocados fugitivos da guerra, já que desde a extinção do Primeiro Alto Comissário, estes estavam desprovidos de qualquer proteção legal ou institucional. Na época, estava-se diante de situação preocupante, vez que o número de pessoas deslocadas havia ampliado significativamente e os questionamentos sobre o que fazer com os denominados por José Henrique Fischel de Andrade como o "milhão restante" era assunto de debate na ONU (ANDRADE, 2005, p. 63).

Com isso, criou-se Organização Internacional para os Refugiados (OIR) em 1946, a qual foi posteriormente sucedida pelo Alto Comissário das Nações Unidas para Refugiados, a ACNAUR, em 1950 (ACNAUR, 2020, *online*).

A regulamentação legal no âmbito internacional foi instituída pela Convenção de Genebra Relativa ao Estatuto dos Refugiados em 1951, a qual reconheceu o caráter social e humanitário do problema dos refugiados e estabeleceu regras para promover a colaboração entre os países na proteção deste grupo, definindo como refugiados todas as vítimas de guerras ocorridas antes de 1º de janeiro de 1951, que:

- 2) (...) temendo ser perseguida por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas, se encontra fora do país de sua nacionalidade e que não pode ou, em virtude desse temor, não quer valer-se da proteção desse país, ou que, se não tem nacionalidade e se encontra fora do país no qual tinha sua residência habitual em consequência de tais acontecimentos, não pode ou, devido ao referido temor, não quer voltar a ele.

Entretanto, com a emergência de novas situações



geradoras de conflitos surgidas na década de 1960, especialmente decorrentes dos movimentos de descolonização ocorridos na África e Ásia, tornou-se necessário delinear novos contornos para incluir os fluxos de refugiados que surgiam, com o objetivo de integrá-los na proteção legal estabelecida pela Convenção de 1951, uma vez que não estavam atrelados ao contexto da II Guerra Mundial. Com isso, foi estabelecido o Protocolo de 1967, o qual excluiu-os limites de datas e de espaço geográfico para definir os refugiados (ACNAUR, 2020, *online*; FERMENTÃO; JACOMELLI, 2020, p.686).

Além disso, durante décadas surgiram tratados internacionais também com o objetivo de proteção dos refugiados, como a Declaração de Cartagena, com o intuito de reforçar as políticas públicas para a proteção de refugiados no continente americano. O tratado possui grande relevância histórica na medida em que ampliou o conceito de refugiados. Este documento acrescentou questões individuais já previstas na Convenção de 1951 às situações coletivas que também mereciam proteção, incluindo situações de geral e grave violação de direitos humanos para fins de reconhecer o status de refugiado ao indivíduo (FERMENTÃO; JACOMELLI, 2020, p.683; SOARES, 2012, p.52).

Atualmente, 148 estados (três quartos das nações do mundo) são signatários da Convenção e/ou do Protocolo de 1967. Contudo, ainda há regiões do mundo que não ratificaram a previsão internacional que estabelece o compromisso para proteção das pessoas e grupos em situação de refúgio, como países localizados no Sul e Sudoeste da Ásia e no Oriente Médio (ACNAUR, 2019, *online*).

O Brasil tornou-se signatário da Convenção de 1951 e do protocolo de 1967. Além disso, também faz parte do compromisso firmado pela Declaração de Cartagena. Segundo Luiz Paulo Teles Ferreira Barreto e Renato Zerbini Ribeiro Leão, o espírito de Cartagena foi gradualmente inserido na legislação Brasileira, o que o tornou país destaque em âmbito internacional,



pela legislação interna de proteção de refugiados (BARRETO; LEÃO, 2002, p. 45).

A garantia destes direitos se inicia a partir do texto constitucional, no qual se identifica a garantia de direitos como bem-estar de todos, vedação de preconceitos por origem, raça, sexo, cor e quaisquer outras formas de discriminação. Também descreve entre seus fundamentos a dignidade da pessoa humana. Ainda, impõe a igualdade entre brasileiros e estrangeiros direitos como inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, à justiça, na forma do disposto no artigo 5º e seus incisos.

Além disso, destaca-se que a Lei 9.474 de 1997, que define mecanismos para a implementação do Estatuto dos Refugiados de 1951 e a Lei 13.445 de 2017, denominada de Lei das Migrações, *que estabelece princípios e diretrizes para as políticas públicas para o emigrante.*

Em que pese o longo caminho histórico no desenvolvimento dos direitos e da relevância do direito brasileiro na proteção e promoção do bem-estar dos refugiados no país, a preocupação quanto a efetivação dos direitos deste grupo em igual condições aos brasileiros, na forma que preconiza a Constituição Federal ainda é atual, na medida em que o número de refugiados no mundo e no Brasil é crescente.

Dentre os direitos essenciais garantidos a este grupo, coloca-se em destaque o direito ao cesso à justiça.

3 ACESSO À JUSTIÇA COMO PRINCÍPIO FUNDAMENTAL ESSENCIAL A TUTELA DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana consiste em princípio fundamental na Constituição Federal Brasileira. Esta norma-princípio irradia e imanta os sistemas de normas jurídicas, norteados o Estado Democrático de Direito



Brasileiro (CAVALCANTE, CAVALCANTE JUNIOR, 2017, *online*).

Para Claudete Carvalho Canezin e José Sebastião de Oliveira, este princípio consiste no núcleo essencial dos direitos fundamentais, sendo premissa de todos os Estados tidos como democráticos, além deste princípio ser essencial à formação da personalidade humana. (CANEZIN; OLIVEIRA, 2007, p.152).

No mesmo sentido, Ingo Wolfgang Sarlet pondera que:

[...] temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que asseguram a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humano.(SARLET, 2007, p.62).

Certamente seu conteúdo é elemento basilar na implementação de garantias fundamentais. Deste modo, sua interpretação deve trazer abrangência capaz de impor obrigações ao Estado brasileiro na criação de instrumentos suficientes para efetivação dos direitos fundamentais.

Destacam-se aqueles relacionados à garantia do mínimo existencial, sendo este composto por disposições básicas que uma pessoa necessita para viver em sociedade. Para Thadeu Weber estes direitos não visam apenas garantir a sobrevivência física, mas devem garantir o desenvolvimento da personalidade como um todo (WEBER, 2013, p. 200).

Neste contexto, os direitos relacionados ao mínimo existencial, não devem ser taxativos, mas devem acompanhar a evolução das sociedades e as novas necessidades que se revelam com o tempo.

Assim, sob a perspectiva da efetividade do princípio da dignidade humana, o direito ao acesso à justiça possui status de



direito fundamental, previsto no art. 5, XXXV, da Constituição Federal, o qual dispõe que a *lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito*. Ana Paula Barcellos o classifica como um dos componentes do mínimo existencial, demonstrando a relevância do acesso à justiça no ordenamento jurídico (BARCELLOS, 2011, 341).

Importante colocar em destaque que o princípio de acesso à justiça, tem grande relevância internacional, pois possui previsão na Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, e, ainda, no Pacto San José da Costa Rica de 1969, que dispõe em seu art. 25 que:

Toda pessoa tem direito a um recurso simples e rápido ou a qualquer outro recurso efetivo, perante os juízes ou tribunais competentes, que a proteja contra atos que violem seus direitos fundamentais reconhecidos pela constituição, pela lei ou pela presente Convenção, mesmo quando tal violação seja cometida por pessoas que estejam atuando no exercício de suas funções oficiais.

Além de sua notoriedade na proteção internacional, dentre os direitos fundamentais brasileiros, pode ser considerado um dos principais direitos assegurado pela Constituição Federal de 1988, tendo em vista que é pelo alcance da jurisdição que o indivíduo faz ser reconhecidos demais direitos.

Destaca-se que este direito é garantido legalmente a todos no país, aos nacionais e estrangeiros, conforme preconiza a Constituição Federal, no art. 5º, inciso XXXV, bem como a Lei 13.445/2017 (Lei de Migração), no artigo 4º, inciso IX:

Art. 4º Ao migrante é garantida no território nacional, em condição de igualdade com os nacionais, a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, bem como são assegurados:

IX - amplo acesso à justiça e à assistência jurídica integral gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos;

Para Mauro Cappelletti e Bryant Garth embora conceituar a expressão "acesso à justiça" seja tarefa difícil, ela consiste no meio pela qual *as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado*. Os autores



descrevem que em primeiro plano, deve ser observado o acesso a todos ao poder judiciário, e, por conseguinte, por meio deste acesso devem ser garantidos resultados que sejam individuais e totalmente justos. (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 8).

Portanto, o acesso à justiça não se limita ao mero acesso ao poder judiciário, sob o aspecto formal, trata-se de conceito mais amplo, no qual se busca a entrega de direitos ao litigante de forma efetiva.

Cappelletti e Garth afirmam que a entrega deste direito deve observar uma variedade de reformas, as quais incluem alterações nos procedimentos, na estrutura de tribunais e na criação de outros novos. Ainda, mencionam que a atuação de pessoas leigas e paraprofissionais se tornam relevante na facilitação e solução dos litígios, além da criação de métodos alternativos, com procedimentos mais simples e julgadores mais informais, como o juízo arbitral, conciliação e os incentivos econômicos. (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 70).

José Santos Bedaque ensina que o judiciário deve garantir um *efetivo acesso à ordem jurídica justa*, para tanto, deve colocar à disposição dos jurisdicionados mecanismos destinados a satisfação do direito:

Muito mais do que prever mera formulação de pedido ao Poder Judiciário, a Constituição da República garante a todos o efetivo acesso à ordem jurídica justa, ou seja, coloca à disposição de todas as pessoas mecanismo destinado a proporcionar a satisfação do direito. Não basta, pois, assegurar abstratamente o direito de ação a todos aqueles que pretendam valer-se do processo. É necessário garantir o acesso efetivo à tutela jurisdicional, por parte de quem dela necessita. Acesso à justiça ou, mais propriamente, acesso à ordem jurídica justa significa proporcionar a todos, sem qualquer restrição, o direito de pleitear a tutela jurisdicional do Estado e de ter à disposição o meio constitucionalmente previsto para alcançar esse resultado. Ninguém pode ser privado do devido processo legal, ou melhor, do devido processo constitucional. (BEDAQUE, 1999, p. 151).

Neste contexto, é necessário deixar de lado um judiciário rígido em suas formas e da cultura da sentença, para dar espaço



ao Judiciário abrangente no respeito ao devido processo legal em seu aspecto adjetivo e substantivo (SOARES; CARABELLI, 2019, p. 52), que possibilite não só o litígio, mas também outras formas de solução dos conflitos, como o sistema multiportas e o exercício do *jus postulandi* trazido pela Lei dos Juizados Especiais.

Contudo, não são poucas as limitações que a entrega deste direito apresenta como, por exemplo, a privação econômica dos litigantes, a falta de informação e os entresus processuais do próprio sistema jurídico (FREITAS, 2019, p. 105). Essas dificuldades tomam maior amplitude, quando as partes envolvem pessoas mais vulneráveis.

Assim, na efetivação do direito ao acesso à justiça trazido por Cappelletti e Garth, as alterações no sistema judiciário devem ser constantes.

Neste ínterim, diante do cenário de recepção de grandes fluxos de refugiados que saem de seus países de origem na busca da efetivação de seus direitos, e a relevância da garantia do acesso à justiça para todos, questiona-se se a este grupo está é garantida a integral proteção de direitos ou se presencia omissão destes direitos da personalidade ao privá-los do acesso à justiça, especialmente no sistema multiportas de solução de conflitos e no exercício do *jus postulandi*, promovido pelos juizados especiais.

4 O ACESSO À JUSTIÇA NO SISTEMA MULTIORTAS E NO EXERCÍCIO DO JUS POSTULANDI DOS JUIZADOS ESPECIAIS AOS REFUGIADO E O OBSTÁCULO DO IDIOMA A SER SUPERADO

Segundo o IPEA - Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, o idioma é a maior das dificuldades enfrentadas pelos refugiados no Brasil. Dentre os idiomas mais falados por este



grupo está o árabe, inglês, francês, espanhol e o Lingala³ (IPEA, 2017, *online*).

Conforme exposto, que a partir da chegada ao país, os refugiados e demais migrantes possuem igualdade de direitos aos nacionais, sobretudo ao direito à justiça. Contudo, diante da dificuldade apresentada com a ausência de fluidez ao idioma nacional brasileiro, este acesso torna-se ineficaz. Isso ocorre, pois, cada vez mais se tem as partes como protagonista nas demandas judiciais como ocorre nos juizados especiais no exercício do *jus postulandi* e no agora no posto em evidência sistema multiportas de solução de conflitos.

4.1 O *JUS POSTULANDI* NOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS E O ABISMO LINGUÍSTICO NA EXPRESSÃO DOS DIREITOS

A criação dos juizados especiais trouxe ao sistema judiciário brasileiro novos contornos, pois outorgou a possibilidade daqueles que não possuem condições financeiras de pagar custas e honorários advocatícios, de demandar gratuitamente e sem o auxílio de profissional habilitado, através do *jus postulandi*.

Segundo Angelita Maria Lemos Kortzbein, Giovani de Lima e Jaidette Farias Klug, os juizados especiais consistem na afirmação de uma plena cidadania no país, sob a perspectiva que o Estado moderno deve ser um Estado Social de Direito. (KLUG; LIMA; KORTZBEIN, 2017, p.305).

Para Cândido Dinamarco a instituição dos juizados especiais seguiu uma das ondas renovatórias do processo civil moderno apontada por Cappelletti e Garth, ao oferecer uma justiça informal, mais participativa, célere e amplamente acessível.

³O lingala é uma das línguas bantas, sendo o idioma materno de mais de 10 milhões de pessoas na região noroeste da República Democrática do Congo e em uma grande parte da República do Congo. Além disso, serve como língua franca em toda a extensão do território do primeiro país e goza também de certa importância em partes de Angola e da República Centro-Africana



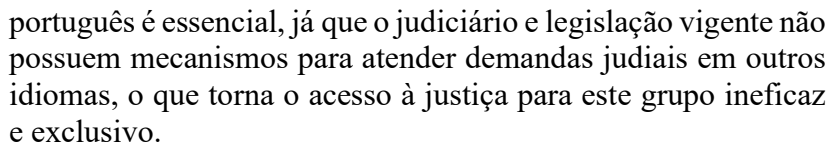
Este modelo previsto constitucionalmente no artigo 98, inciso I, democratizou o acesso à justiça em causas de baixo valor, na medida em que possibilita que todos tenham acesso a demandas judiciais, vez que acabou com o obstáculo financeiro a um grande número de processos, outorgando efetividade ao direito social fundamental do acesso à justiça.

Atualmente, este sistema é regido pela Lei 9.099/1995, sob a luz dos princípios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade. Além disso, prioriza a conciliação ou transação nos processos judiciais. Todos esses princípios foram previstos na legislação dos juizados especiais, sob a perspectiva da autorização do *jus postulandi* pelas próprias partes do processo, o que demanda menor complexidade aos processos para se tornar acessível.

Assim, a parte no exercício do *jus postulandi* pode iniciar processo judicial ou dele se defender, pessoalmente e sem o auxílio do advogado. Ainda, pode participar de audiência de conciliação na busca de promover resolução de conflitos por meio da autocomposição. Neste cenário, nota-se que a parte demandante passou a ter maior autonomia e protagonismo no processo judicial na defesa de seus interesses e direitos.

Contudo, embora a Lei 9.099/1995 tenha com o objetivo a democratização do acesso à justiça para todos os cidadãos, pensar em um acesso à justiça de forma ampla, demanda muito mais que o poder de estar em juízo de forma gratuita, bem como dar a parte autonomia processual para se desvincular da obrigatoriedade do advogado, é necessário que o processo seja efetivo e justo, bem como que passível de ser aplicado a todos aqueles que necessitam defender seus direitos por meio de demandas judiciais, de forma irrestrita e isonômica.

Deste modo, nota-se que o abismo linguístico existente entre os refugiados e o acesso à justiça, pois o exercício do *jus postulandi* dos juizados especiais, compreender o idioma



Outra dificuldade encontrada por aqueles que não possuem fluência no idioma português é o acesso ao sistema multiportas. Este sistema se caracteriza por ser uma ferramenta que dispõe de várias formas de resolução de conflitos, como mediação, conciliação, negociação, justiça restaurativa, bem como a tradicional demanda perante o poder Judiciário (GEIEBLER; SERRER, 2020, p.180).

Importante mencionar que embora o CPC de 2015 tenha posto em evidência este sistema multiportas, esses meios de solução de conflitos não são novidades no ordenamento brasileiro, já que a resolução consensual compõe um dos princípios norteadores dos juizados especiais e já era previsto no CPC de 1973. A novidade se revela, pois, o atual código processualista se tornou um impulso decisivo na implementação destas novas técnicas, tirando do papel a resolução consensual de conflitos já prevista pelo CPC de 1973. Portanto, trouxe enfoque na preocupação de dar efetividade na resolução destes conflitos.(LESSA NETO, 2015, p.2).

Certamente o modelo multiportas foi criado para trazer ao judiciário um modelo democrático e participativo, tendo em vista que possibilita às partes maior autonomia na resolução de seus conflitos, através do diálogo.

Com isso, embora a lei garanta o acesso à justiça a todos, aos refugiados, o sistema multiportas torna-se ineficaz, na medida em que, para que a resolução alternativa de conflitos seja

efetiva, é imprescindível a fluidez no idioma português. Contudo, este grupo não pode aguardar a familiarização com o idioma nacional para ter atendido seu direito ao acesso à justiça e com ele a tutela de todos os direitos que a legislação lhe garante em igualdade de direitos aos nacionais. Em razão disso, torna-se urgente a adoção de meios para eliminar a barreira linguística e promover a proteção integral deste grupo que há tempos vive com seus direitos e dignidade violados.

5 POSSÍVEIS SOLUÇÕES PARA O DEVIDO ACESSO À JUSTIÇA EM BENEFÍCIO DE REFUGIADOS NO SISTEMA MULTIORTAS E NO *JUS POSTULANDI* DOS JUIZADOS ESPECIAIS E NOTAS DE *LEGE FERENDA*

Tem-se como um dos deveres de o Estado promover, divulgar e fornecer os meios necessários para a resolução de conflitos. Neste contexto, cumpre ao Estado, diante das novas necessidades que surgem atualizar meios de promover o acesso integral ao poder judiciário (LESSA NETO, 2017, p.3).

No sistema multiportas, o diálogo entre as partes é ponto central para a solução de conflitos, portanto, a tradução torna-se imprescindível em demandas que envolvem refugiados não fluentes no idioma português.

Uma das alternativas na superação da barreira do idioma no sistema multiportas é a contratação de intérpretes *ad hoc* para auxiliar no diálogo entre os profissionais e as partes, na promoção da resolução destes conflitos.

Contudo, a solução mais rápida e eficiente seria a inclusão das novas tecnologias para promover a tradução automática nas audiências. Tan Lee descreve este instrumento como uma tecnologia que converte um discurso oral de uma língua para outra, possibilitando a comunicação entre pessoas de diferentes línguas, por meio de um *software* que congrega reconhecimento automático de fala, tradução automática e síntese de voz. (TAN,



2015, p. 621). O uso desta tecnologia já é implantada em muitos cenários, como conferências internacionais (LIU; LIU; QIN; REN; TAN; ZHANG, 2019, *online*).

Com a inclusão desta tecnologia no judiciário, as partes terão autonomia para debater e discutir seus direitos, independentemente do idioma de origem e da não fluidez no idioma nacional.

Outro obstáculo apontado ao acesso à justiça aos refugiados é o acesso ao *jus postulandi* dos juizados especiais, o qual também deve ser superado. Nota-se que para este grupo, demandar e se defender pessoalmente sem o auxílio do advogado é inviável, devido barreira do idioma.

Deste modo, como alternativa de solução desta problemática, sugere-se a promoção da assistência por meio dos defensores públicos e a nomeação de tradutores intérpretes para atuarem em defesa dos direitos destes grupos, como forma de manter a acessibilidade apresentada na Lei 9.099/1993.

Neste cenário, no qual mudanças devem ser promovidas como medida de inclusão dos refugiados, necessária a alteração da legislação para promover a inclusão de estrangeiros que não fluentes em português ao sistema judiciário em defesa de seus direitos.

Assim, sugere-se a alteração na Lei 9.099/1995 para a inclusão do art. 9-A, com a seguinte redação:

Art.9-A Nas causas envolvendo estrangeiros não fluentes na língua portuguesa será obrigatória a assistência de profissional habilitado.

§1º O Estado promoverá a assistência profissional por meio da defensoria pública e de intérpretes para assessorar os migrantes nos processos em que este não estiver representado por advogado constituído.

Neste mesmo sentido, sugere-se a inclusão do inciso IV e V no art. 162 da Lei 13.015/2015, Código de Processo Civil:

Art. 162. O juiz nomeará intérprete ou tradutor quando necessário para:

IV - Realizar a interpretação simultânea nos processos em que



envolvam partes estrangeiras não fluentes em português.

V - A tradução simultânea também poderá ser realizada por meio de mecanismos tecnológicos de tradução automática.

Com a adoção das medidas apontadas, a barreira do idioma será superada outorgando aos refugiados proteção integral de seus direitos ao promover de forma isonômica o acesso à justiça, através da inclusão das novas tecnologias e profissionais capacitados para o auxílio da tutela dos direitos deste grupo, tornando efetivo o acesso à justiça e todos direitos a eles garantidos, sobretudo os inerentes à dignidade da pessoa humana.

6 CONCLUSÃO

Conclui-se que a história do Brasil é marcada pela chegada de migrantes. Ainda, que a chegada destes está cada vez mais presente, diante do ingresso no país dos grandes fluxos de refugiados, causada pela maior crise humanitária da história. Essas pessoas buscam recomeço em outros países, pois vivem diante da grande violação de seus direitos em seus países de origem, sendo o refúgio a única alternativa na busca de uma vida com dignidade.

Evidenciou-se que dentre a evolução dos direitos dos refugiados, o Brasil se destaca por possuir uma legislação ampla na tutela dos direitos deste grupo, se tornando modelo para os outros países.

Contudo, pode-se concluir que a garantia dos direitos deste grupo é lacunosa no ordenamento jurídico brasileiro. Isso ocorre, pois, o direito ao acesso à justiça, que pode ser considerado um dos mais importantes direitos garantidos a este grupo, não possui eficácia, diante da barreira linguística existente entre aqueles que não possuem fluidez no idioma português, sendo a barreira linguística um dos principais problemas enfrentados pelos refugiados no Brasil.

Essa ausência de proteção integral pode ser apontada no sistema multiportas de solução de conflitos, uma vez que esse



sistema possui como base o diálogo entre as partes litigantes, bem como no exercício do *jus postulandi* nos juizados especiais, no qual a parte pode demandar e se defender em processos judiciais, sem a assistência de profissional habilitado, mas necessita compreender o idioma nacional para que isso ocorra. Assim, pode-se concluir que esses dois sistemas não funcionam para esse grupo, tendo em vista que falar e entender português são essenciais para o exercício dos direitos.

Com isso, notou-se a importância e urgência a superação da barreira linguística para que o direito ao acesso à justiça, garantido constitucionalmente e por meio da Lei de Migrações, passe a ter eficácia e ser garantido de forma isonômica entre estrangeiros e nacionais, conforme preconiza a legislação vigente.

Diante disso, levando em consideração da problemática apontada, bem como da legislação e de pesquisas realizadas, pode-se concluir que o exercício do *jus postulandi* sem a assistência de profissional habilitado não deve ser estendido aos estrangeiros, bem como que deve ser promovida a alteração na legislação vigente para a inclusão do art. 9-A, da Lei 9.099/1995, a fim de prever a obrigação da representação processual nestas demandas, por advogado ou por meio de defensoria pública com o auxílio de intérpretes.

Também, pode-se concluir que no sistema multiportas de solução de conflitos, necessária a inclusão dos incisos IV e V no art. 162, da Lei 13.105/2015 para incluir previsão de nomeação de intérpretes para realizar a tradução simultânea nos processos em que envolvam partes não fluentes em português, bem como a utilização de mecanismos tecnológicos para auxiliar nesta tradução, como, por exemplo, o uso de inteligência artificial de tradução automática.

Com estas alterações na Lei, concluiu-se que a barreira linguística existente entre os refugiados e o acesso ao judiciário poderá ser superada. Ainda, com o efetivo acesso à justiça, estes os refugiados poderão se socorrer ao judiciário para ter



BATISTA, Vanessa Oliveira. O fluxo migratório mundial e o paradigma contemporâneo de segurança migratória. *Revista Versus*, v. 3, p. 68-78, 2009.



- BARCELLOS, Ana Paula. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.
- BARICHELLO, Stefania Eugenia; ARAUJO, Luiz Ernani Bonesso. Aspectos históricos da evolução e do reconhecimento internacional do status de refugiado. *Revista do Direito*, v. 2, n. 46, p. 104-134, 2015.
- BARRETO, Luiz Paulo Teles Ferreira; LEÃO, Renato Zerbini Ribeiro. Brazil and the spirit of Cartagena. *Forced Migration Review*, v. 35, p. 45-46, 2002.
- BEDAQUE, José Roberto. Garantia da Amplitude de Produção Probatória. In: CRUZ E TUCCI, José Rogério (Coord.). *Garantias constitucionais do processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- CONARE - Comitê Nacional de Refugiados. Plataforma Interativa de Decisões sobre Refúgio no Brasil. Disponível em: <https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjo1NTQ4MTU0NGItYzNkMi00M2MwLWFhZWMTMDBiM2I1NWVjMTY5IiwidCI6ImU1YzYzM3OTgxLTY2NjQ0NDEzNC04YTBJLTU1NDNkMmFmODBi-ZSIsImMiOiJh9>. Acesso em: 13 jun. 2020.
- CANEZIN, Claudete Carvalho; OLIVEIRA, José Sebastião. Da responsabilidade civil na violação da dignidade da pessoa humana na sociedade conjugal. *Revista Jurídica Centro Universitário de Maringá - Mestrado*, v. 7, n. 1, p. 149-180, 2007.
- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*: Trad. Ellen Grancie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.
- DINAMARCO, CÂNDIDO RANGEL, Instituições de Direito Processual Civil, vol. III, 6ª ed., *Malheiros*, São Paulo, 2009.
- FERMENTÃO, Cleide Aparecida Gomes Rodrigues. GIACOMELLI, Marcia Fátma da Silva. Os refugiados



e a ineficácia das normas: flagelos humanos, lutando pela vida e pela dignidade humana. *Revista Jurídica Cesumar - Mestrado*, v. 19, n. 3, p. 674-703 2020.

CAVALCANTE, Vinícius Rodrigues; CAVALCANTE JUNIOR, José César Nóbrega. *Hermenêutica constitucional, dignidade da pessoa humana e acesso à justiça: meios alternativos para solução de conflitos como máxima efetividade dos direitos fundamentais*. Disponível em: <http://conpedi.danilolr.info/publicacoes/02q8agmu/zz7u910g/Daz74GseuFjWI204.pdf>. Acesso em 13 jun. 2020.

FREITAS, Janaina Helena. O acesso à justiça e a dignidade da pessoa humana: breves apontamentos sobre a atuação das assessorias jurídicas populares na emancipação do indivíduo. *Revista eletrônica de direito e sociedades*, v. 7, p.95 -113, 2019.

GRIEBLER, Jaqueline Beatriz; SERRER, Fernanda. Sistema multiportas de justiça e a atuação do projeto de extensão de conflitos sociais. *Revista Direito em Debate*, v. 9, n. 53, p. 168–181, 2020.

IPEA- Instituto de pesquisa econômica aplicada. *Refúgio no Brasil caracterização dos perfis sociodemográficos dos refugiados (1998-2014)*. Disponível em: https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/livros/livros/170829_Refugio_no_Brasil.pdf. Acesso em 13 jun. 2020.

JUBILUT, Liliana Lyra. O Direito internacional dos refugiados e sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro. São Paulo: *Método*, 2007.

KLUG, Jaidette Farias; LIMA, Giovani; KORTZBEIN, Angelita Maria Lemos. Acesso à justiça no âmbito dos juizados especiais cíveis estaduais - sua efetividade por meio do processo eletrônico. *Revista do CEJUR/TJSC: Prestação Jurisdicional*, v. 5, n. 1, p. 305–



327, 2017.

LESSA NETO, João Luiz. O novo CPC adotou o modelo multi-portas !!! E agora ?! *Repro: R. de Processo*, v. 40, n. 244, p. 1–11, 2015.

LIU, Jinglin. LIU Tie-Yan. QIN, Tao. REN, Yi. TAN, Xu. ZHANG, Chen. *SimulS2S: End-to-End Simultaneous Speech to Speech Translation*. Disponível em: https://openreview.net/pdf?id=Ske_56EYvS. Acesso em: 11 jun. 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988. 5. ed. Porto Alegre: *Livraria do Advogado*, 2007.

SOARES, Carina de Oliveira. *O direito internacional dos refugiados e o ordenamento jurídico brasileiro: análise da efetividade da proteção nacional*. 2012. 252f. Dissertação (Mestrado) - Universidade Federal de Alagoas, Maceió. Disponível em: https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/eventos/O_direito_internacional_dos_refugiados.pdf?view=1. Acesso em: 23 maio 2020.

SOARES, Marcelo Negri; CARABELLI, Thaís Andressa. *Constituição, devido processo legal e coisa julgada no processo civil*. Editora Edgard Blücher, 2019.

PEREIRA, Gustavo de Lima. Direitos Humanos e Migrações Forçadas: introdução ao direito migratório e ao direito dos refugiados no Brasil e no Mundo. Porto Alegre: *EDI-PUCRS*, 2019.

TAN, Lee. “Speech Translation”. In: CHAN, S. (Org.). *The Routledge Encyclopedia of Translation Technology*. Londres/Nova York: Routledge, 2015. p. 619-631.

UNHCR - UNITED NATIONS HIGH COMMISSIONER FOR REFUGEES. *States Parties to the 1951 Convention relating to the Status of Refugees and the 1967 Protocol*. Disponível em:



FILIAÇÃO AO REGIME GERAL DA PREVIDÊNCIA SOCIAL (RGPS), SUA EQUIDADE E O MOMENTO QUE ELA OCORRE

Marcelo Rodrigues da Silva¹

Maria de Fátima Rodrigues de Oliveira²

Talita Medeiros Nicolino³

Tatiane Bruna Nonato⁴

Resumo: O presente trabalho se resume em descrever o Regime Geral da Previdência Social (RGPS), tendo como objetivo explicar sua utilidade, sua origem, como se dá a filiação e o momento em que ela ocorre. Juntamente demonstrando quais os beneficiários e em quais circunstâncias se tornam segurados, quais as vantagens e desvantagens deste regime de seguridade, os princípios que os regem, principalmente o da equidade e sua legislação vigente dentro do Estado Democrático de Direito. Foi utilizado a metodologia dedutiva com procedimento bibliográfico bem como o acesso de artigos relacionados das redes de computadores: "Internet". Conclui-se diante do estudo que no Brasil, o regime procura assegurar os cidadãos, proporcionando-lhes uma qualidade mínima de vida, porém ainda deixando à margem certas pessoas que também têm direito à justiça.

¹ Mestre em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP) e doutorando em Direito do Trabalho e Seguridade Social pela Faculdade de Direito da USP (FADUSP).

² Graduanda de direito pelo Centro Universitário Eurípides de Marília- UNIVEM.

³ Graduanda de direito pelo Centro Universitário Eurípides de Marília- UNIVEM.

⁴ Graduanda de direito pelo Centro Universitário Eurípides de Marília- UNIVEM.



Palavras-Chave: Previdência Social; Equidade; Filiação; Benefícios.

Sumário: Introdução. 1. A Dignidade da Pessoa Humana e o Regime Geral da Previdência Social (RGPS) 1.1. Princípios que Regem o RGPS. 1.2. A Filiação e o Momento em que Ela Ocorre. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO



Regime Geral da Previdência Social é o mais abrangente dos três regimes previdenciários que compõem a seguridade social da República Federativa do Brasil, a Constituição Federal de 1988, CF/88, seguidos da Assistência Social e da Assistência à Saúde.

A seguridade é o que compreende um conjunto integrado de ações do Poder Público e da Sociedade, para assegurar os direitos dos cidadãos conforme a CF/88, art. 193: “A ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça social”. Portanto a sociedade tem participação ativa nas políticas.

A organização do Regime Geral tem caráter contributivo e de filiação obrigatória.

A Previdência Social é dividida em duas partes: *Benefício* e o *Custeio*. Os benefícios são administrados pelo INSS, Instituto Nacional do Seguro Social, que é uma autarquia vinculada ao Ministério da Previdência Social, e o custeio é executado pela Secretaria da Receita Federal do Brasil, RFB- órgão subordinado ao Ministério da Fazenda que é responsável pela arrecadação e fiscalização das contribuições sociais, como as contribuições previdenciárias sobre a folha de pagamento.

O presente trabalho destaca a parte do custeio, respeitando os princípios constitucionais relacionados, pois nenhum



benefício da seguridade social pode ser criado, majorado ou estendido sem esta fonte de custeio total, conforme o art.195 § 5º, CF/88.

Dos princípios da seguridade que regem o regime geral da previdência social (RGPS), destacam-se três:

1- Princípio da Preexistência do Custeio em relação ao benefício ou serviço. Este vem proteger o dinheiro e a moralidade pública, pois só poderá ser concedido um benefício ou serviço se houver a fonte do custeio total correspondente. Este princípio visa impedir que sejam criados novos benefícios assistenciais com finalidades eleitorais, por exemplo em tempos de eleições somente.

2- Princípio da Anterioridade Nonagesimal ou Noveneta (ou anterioridade mitigada), trazido com base no artigo 150, III, b, CF/88, diz respeito a limitação constitucional ao poder de tributar, ou seja: visa prevenir o contribuinte contra cobranças surpresas. Por exemplo, se um tributo for aumentado numa data, esta cobrança só poderá se realizar após nove meses.

3- Princípio da Equidade na forma de custeio, pode-se apontar este como sendo o principal conforme o artigo 194, V, § único, CF/88; ainda que defina a participação no custeio da seguridade social, leva em consideração a capacidade de cada contribuinte. Logo significa que se cobra mais de quem pode pagar, ou contribuir mais.

As palavras equidade e igualdade apesar da semelhança o significado é bem diferente: “[...] Igualdade se refere a situações idênticas e equivalentes para todas as pessoas e situações. Significa também o sinal aritmético de igual. Equidade se refere à capacidade de apreciar e julgar com retidão, imparcialidade e justiça e deve-se aplicar a todos os cidadãos do Estado Democrático de Direito. Relaciona-se também com o princípio tributário da capacidade contributiva, portanto não se deve confundir com igualdade estrita abrangendo assim um maior número de segurados, ou seja, aqueles que realmente precisam”. Esta seria



o objetivo central dos regimes da seguridade social.

O Regime Geral da Previdência Social é destinado às pessoas físicas maiores de 16 anos e que não estão enquadradas no regime próprio e nem no complementar. O Regime próprio são compostos pelos servidores públicos de cargo efetivo e os militares e os complementares são destinados a qualquer pessoa física que se dispunha a contribuir voluntariamente, é a chamada previdência privada. Vale a pena ressaltar que há pessoas excluídas por toda a previdência das quais, não se enquadram em nenhum tipo de regime do sistema brasileiro, como é o caso da população LGBTI (Lésbicas, Gays, Bissexuais, Transexuais ou Transgêneros e Intersexuais), assim como outros vulneráveis excluídos do sistema. Enquanto que o objetivo seria a inclusão de toda a população.

Ficarão excluídos deste regime geral, os trabalhadores que por alguma razão, não atenderem aos requisitos de filiação e inscrição. Ademais, há diferença entre a filiação e a inscrição. O trabalho nos apontará esta diferença, de acordo com o art.20 do RPS e quanto a inscrição no Decreto 3.048/1999 em seu art.18.

Então apontaremos quais os tipos de filiação existentes e o momento que esta ocorre. A pesquisa utilizada através da metodologia dedutiva com base nos procedimentos bibliográficos e alguns vídeos por meio da central de computadores. Foram pesquisados basicamente a obra do professor de Direito Previdenciário Ivan Kertzman e Eduardo Tanaka, com os referenciais teórico partindo de Aristóteles e Bobbio com sua crítica ao positivismo jurídico.

O objetivo do trabalho é evidenciar o que vem a ser o regime geral da Previdência Social e quem pode ser beneficiado por este serviço, bem como as dificuldades encontradas para sua filiação, os prós e contras deste regime e toda relação sócio política que o envolve no Brasil atualmente, considerando a atual conjuntura em que se encontra em relação aos excluídos.



individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos de qualquer espécie[...].”

O RGPS, procurou suprir a igualdade e a equidade no sentido de abranger a todos, sendo eminente e inclusiva, porém ficando de fora pessoas como os transgêneros que pela sua condição de corpo e mente vive uma condição ímpar de vulnerabilidade desde criança. Com o passar dos tempos o Direito vem tentando dar visibilidade para essas pessoas apesar de todo o preconceito. E é pelo trabalho que todos são capazes de se desenvolver como pessoa e contribuir para vida saudável e digna, como aponta Frederico Amado (2012) uma que vê o trabalho como um atributo principal para se filiar ao benefício, ademais é por ele que se tem o recolhimento mensal dos salários, podendo assim contribuir para a seguridade social. Mas no caso dos transgêneros como os outros que compõem o grupo (LGBTI's), o trabalho digno muitas vezes fica restrito por conta de todo seu histórico, se sujeitando na maioria das vezes ao trabalho informal e à prostituição. Como pressupostos da necessidade de ampliar o sistema de proteção social destaca: (SILVA, 2012) “Por fim, argumentam os defensores desta tese que a Constituição Cidadão teve existente. Rompeu com a injustificada distinção entre trabalhadores urbanos e rurais, entre homens e mulheres, entre o trabalho intelectual e operacional”. Com esse desiderato foi estendida ainda mais a proteção através do sistema de inclusão previdenciária. Nesta quadra, vincular a filiação ao recolhimento, e não ao efetivo desempenho de atividade laborativa, é promover a exclusão do trabalhador, caminhando no sentido oposto ao do constituinte.

Neste sentido o autor acima citado, constata uma institucionalidade explícita que vai contra o Estado Democrático de Direito e contra o princípio da igualdade e fraternidade, preâmbulo da Carta Magna que deve se ter como exemplo de cidadania



e democracia sempre, objetivando e efetivando os direitos humanos.

É preciso haver uma certa coerência entre os fatos, como refere Bobbio (1995, p.197-198), sobre a necessidade da manutenção da coerência vinculativa, já apontava que o ordenamento jurídico constitui “além de uma unidade, um sistema” (apud: PANCOTTI, 2019, p. 105). Em se tratando também de cargos em comissão, dependentes os chamados pensionistas no caso do regime próprio.

Trabalhada a questão da dignidade da pessoa humana, Bobbio direciona o direito moderno como um instrumento de organização e planejamento social, onde o Estado é o detentor de toda mudança que este proporciona aos cidadãos. Nesta teoria, Bobbio analisa a visão estruturalista de Hans Kelsen na sistematização das normas, assim o Direito como ciências humanas e seus operadores têm o dever juntamente com o Estado de incluir todo o povo em suas políticas públicas, programas de desenvolvimento tentando abranger a coletividade como um todo. Bobbio também evidencia em suas obras a passagem da concepção estruturalista para a funcionalista. O Estado não precisa ser um organizador coercivo o tempo todo, mas sim protetor e repressivo por meio do ordenamento jurídico que este integra; elevando as pessoas com dignidade e dando a elas o poder que realmente emana delas, a democracia, só assim pode se alcançar o Estado Democrático de Direito.

1.1. PRINCÍPIOS QUE REGEM O RGPS

Este regime é disciplinado pelo art. 201, I a V, da Constituição Federal de 1988, e de competência exclusiva da União. É administrado pelo INSS, Instituto Nacional de Seguridade Social e organizado pelo Estado, garantindo assim o Estado Democrático de Direito.

Os princípios que regulam o RGPS são muito parecidos



com os princípios da Seguridade Social do art. 2º da Lei 8.213/91, que são:

- I- Universalidade de participação nos planos previdenciários;
- II- uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais;
- III- seletividade e distributividade na prestação dos benefícios;
- IV- Cálculo dos benefícios considerando-se os salários de contribuição corrigidos monetariamente;
- V- Irredutibilidade do valor dos benefícios de forma a preservar-lhes o poder aquisitivo;
- VI- valor da renda mensal dos benefícios substitutos do salário de contribuição ou do rendimento do trabalho do segurado não inferior ao salário mínimo;
- VII- previdência complementar facultativa, custeada por contribuição adicional;
- VIII- caráter democrático e descentralizado da gestão administrativa, com a participação do governo e da comunidade, em especial de trabalhadores em atividade, empregadores e aposentados;

Parágrafo único: A participação referida no inciso VIII deste artigo será efetivada a nível federal, estadual e municipal.

Portanto os princípios devem ser respeitados e levados em consideração sempre para garantir uma equidade da população quanto aos benefícios e serviços, com isso a sociedade pode alcançar, em longo prazo, um salário mínimo digno e outras vantagens que se traduz em justiça social. (KERTMAN, 2019).

Ao se conceituar esse regime fica evidente de que se trata de uma estratégia estatal de seguridade aos cidadãos brasileiros, assim sendo o RGPS é o regime de previdência social de organização estatal, contributivo e compulsório, administrado pelo INSS – Instituto Nacional do Seguro Social (KERTMAN, 2019, pg. 39) e ainda dispõe sobre o tema Dirley da Cunha Júnior sobre a legislação:

O RGPS está regulamentado pelas Leis Federais n.º 8.212 e 8.213, ambas de 24 de julho de 1991. A Lei nº 8.212/91 dispõe sobre a organização da Seguridade Social e institui o



plano de custeio do regime geral. Já a Lei nº 8.213/91 dispõe entre os planos de benefícios mantidos e disponibilizados pelo regime geral (JÚNIOR, 2007, pg.195).

A legislação sofreu algumas alterações conforme Emendas e Decretos ao longo do tempo, porém sua essência é conservada. Uma dessas emendas foi a EC nº 20/98 que fixou um teto ou um limite máximo. Esse teto já sofreu alteração pela EC nº 41/03, o importante é saber que ninguém pode receber um valor menor que o salário mínimo vigente, quando este benefício substitui o rendimento do trabalho do segurado e não receber nenhum valor a mais do que o limite do teto.

O regime tem como forma de custeio os recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios pelas próprias contribuições dos empregadores e empregado. Como refere Ivan Kertzman:

Regime Geral de Previdência Social (RGPS) tem suas políticas elaboradas pela Secretaria de Previdência do Ministério da Fazenda e executadas pelo Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), autarquia federal vinculada ao Ministério do Desenvolvimento Social e Agrário. Este Regime possui caráter contributivo e de filiação obrigatória. Dentre os contribuintes, encontram-se os empregadores, empregados assalariados, domésticos, autônomos, contribuintes individuais e trabalhadores rurais (KERTZMAN, 2019, pg. 70).

Conforme acesso à Internet, Previdencia.gov.br, o citado acima caracteriza o conceito do RGPS, que é um seguro, ou melhor, um benefício que garante a renda daquele que contribuiu e de sua família para que, quando impossibilitado de trabalhar por doença, acidente, gravidez, prisão, desemprego involuntário, velhice ou morte, perante os riscos sociais do futuro.

A Previdência Social serve para substituir a renda do segurado contribuinte quando este perde sua capacidade de laborar e os benefícios são: a aposentadoria por idade, por invalidez, por tempo de contribuição, aposentadoria especial, auxílio doença, auxílio acidente, auxílio reclusão, pensão por morte, pensão especial aos portadores da Síndrome da Talidomida, salário-



maternidade e o salário-família.

Há também aqueles que são excluídos do RGPS, que são os militares, o servidor público efetivo e outros que por alguma situação não atenderá aos requisitos de filiação e inscrição ao RGPS, como por exemplo: o não brasileiro, sem residência fixa no Brasil, e o brasileiro que presta serviço no Brasil à missão diplomática ou à repartição consular, estes são amparados pela legislação previdenciária do país da respectiva missão, conforme a Lei 8.745/93.

Não se enquadrando a nenhum regime destaque aqui as pessoas do grupo dos transgêneros, pela dificuldade das quais elas passam a vida inteira de preconceitos dentro da própria família muitas vezes não têm como levar adiante os estudos, com grande evasão escolar, o que vem a justificar a informalidade profissional futura desses vulneráveis.

Quanto ao trabalho, segundo BALERA (1994, p.1.167) vem valorizando as sociedades ocidentais e assim influenciando os textos legais: É que, ao encarar o trabalho humano como valor social já se coloca, de per si, certa opção dentro de determinada escala de valores que subjazem a todo e qualquer ordenamento jurídico. Capacitemo-nos, pois, à compreensão desse valor considerando o respectivo conteúdo no Direito brasileiro e o modo pelo qual se viu assumido pela nossa civilização. (apud: PAN-COTTI, 2019, P.74).

1.2. A FILIAÇÃO E O MOMENTO EM QUE ELA OCORRE

A filiação se dá a todo trabalhador que tenha a carteira assinada, sendo automática sua filiação ao RGPS. Portanto é obrigatória a sua contribuição, para que depois possa usufruir deste benefício do qual pagou. Para se filiar é preciso ter mais de 16 anos, são chamados dessegurados os trabalhadores avulsos, os contribuintes individuais, os trabalhadores rurais e até mesmo os que não possuem renda própria, como a dona-



casa e os estudantes desde que contribuam. Sendo que estes que não possuem a carteira assinada são chamados de facultativos.

Ademais os que aposentam por ter trabalhado em condições de riscos prejudiciais à saúde ou à integridade física, estes devem ter no mínimo 180 contribuições mensais conforme a Lei 10.666/03, bem como a comprovação da exposição aos riscos, digo aos agentes nocivos, comprovados pelo laudo médico e formulário do PPP (perfil profissiográfico previdenciário) preenchido pela empresa.

Na verdade, as pessoas leigas podem confundir filiação e inscrição, mas para o Direito Previdenciário são “coisas” bem distintas, como explica Eduardo Tanaka:

Filiação é o vínculo que se estabelece entre pessoas que contribuem para a Previdência Social e está do qual decorrem direitos e obrigações e a inscrição é o cadastro de dados da Previdência Social, no sentido de formalizar a filiação (TANAKA, 2016, pg. 73).

Para Castro e Lazzari, a filiação não passa de uma situação objetivamente observada, desde que eles entendam que para o indivíduo que trabalha e ganha por este serviço e portanto, pode se filiar, estabelecendo assim a relação de vínculo com a Previdência Social, o Estado e organizações. Sendo assim o indivíduo que não trabalha ou tem um trabalho informal, fica fora do benefício já que não contribui, no entanto, este pode contribuir individualmente o que geralmente não ocorre.

A Constituição Federal, em seu artigo 201, diz que a Previdência Social será organizada sob a forma de regime geral de caráter contributivo e de filiação obrigatória(...). Portanto se a pessoa começa a trabalhar, mesmo sem o registro na carteira, mas que são empregadas, já estão filiados, pois possuem um vínculo empregatício mesmo não tendo sido inscritos na Previdência Social, já são filiados. Logo a inscrição é um ato meramente formal do qual são fornecidas as informações.

Pelo Princípio acima citado, da solidariedade é justificada a obrigatoriedade da filiação, assim as pessoas que estão



trabalhando hoje custeiam as pessoas que recebem o benefício dos que já estão aposentados, pensionistas, acidentados e outros beneficiários. É certo que muitos não chegaram a contribuir, mas se a filiação não fosse obrigatória diminuiria muito a quantidade de pessoas contribuindo e assim aumentaria e muito os gastos do governo.

De acordo com o Decreto nº 3048/99, a filiação é o vínculo que estabelece os direitos e as obrigações a serviço da Previdência Social e a filiação é o vínculo que estabelece os direitos e os deveres e as obrigações a serviço da Previdência Social que é organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória. Assim toda pessoa no exercício de atividade remunerada deve-se filiar no RGPS, na qualidade de segurados obrigatórios.

É compulsória, além de obrigatória, a filiação já que ao empregar a pessoa, o empregador deve recolher a contribuição deste no INSS (Instituto Nacional de Seguridade Social). *“Caso o empregado trabalhe e sua inscrição não foi formalizada ainda, porém este já estará filiado ao RGPS, por já estar sendo remunerado. E se este desenvolver mais de uma atividade, terá que ser segurado por cada uma de suas atividades exercidas”*. (TANAKA, 2016, PG.73).

O segurado poderá ser facultativo se for um trabalho voluntário, mas que também já estará inscrito ao RGPS para posteriormente vir a contribuir, sendo o contrário do segurado obrigatório que primeiro é filiado para depois se inscrever ao regime. Este segurado facultativo tendo sua primeira contribuição as outras não retroagem e não permite o pagamento das competências anteriores à data de inscrição, só no caso de recolhimento ser trimestral e as atrasadas podem ser recolhidas quando não tiver ocorrido a perda de segurado, que ocorre após 6 meses de ter deixado de pagar as contribuições.

Existe dois tipos de inscrição: a do segurado e a do dependente, junto ao RGPS. A do assegurado é quando este é



cadastrado no RGPS, por meio do comprovante dos dados pessoais e de outros elementos necessários e úteis à sua caracterização (TANAKA, 2016). Sendo que estes dados devem ficar armazenados no banco de dados da Previdência Social, do qual é destinado a registrar informações de interesse da Administração Pública Federal e dos beneficiários da Previdência Social. Todos os segurados são identificados pelo NIT (número de identificação do trabalhador) que é único, pessoal e intransferível, independente de acontecer alterações de categoria profissional, por exemplo. Isso se dá por este cadastro já ter a inscrição no Programa de Integração Social/ Programa de Assistência ao servidor público (PIS/Pasep) e não caberá outro cadastro senão estes. A inscrição do dependente é efetuada no momento do requerimento do benefício.

Conforme o Decreto 3.048/99 em seu art. 18, como citado acima, estabelece a forma de inscrição e o órgão acolhedor, assim o empregado segurado pela empresa tem sua inscrição feita pelo preenchimento dos documentos que habilitam ao exercício da atividade formalizado pelo contrato de trabalho.

Se for o trabalhador avulso, a inscrição será efetuada diretamente no sindicato ou órgão gestor de mão de obra pelo cadastramento e registro, quanto ao empregado doméstico será pela apresentação do documento que comprove a existência do contrato de trabalho no INSS, assim como o facultativo, o segurado especial e o contribuinte especial, o individual com o documento que caracterize a profissão de atividade liberal ou não, e a inscrição será também no INSS; efetuada pela empresa tomadora de serviço caso o segurado não atenda.

O segurado especial no grupo familiar que não é proprietário de imóvel rural ou de embarcação deve informar o nome, o CPF do parceiro ou meeiro outorgante, arrendador, comandante ou assemelhado as quais são pessoas vinculadas à propriedade ou embarcação onde trabalham.

A comprovação dos dados pessoais e de outros



elementos como documentos, tipo contratos são exigidos para a concessão do benefício, como também a idade mínima de 16 anos com exceção do menor aprendiz a partir de 14 anos, como se fosse o segurado empregado, conforme a Lei 8.069/90, são assegurados os direitos previdenciários e os trabalhistas.

A anotação na carteira de trabalho e previdência social é muito importante, pois prova o vínculo entre o empregado e a Previdência Social. Desde 1994 os dados do CNIS (cadastro nacional de informações sociais) valem como prova de filiação, demonstrando a relação de emprego, tempo de serviço ou de contribuição e salários de contribuição e até a relação de emprego duvidosa pelo INSS. Do contrário pode-se acionar este serviço para eventuais dúvidas e registros.

Quanto a inscrição dos dependentes: não será de imediato, ela é alterada constantemente pelo nascimento de filhos, separação de cônjuges sem concessão de pensão alimentícia, morte dos pais e outros. Portanto será feita por requerimento por apresentação dos documentos pertinentes, no caso, certidão de nascimento, de casamento, certidão judicial, dependência econômica, dentre outros. No entanto todas as pessoas deveriam ter seus direitos iguais e justos, disserta (BOBBIO, apud TURATTI, 2018, p.32) que característica sobre os direitos humanos, e por uma acepção lógico-metonímica (da parte pelo todo, visto “[...] essa que a liberdade baseia os princípios e dispositivos daquele), conclui-se que a liberdade e os seus sentidos, repressivo ou de conquista, tenham uma valoração diferente a cada época”.

Logo não é de hoje que a diversidade existe e é preciso adequar o Estado aos povos, possibilitando uma verdadeira democracia. Nesse contexto, (BOBBIO, 2004, p. 13) nos remete: *“O elenco dos direitos do homem se modificou, e continua a se modificar com a mudança das condições históricas, ou seja, dos carecimentos e dos interesses, das classes no disponíveis para a realização do mesmo, poder dos meios das*



Diante de todo o exposto fica evidente que como no exemplo das pessoas transgêneros, Aristóteles e seu pensamento de igualdade e liberdade não se concretizou e faz por bem salientar a necessidade de apontar essa reflexiva para que os governantes possam agir a favor da coletividade, além da dicotomia, homem e mulher, mas no ser humano como pessoa e sua diversidade seja respeitada. (ARISTÓTELES, apud: TURATTI, 2018, p. 32).

CONCLUSÃO

Ao término da pesquisa, concluo com o pensamento de Aristóteles, sempre atual de que, o estigma social é um mal que ultrapassa gerações por não darmos visibilidade e a importância da diversidade, onde o diferente merece atenção especial, em se tratando do Brasil onde a violência é fato marcante e reprovador, o Estado tem o dever de garantir a assistência social por meio dos entes federativos: União, Estados, Distrito Federal e Municípios e através da contribuição dos trabalhadores e afins, no sentido de preservar o princípio da igualdade e da seguridade entre outros para encontrar o equilíbrio econômico e financeiro através dos regimes existentes, de acordo com a CF/ 88, bem como desenvolver uma política funcional e efetiva à coletividade, com seriedade e transparência. Visa também promover a inclusão social e a busca de uma vida digna através de um conjunto de ações e serviços que lhes assegurem os direitos fundamentais relativos à saúde, à previdência e assistência social a todos inclusive aos transgêneros e todos os vulneráveis do grupo LGBTI.

O RGPS proporciona vários benefícios aos seus segurados, porém com algumas exceções, mas é preciso que de tempo em tempo sofra alterações de acordo com as necessidades de seus segurados. De tempo a tempo faz-se necessário as mudanças como a ocorrida recentemente é um exemplo dessa situação



que visa o equilíbrio econômico-financeiro e atuarial, com fins específicos de preservar a liquidez da entidade e da equidade da Previdência Social complementar o conjunto de suas atividades.



REFERÊNCIAS

- ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 1985
- AMADO, Frederico. *Direito e processo previdenciário sistematizado*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2012.
- BALERA, Wagner. *O valor social do trabalho*. Revista LTr, São Paulo: LTr, v. 58, n.10, 1994.
- , *Direitos humanos sociais de seguridade e o companheiro homossexual*. Revista Brasileira de Direito Constitucional- A contemporaneidade dos direitos fundamentais, São Paulo: ESDC, n. 4, jul./dez. 2004.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 13,
- BRASIL, TST, In:<<http://www.previdencia.gov.br/perguntas-frequentes/regime-geral-rgps>> Acesso em 19/04/2019.
- CASTRO, _; LAZZARI, _ . *Manual de direito previdenciário*, KERTZMAN, Ivan. *Curso prático de direito previdenciário*, 17. ed.rev, ampl. atual-Salvador: Ed. JusPodivm, 2019.
- JÚNIOR, Dirley da Cunha. *Regimes de previdência social Diferenças entre o RGPS E OS RPPS*. In: Leituras complementares de Previdenciário. Ed. Podivm, 2007.
- PANCOTTI, Heloísa Helena Silva. *Previdência social e transgêneros: proteção previdenciária, benefícios assistenciais e atendimento à saúde para os transexuais e travestis*. Curitiba; Editora Juruá, 2019.
- SILVA, Marcelo Rodrigues da. *Filiação e contribuição ao*



regime geral de previdência social: momento em que se inicia a cobertura previdenciária do trabalhador. Fórum Administrativo – FA, Belo Horizonte, ano 12, n. 137, jul. 2012. Disponível em: . Acesso em: 05/03/2020.

TANAKA, Eduardo. *Direito previdenciário*. São Paulo; Ed. Forense, 2016.



DO DIREITO PENAL AO PAPEL PREVENTIVO DAS POLÍTICAS MUNICIPAIS DE SEGURANÇA: CIRCUNSTÂNCIAS E POSSIBILIDADES BASEADAS EM GESTÃO ESTRATÉGICA¹

Márcio Steffens²

Emerson Wendt³

Resumo: O trabalho objetiva analisar a crise vivida pelo Estado e pelo Direito Penal enquanto responsáveis pela prevenção da criminalidade em suas mais diversas nuances. As ações e remédios tradicionais de combate à violência não fazem mais o efeito desejado. O Brasil, mesmo tendo aproximadamente 750.000 encarcerados e um excesso de políticas penalizadoras, apresenta, anualmente, impressionantes e crescentes taxas de homicídios na maioria dos grandes centros urbanos. Procura-se avaliar, pois, a implementação de novas alternativas (na área da prevenção, especialmente), que possam fazer valer a aplicação dos poucos recursos públicos, notadamente aquelas que valorizem as iniciativas das administrações públicas municipais, no mais das vezes distantes dos problemas relacionados à Segurança Pública.

Palavras-Chave: Cultura da Paz. Direito Penal. Pacto Pela Paz. Políticas Municipais de Segurança. Políticas Preventivas.

Abstract: This paper aims to analyze the crisis experienced by

¹ Artigo atualizado em julho de 2020. Publicação da versão original na Revista RDPol–Revista de Direito Policial da Academia de Polícia Civil do Estado do Rio Grande do Sul, tendo sido o Trabalho de Conclusão de Curso da Pós-Graduação em Gestão da Investigação Criminal por Márcio Steffens, orientado por Emerson Wendt.

² Delegado de Polícia Civil no Rio Grande do Sul desde 1999.

³ Delegado de Polícia Civil do Estado do Rio Grande do Sul e Doutorando em Direito pela Universidade La Salle, Canoas-RS.



the State and Criminal Law, while responsible for crime prevention in its most diverse nuances. Traditional actions and remedies to combat violence no longer have the desired effect. Despite having 750.000 prisoners and an excess of penalizing policies, Brazil presents, annually, impressive and increasing homicide rates in the majority of large urban centers. The aim is to evaluate the implementation of new alternatives (in the area of prevention, especially), that can enforce the application of the public resources, notably those that value the initiatives of the municipal public administrations, most often distant from problems related to Public Security.

Keywords: Criminal Law. Municipal Security Policies. Peace Culture. “Pacto Pela Paz”. Preventive Policies.

1 INTRODUÇÃO



Os atores envolvidos com a perseguição criminal, tanto no âmbito preventivo quanto no campo da repressão, têm procurado alternativas para o enfrentamento dos problemas relacionados à criminalidade. As ações tradicionais parecem não fazer frente ao crescimento quase que generalizado da violência, em seus mais variados aspectos e circunstâncias e em todas as regiões do país. O Brasil registrou, desde 1980, 1,5 milhão de homicídios, sendo o país com o maior número de CVLIs (crimes violentos letais intencionais) do mundo (em termos nominais), apresentando, ainda, aproximadamente 750 mil encarcerados e aparecendo 15 vezes na lista das 50 cidades mais violentas do mundo (ENGEL; STERBENZ; LUBIN, 2013).

Os temas relacionados à violência têm desafiado os especialistas e os gestores públicos, já que, mesmo sendo o Brasil um dos países que mais prende no mundo (com mais de 700 mil pessoas presas, segundo a *Word Prison Brief*, base de dados da



Universidade de Londres), não apresenta, com a devida proporcionalidade, redução dos índices de violência. A pesquisa pretende avaliar as aplicações de políticas públicas e criminais, analisando o Direito Penal como instrumento de prevenção e repressão e correlacionando com os surgimentos de ações e iniciativas municipais de segurança, cada vez mais necessárias.

Assim, na primeira parte do trabalho, pretende-se fazer uma análise sobre o papel preventivo do Direito Penal, sua efetividade em face da criminalidade reinante e da resposta que o Estado repressor tem apresentado, notadamente a que prioriza excesso de políticas penalizadoras, incentivada pelos meios de comunicação que fazem dessa "guerra" uma valiosa mercadoria. Ainda, pretende-se fazer também uma incursão pelas possibilidades de políticas municipais voltadas à prevenção da violência, avaliando-se movimentos e iniciativas que podem estar mudando paradigmas e concepções tradicionais acerca da temática da segurança pública.

Já na segunda e terceira partes, objetiva-se discutir ações pontuais e específicas relacionadas a experiências que têm apresentado resultados concretos, com a finalidade de se criarem novas perspectivas aos operadores do Direito e da Segurança Pública. Para a realização da pesquisa, além de revisão bibliográfica sobre o tema, buscar-se-á fazer análise de dados das instituições envolvidas, em especial do Município de Pelotas (RS), por meio do Observatório de Segurança Pública da Secretaria Municipal de Segurança Pública, tanto quanto de outras realizações no Brasil e no exterior.

2 O DIREITO PENAL, A PREVENÇÃO PELA MUNICIPALIDADE E SUAS CIRCUNSTÂNCIAS

As hipóteses que se apresentam dizem respeito à necessidade de inovação, diante da falência das ações tradicionais de repressão e prevenção, já que as políticas criminais/penais atuais



e o direito penal (visto como repressor) não estão sendo efetivos, no sentido da prevenção da criminalidade. Verifica-se, por outro lado, que as ações policiais no contexto da prevenção dos delitos, notadamente quando conjugadas com iniciativas dos poderes públicos municipais, ou seja, com ênfase nas integrações setoriais e institucionais, começam a tomar lugar à mesa dos debates, mesmo tendo os municípios, por mandamento constitucional, uma importância aparentemente secundária quando se fala em responsabilidade por assuntos de segurança pública. Os legisladores e agentes públicos, pois, diante da fragmentação da sociedade moderna e de suas mazelas, têm estado pouco sensíveis às necessidades de se criarem políticas criminais de forma adequada, inclusive do ponto de vista de conceitos acerca de Segurança Pública. Segundo Dias e Manso (2018), precisamos perceber que os *apelos por mais repressão e punição só beneficiam aqueles que angariam dividendos políticos-eleitorais com bravatas desconectadas de quaisquer evidências em experiências, dados ou políticas públicas*.

A necessidade de se buscarem novas alternativas de enfrentamento de questões complexas relacionadas à criminalidade e à (in)segurança pública faz com que se relativizem os (pré)conceitos, já que o Direito, entre outras coisas, deve ser instrumento de garantia da integridade plena das sociedades, do ponto de vista das liberdades individuais e coletivas. Assim, deixa-se de compreender o tema da segurança pública como sendo apenas problema dos Estados Federados, de suas polícias e do sistema de Justiça Criminal. Ainda, não é apenas do Direito Penal (e suas consequências) a responsabilidade pela promoção da sensação de segurança, eis que utilizado, no mais das vezes, como controlador da sociedade e aplicador de sanções restritivas da liberdade do indivíduo.

Para Kopittke (2016, p. 25),

[...] esses elementos confluem para formar o que poderíamos chamar de concepção tradicional sobre segurança pública, ainda largamente hegemônica no país. Em razão dessa visão,





verdadeira obsessão por proteção, transfere-se o conceito *segurança* para o campo cultural, originando-se, em seguida, um ambiente de inflação legislativa, populismo penal e punitivismo extremado.

Daí poderão advir consequências. Para Donskis (2014), *talvez o efeito mais pernicioso, seminal e prolongado da obsessão com segurança (o dano colateral que ela produz) seja solapar a confiança mútua, plantar e cultivar a suspeita recíproca.*

É que o produto da modernidade, segundo Beck (2011, p. 100), *não é mais a pobreza e a exclusão, mas o fato de vivermos sob o signo do medo, em face das desigualdades sociais e de sua difusão pela criminologia midiática.* Aliás, possivelmente o medo, em algumas regiões do país, seja efetivamente maior que a insegurança concreta (ou em potencial), fazendo com que a sensação de abandono estatal seja maior ou até ilusória. A mídia, conforme referido, tem papel decisivo nessa temática, uma vez que potencializa o mal, em nome de um suposto *interesse público.*

Conforme Santos (2014, p. 22),

[...] na vida cotidiana, realiza-se uma inter-relação entre mal-estar, violência simbólica e sentimento de insegurança. Por um lado, estamos vivendo em um horizonte de representações sociais da violência para cuja disseminação em muito contribuem os meios de comunicação de massa, produzindo a dramatização da violência e difundindo sua espetacularização, enquanto um efeito da violência exercida pelo campo jornalístico.

Alheia a esses debates teóricos e conceituais, a sociedade embriaga-se dessa volúpia punitivista, cobrando resultados imediatos e cada vez mais duros, como se o Estado repressor (tão somente) fosse capaz de devolver ao cidadão, de inopino, a tranquilidade e a tão sonhada sensação de segurança. Essas tarefas cabem não apenas ao Direito Penal, mas, sobretudo, a um conjunto de medidas dos entes públicos, especialmente, tendentes a promover uma relação de proximidade dos Poderes Legislativos e Executivos com a Justiça Criminal (amplamente concebida).

O Direito Penal, assim, num primeiro momento, é



A implementação de políticas econômicas, sociais,



culturais, urbanas, de saneamento básico, de lazer, entre outras, promovidas pela Municipalidade, com sinergia e corresponsabilidade com os órgãos do Estado, são fundamentais para a prevenção da violência. A segurança pública não é apenas *caso de polícia*, mas um somatório de contextos. Segundo Silveira (2014, p. 539):

observa-se o crescimento da aprovação e legitimidade da prevenção junto à opinião pública, incomodada não apenas com os custos intangíveis da violência e do crime sob a forma de sofrimento e morte, mas também com os crescentes custos econômicos das políticas tradicionais, como o aumento do encarceramento e das medidas punitivas.

Os gestores deverão, pois, necessariamente, voltar os olhos e abrir o cofre para ações voltadas ao campo da prevenção, desapregando-se de medidas que historicamente, percebe-se, não têm contribuído para o recrudescimento da violência e da criminalidade. Exemplo dessa visão míope do problema é a questão do desarmamento. Erradamente se concebe como projeto de segurança pública a facilitação do acesso à população às armas de fogo, justamente o principal instrumento utilizado para a prática da maioria dos homicídios que têm relação com o tráfico de drogas e com as organizações criminosas. Estudo do Ipea (NITAHARA, 2018) aponta que, sem o estatuto do desarmamento, o Brasil poderia ter ainda mais homicídios do que os 62.517 ocorridos em 2016, o que equivale a uma taxa de 30,3 mortes para cada 100 mil habitantes, a mais alta da história do país e alcançada pela primeira vez no ano analisado pelo estudo. *Tem uma estimativa de que o Estatuto do Desarmamento, apesar de nunca ter sido implementado na sua completude, ainda assim conseguiu ser responsável por uma espécie de freio, de contenção do crescimento dos homicídios*, afirmou o pesquisador do Fórum Brasileiro de Segurança Pública, David Marques (NITAHARA, 2018). Segundo ele, sem essa legislação, as taxas de homicídios seriam 12% superiores às atuais.

É importante destacar que, segundo Kopittke (2018), no



anteriormente citado Anuário Brasileiro de Segurança Pública 2014 a 2017, apenas no estado do Rio Grande do Sul houve, em 2017, um aumento de 30% no número de armas de fogo apreendidas pelas polícias, sendo esse tipo de ação uma das principais estratégias usadas em experiências exitosas de redução de violência no mundo, como por exemplo as acontecidas em Nova York e Bogotá.

Ainda, vale ressaltar que as opções por investimentos públicos em ações militarizadas, reativas, de confrontos e de visibilidade, em detrimento das áreas de inteligência, investigação, tecnologia e treinamento dos recursos humanos, no mais das vezes, são patrocinadoras do retrabalho e do pouco retorno em termos de diminuição de índices de violência. A escolha por essa metodologia acaba por aumentar cada vez mais o número de presos sem que os indicadores de violência regridam na mesma proporção. Sabe-se que a população carcerária cresce, no Brasil, cerca de 4% ao ano, tendo quase dobrado nos últimos dez anos, conforme o Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (MARTINS, 2018). Nem por isso houve redução significativa da criminalidade, ao contrário, em alguns Estados os números crescem assustadoramente.

Portanto, percebe-se que o modelo de enfrentamento à violência com o qual estamos convivendo majoritariamente, que não dialoga com evidências, cientificidade e experiências exitosas havidas, baseando-se apenas em dados empíricos e apostando no *mais do mesmo*, dificilmente levará à obtenção de resultados outros que não os já exaustivamente conhecidos (e negativos).

Ademais, não é razoável colocarmos apenas sobre os ombros do ordenamento penal a responsabilidade pela redução do crime, sob pena de tornarmos o Estado ainda mais punitivo e adepto de um Direito Penal do terror ou do medo, sem distinção entre *polícia e direito*, onde as atribuições estatais básicas (mal aplicadas) ficam substituídas por um *quase* estado de exceção.



Dessa forma, ter-se-ia [...] *o Direito Penal atuando como um subsistema social para compensar a crise do Estado Social e a lógica da inclusão*. (HOMMERDING; LYRA, 2016, p. 157).

Nessa esteira de pensamento, pode-se afirmar que as desigualdades socioeconômicas e de desenvolvimento, que são causas de grande parte da criminalidade, não podem ser resolvidas apenas e tão somente com o Direito Penal, o que tornaria ingênuo o raciocínio, ou seja, *a política criminal de endurecimento da resposta penal, portanto, não responde à complexidade social*. (HOMMERDING; LYRA, 2014, p. 162). Os mesmos autores ponderam que uma explicação simplista, *própria de um pensamento reativo*, não é capaz de ser suficiente para um fenômeno complexo. Reforçam que o raciocínio de tal política começa pelo criminoso e que pouco importa *o papel da sociedade e do Estado e, portanto, o problema social que ronda o debate*. (HOMMERDING; LYRA, 2014, p. 162), ou seja, há que repensar essa lógica plenamente ativa do recrudescimento através do direito Penal.

3 EXPERIÊNCIAS CONCRETAS DE ENVOLVIMENTO DOS MUNICÍPIOS EM POLÍTICA DE SEGURANÇA

As ações repressivas das forças de segurança tendem à maior efetividade se implementadas em conjunto com as iniciativas voltadas às práticas de prevenção, notadamente àquelas que valorizam e acompanham o desenvolvimento de crianças e adolescentes que estejam em situação de vulnerabilidade e que invistam em ações voltadas ao ambiente (físico, de convivência e de degradação) de determinado território. A repressão pode e deve conviver com a prevenção, num diálogo permanente.

Essas tendências passaram a fazer parte das responsabilidades de alguns gestores municipais, que, inspirados em experiências locais e estrangeiras, passaram a admitir como possibilidades complementares às ações tradicionais aquelas que

tenham a municipalidade como protagonista.

Algumas ações de iniciativas dos municípios Brasil afora (e no mundo) passaram a contribuir, ainda que de forma incipiente, para a construção de um novo conceito de enfrentamento às complexas questões relacionadas à Segurança Pública. Esse alargamento conceitual e administrativo passou a privilegiar uma visão intersetorial e multidisciplinar, fazendo com que novas experiências e práticas pudessem contribuir para um novo modelo de confrontação à violência, especialmente em grandes centros urbanos, valorizando-se o compromisso político de buscar a proteção dos mais vulneráveis à criminalidade e à vitimização, apostando-se, pois, em projetos duradouros e perenes, que ultrapassem vieses políticos e vaidades institucionais e pessoais.

Criação de Secretarias Municipais de Segurança, Guardas Municipais, pesquisas de vitimização, implementação de legislações municipais de controle à venda e uso de bebidas alcoólicas, incentivo à integração multisetorial, entre outros, são alguns exemplos de iniciativas no âmbito dos municípios.

Marcante o caso do município de Diadema, no estado de São Paulo, Brasil, podendo ser considerado um excelente exemplo da conciliação de políticas públicas de segurança levadas a efeito por diferentes instâncias intersetoriais.

Com população de quase 400 mil habitantes e enfrentando graves problemas socioeconômicos, teve, no final da década de 90, aumento gradativo na taxa de homicídios, chegando a ser considerada a cidade mais violenta do Estado de São Paulo no início dos anos 2000 (registrou 374 homicídios em 1999). Entre 1999 e 2004, no entanto, registrou queda de 68,65% na taxa de homicídios.

Túlio Kahn e André Zanetic (2005, p. 54) explicam que

No plano municipal, desde 2001 vem sendo realizados esforços voltados a redução da criminalidade e da sensação de insegurança. As medidas adotadas pela prefeitura tiveram como objetivo melhorar o policiamento e os sistemas operacionais de



fiscalização e cumprimento de leis, procurar estabelecer parcerias para as ações sociais e de prevenção, incentivar o envolvimento da comunidade na identificação de problemas e busca de soluções e criação de coordenação multidisciplinar no planejamento e execução das ações de prevenção. Foi colocado em prática um Plano Municipal de Segurança pautado por dez ações preventivas distintas.

Dentro das ações estão medidas como a Criação da Secretaria de Defesa Social, o incentivo ao trabalho conjunto entre as polícias Civil e Militar com a Guarda Metropolitana, investimentos na prevenção secundária, destinados à população e áreas de maior risco, além de apostas em estratégias típicas da municipalidade, como iluminação pública, urbanização de favelas, construção de creches, formação profissional de jovens em situação de vulnerabilidade, entre outros.

Também são dignas de estudo as experiências havidas nas cidades colombianas de Bogotá e Medellín, que viveram nos anos 80 e início de 90 realidades de violência e corrupção estatal generalizada mundialmente conhecidas. Os cartéis de produção de cocaína, estruturalmente organizados para o envio de toneladas da droga para as Américas, promoviam uma guerra sangrenta pelo país, infiltrados em praticamente todos os poderes e instituições públicas. Medellín, nesse período, chegou a registrar uma taxa de 380 homicídios por 100.000 habitantes (ao ano). De lá para cá, a incidência de homicídios caiu de forma impressionante, chegando a 21 em 2016 — a menor em 40 anos. É mais baixa que a taxa do Rio de Janeiro, que registrou 30 mortes violentas por 100.000 habitantes em 2016.

Talvez a explicação para o alcance do sucesso na segurança pública em Medellín esteja na combinação de alguns elementos que normalmente não costumam andar juntos. De um lado, houve forte repressão policial, com a presença ostensiva e ações específicas, juntamente com a aplicação de leis rigorosas. De outro, programas sociais e de inclusão que oferecem uma alternativa ao mundo do crime, com capacitação técnica e profissional, renda mínima garantida por tempo determinado e apoio

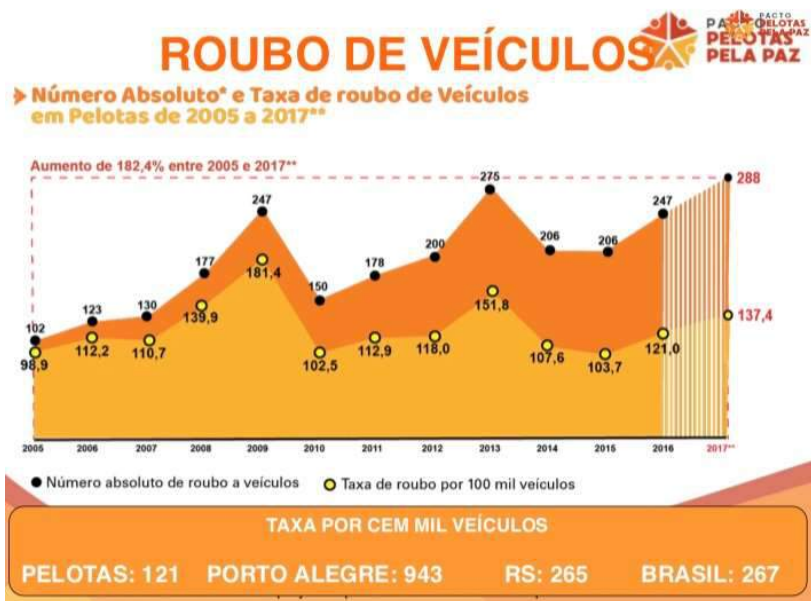
Iniciado no ano de 2017 a partir de um diagnóstico acerca da criminalidade local, foi realizada a primeira Pesquisa de Vitimização de Pelotas, que entrevistou 1.004 residentes, para se conhecer a incidência real do crime, da violência e do medo na cidade. Os dados apurados nesse estudo inédito foram cruzados com os registros policiais e com diversos indicadores sociais, como evasão escolar, ocorrências dos conselhos tutelares e atendimento das equipes de saúde da família. O projeto aposta num modelo de gestão participativo, fiscalizado pela sociedade e focado na prevenção e na repressão qualificada, com participações interinstitucionais e sem caráter hierarquizado.

Figura 1: Pesquisa de Vitimização (2017)



Fonte: Observatório de Segurança – Prefeitura Municipal de Pelotas

Figura 2: Roubo de Veículos (2005-2017)



Fonte: Observatório de Segurança – Prefeitura Municipal de Pelotas

Figura 3: Homicídios (2015-2017)



Fonte: Observatório de Segurança – Prefeitura Municipal de Pelotas

Figura 4: Análise sobre Vitimização

Análise comparativa das Pesquisas de 2013 e 2017 sobre a Vitimização (%)

Crime	Sofreu o crime alguma vez		Sofreu o crime nos últimos 12 meses		Notificação		Subnotificação	
	Brasil 2013	Pelotas 2017	Brasil 2013	Pelotas 2017	Brasil 2013	Pelotas 2017	Brasil 2013	Pelotas 2017
Furto de objeto	20,8	29,8	9,8	9,4	22,6	35,1	77,0	64,9
Roubo de objeto	10,8	25,7	3,7	7,7	41,3	44,2	57,9	55,8
Furto de veículos ¹	8,8	11,2	2,2	2,0	69,5	70,0	29,8	30,0
Roubo de veículo ¹	4,2	4,2	1,0	1,4	89,9	85,7	10,1	89,9
Furto de moto ¹	4,1	--	2,0	--	70,3	--	29,3	--
Ofensa sexual	3,1	--	0,8	--	7,5	--	89,8	--
Roubo de moto	2,8	--	1,0	--	80,7	--	19,3	--
Sequestro relâmpago	0,3	0,6	0,1	0,3	63,5	66,7	35,0	33,3
Fraude ou estelionato ²	--	9,8	9,2	4,9	11,6	7,3	85,7	92,7
Agressões e ameaças ³	--	9,4	14,3	3,2	17,2	43,0	81,2	57,0
Acidente de trânsito ⁴	--	19,4	4,2	5,2	33,2	44,7	--	55,3
Discriminação	--	16,1	10,7	8,7	2,1	9,2	97,1	90,8

Fonte: Observatório de Segurança – Prefeitura Municipal de Pelotas

Figura 5: Modelo de Gestão



Fonte: Observatório de Segurança – Prefeitura Municipal de Pelotas

A iniciativa investe fundamentalmente na *cultura da paz*, sendo dividida em cinco eixos com atividades integradas, metas definidas e acompanhamento da eficiência de ações e resultados — policiamento e justiça, prevenção social, fiscalização

administrativa, tecnologia e urbanismo.

Figura 6: Eixos do Pacto Pela Paz



Fonte: Observatório de Segurança – Prefeitura Municipal de Pelotas

Com acompanhamento permanente do Gabinete de Gestão Integrada Municipal (GGIM) e do Observatório de Segurança da Secretaria Municipal de Segurança Pública, os índices criminais e os resultados das ações (preventivas e repressivas) são debatidos em reuniões mensais, sempre com a presença da Prefeita Paula Schild Mascarenhas (KAPPENBERG, 2019), principal liderança local e que iniciou toda essa política, que pode ser considerada inovadora.

Dezenas de instituições têm assento no GGIM, todas com voz ativa e com direito à exposição de suas ideias, tanto na área da repressão quanto do setor preventivo, todas sem viés político partidário.

Além dos CVLIs, também são mensalmente acompanhados indicadores relacionados aos crimes contra vulneráveis e contra o patrimônio, como roubos (a pedestre, a transporte coletivo, a residência, a estabelecimento comercial) e furtos de veículo. Na questão repressiva, dá-se destaque à sinergia havida entre as instituições de segurança pública (em especial as Polícias

Figura 7: Instituições integrantes



Fonte: Observatório de Segurança – Prefeitura Municipal de Pelotas

O mais inovador, no entanto, é a estratégia focada nas questões de ordem preventiva, aplicadas em diversas áreas abrangidas pelas atribuições da Prefeitura.

Envolvendo diversas secretarias municipais, o projeto investe na horizontalidade e no diálogo intersetorial permanente, desafiando os gestores a buscarem resultados de curto, médio e longo prazos. Iniciativas que investem na primeira infância e no combate ao abandono intelectual de crianças e adolescentes ganham destaque, além daquelas que induzem a sociedade a

acolher e a dar oportunidades aos jovens que se encontram em situação de vulnerabilidade social.

O acompanhamento dos resultados e das metodologias aplicadas é sistemático e constante, o que acaba desafiando os grupos a buscarem melhores desempenhos, na medida em que o amadurecimento e o aprimoramento dos projetos vão ocorrendo conforme a implementação paulatina vai acontecendo.

Figura 8: Prevenção Primária

Prevenção Primária



Fonte: Observatório de Segurança – Prefeitura Municipal de Pelotas

No período avaliado, fica demonstrado que as metodologias aplicadas, preventivas e repressivas, têm levado à diminuição no número de crimes e nos índices monitorados. Os delitos contra o patrimônio, talvez os principais causadores da *sensação de insegurança* da sociedade, mantêm uma tendência de queda ou pelo menos de estabilização. Os CVLIs, da mesma forma, apresentam visível diminuição, superando os números (também positivos) da maioria das grandes cidades do Estado do Rio Grande do Sul.

A sociedade, por sua vez, além de poder controlar todo o processo, bimestralmente é informada tanto acerca das metodologias e ações aplicadas quanto dos resultados alcançados. O objetivo é tornar cristalino todo o processo, possibilitando uma compreensão do contexto e o início da retomada da expectativa

por melhores condições de vida no que diz respeito às questões de violência urbana e segurança pública.

Todo esse conjunto de ações começou a impactar os indicadores de criminalidade locais, conforme se percebe pelos quadros a seguir.

Figura 9: Quadro de avaliação do Pacto



Fonte: Observatório de Segurança – Prefeitura Municipal de Pelotas

Figura 10: Resumo comparativo 2018/2019





Fonte: Observatório de Segurança – Prefeitura Municipal de Pelotas

O resultado da atuação intensificada, com gestão estratégica, do município e dos órgãos envolvidos na persecução criminal, aliados a outros setores locais demonstrou-se uma ferramenta hábil a exercitar o controle da criminalidade. O programa, desenvolvido desde 2017, culminou com o lançamento de um Plano Municipal de Segurança Pública – Plamusp – em 2020 (LEITZKE, 2020), alinhado ao Plano Nacional de Segurança Pública e Defesa Social. Segundo Leitzke (2020), [...] *levantamento feito pelo Observatório de Segurança Pública, de 2002 até 2017, houve um aumento de 495% no índice de Crimes Violentos Letais Intencionais (CVLI) e, após três anos do início da atuação da SSP, até abril de 2020, o período registrou recorde histórico, com queda de 83,2% na ocorrência de roubos a pedestres na cidade*, o que demonstra que a construção do planejamento pelos órgãos estaduais de Segurança Pública e o Poder Público local tem gerado resultados positivos.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A pesquisa pode constatar a necessidade de uma conjugação de esforços interinstitucionais que possam redundar em resultados concretos no combate à criminalidade estruturada e enraizada no contexto local, de uma cidade. A repressão tradicional, realizada pelos órgãos de Segurança Pública do Estado, sozinha, não tem conseguido avançar, necessitando-se, cada vez mais, de investimentos em prevenção, ações estas, muito próximas das capacidades de articulação dos municípios, pois podem focar nos seus problemas bastante localizados.

O Direito Penal e a repressão desmedida, generalizada e formatada como se as realidades fossem iguais em todas as cidades e Estados, não conseguem apresentar resultados que impactem na sensação de segurança das pessoas em âmbito local. Esse fenômeno ocorre nas mais diversas regiões brasileiras,



desde os pequenos municípios que sofrem com a problemática das drogas entre suas crianças e adolescentes, até as grandes regiões metropolitanas, que convivem com a criminalidade organizada e com o descalabro do sistema penitenciário.

As iniciativas e políticas públicas que privilegiam um Direito Penal máximo e o consequente endurecimento das ações policiais não conseguem, sozinhas, devolver segurança à sociedade. Ademais, a exploração midiática dessas práticas tradicionais potencializa o medo e a necessidade de, cada vez mais e ilusoriamente, necessitarmos de proteção estatal/policial, algo impossível de se buscar.

Algumas experiências pontuais de gestores públicos municipais, notadamente em questões preventivas, conjugadas com articulações e investidas das forças de segurança (repressão), devem ser cada vez mais consideradas e contempladas, pois já mostram, inclusive, uma mudança de paradigma no que diz respeito à percepção dos problemas e da necessidade, premente, de um novo enfrentamento das complexas variáveis do tema *segurança pública*.

Já se percebem, conforme se analisou no presente texto, os resultados concretos relacionados a essas ações multisetoriais, em diversos Municípios do Brasil e em alguns grandes centros urbanos mundialmente conhecidos, como Nova Iorque (EUA), Medellín e Bogotá, estas últimas na Colômbia.

As administrações públicas municipais que não se omitiram começam a colher os resultados das ações integradas. O exemplo de Pelotas, no Rio Grande do Sul, demonstra à exaustão a capacidade de articulação que está disponível ao gestor público local que desejar o protagonismo na temática da Segurança Pública.

Nas últimas décadas, o Estado gastou somas vultuosas em repressão desmedida, priorizando devaneios políticos e midiáticos, sem atentar para problemas estruturais, como desenvolvimento socioeconômico, investimentos em programas de



prevenção direcionados a crianças e adolescentes ou aos mais vulneráveis. Além disso, as instituições públicas, muitas delas fechadas em suas ideologias e concepções pré-concebidas, por muito tempo deixaram de promover a integração, a troca de experiências e a abertura ao diálogo.

A verdade é que vive-se num debate interminável sobre como fazer *segurança pública*, haja vista o crescimento de facções criminosas, o caos do sistema prisional, a perda de crianças e adolescentes para o tráfico de drogas, a banalização dos crimes contra o patrimônio e o pouco envolvimento do Estado em questões estruturais que possam modificar essa realidade. A reação estatal, pois, não pode ficar resumida à implementação de legislações que penalizam toda e qualquer conduta ou que privilegiam apenas ações policiais e de repressão, sob pena de aumentarmos ainda mais o retrabalho e a desmotivação das instituições públicas.

Por outro lado, no Brasil, há um manancial de excelentes profissionais que se dedicam às causas da segurança, que em muito podem contribuir para um debate progressista, inovador e sem pré-conceitos, algo que possa fortalecer as boas experiências e fazer valer as iniciativas que unam todos os poderes instituídos, assim como se tem feito em alguns lugares do mundo e do Brasil. A sociedade espera isso. Ela está cansada, e exige muito mais dos seus gestores, especialmente os de âmbito local.



REFERÊNCIAS

BECK, Ulrich. *Sociedade de Risco*. Rumo a uma outra modernidade. Tradução de Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2011.

CAVALCANTI, Murilo. *As lições de Bogotá & Medellín* – do



- caos à referência mundial. Tradução de Andreza Solange. Recife: INTG – Instituto da Gestão, 2013.
- DIAS, Camila Nunes; MANSO, Bruno Paes. Tecendo redes criminais: as políticas de encarceramento e a nacionalização das facções prisionais. *Anuário brasileiro de segurança pública* – 2014-2017. Edição especial. São Paulo, 2018. Disponível em: http://www.forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2018/09/FBSP_ABSP_edicao_especial_estados_faccoes_2018.pdf. Acesso em: 21 mai. 2019.
- DONSKIS, Leonidas. Entre o medo e a indiferença. In: BAUMANN, Zygmunt; DONSKIS, Leonidas. *Cegueira moral: a perda da sensibilidade na modernidade líquida*. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. 1ª Edição. Zahar: Rio de Janeiro, 2014.
- ENGEL, Pamela; STERBENZ, Christina; LUBIN, Gus. The 50 Most Violent Cities in The World. In *Business Insider*. Disponível em <http://www.businessinsider.com/the-most-violent-cities-in-the-world-2013-11> Acesso em: 22 mai. 2019.
- GRECO, Rogério. *Direito penal do equilíbrio: uma visão minimalista do direito penal*. 4ª Edição. Niterói: Impetus, 2009.
- GUINDANI, Miriam Krenzinger A. Políticas municipais de segurança. In: LIMA, Renato Sérgio de; RATTON, José Luiz; AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de (orgs). *Crime, Polícia e Justiça no Brasil*. São Paulo: Contexto, 2014.
- HOMMERDING, Adalberto Narciso; LYRA, José Francisco dias da Costa. *Direito penal e hermenêutica*. Uma resposta constitucional ao estado de exceção. Curitiba: Juruá, 2016.
- KAHN, Túlio; ZANETIC, André. O papel dos municípios na Segurança Pública - estudos criminológicos.



Observatório de Segurança da Prefeitura Municipal de São Paulo, São Paulo, 2005. Disponível em: <http://www.observatoriodeseguranca.org/files/Papel%20dos%20munic%C3%ADpios%20na%20Seguran%C3%A7a%20P.pdf>. Acesso em: 20 mai. 2019.

KAPPENBERG, Kimberlly. Observatório de Segurança Pública aponta diminuição dos crimes patrimoniais: Gabinete de Gestão Integrada se reuniu nesta segunda-feira para avaliar dados do Pacto Pelotas pela Paz. *Prefeitura de Pelotas*. 14/10/2019. Disponível em: <http://www.pelotas.rs.gov.br/noticia/observatorio-de-seguranca-publica-aponta-diminuicao-dos-crimes-patrimoniais>. Acesso em 07 jul. 2020.

KOPITTKE, Alberto. Lições dos Anos Díficeis. *Anuário brasileiro de segurança pública – 2014-2017*. Edição especial. São Paulo, 2018. Disponível em: http://www.forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2018/09/FBSP_ABSP_edicao_especial_estados_faccoes_2018.pdf. Acesso em: 21 mai. 2019.

KOPITTKE, Alberto. O papel dos municípios na segurança pública. In: MENDES, Gilmar. (Org). *Gestão Pública e Direito Municipal: Tendências e Desafios*. 1ª Edição Porto Alegre: Saraiva, 2016.

LEITZKE, Vitória. Executivo lança Plano Municipal de Segurança Pública: Documento determina estratégias, ações e metas para combater criminalidade. *Prefeitura de Pelotas*. 21/06/2020. Disponível em: <http://www.pelotas.com.br/noticia/executivo-lanca-plano-municipal-de-seguranca-publica>. Acesso em: 07 jul. 2020.

MARTINS, Helena. População carcerária quase dobrou em dez anos. *Agência Brasil*. Brasília, 2018. Disponível em: <http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2018-06/populacao-carceraria-quase-dobrou-em-dez-anos>. Acesso em: 22 mai. 2019.



- MAZZA, Carlos. As lições de quem reduziu a violência. *O Povo*. Disponível em: <https://www.opovo.com.br/jornal/dom/2018/04/as-lico-es-de-quem-reduziu-a-violencia.html>. Acesso em: 22 mai. 2019.
- NITAHARA, Akemi. Armas de fogo são responsáveis por 71% dos homicídios no Brasil. *Agência Brasil*. Rio de Janeiro, 2018. Disponível em: <http://agenciabrasil.ebc.com.br/direitos-humanos/noticia/2018-06/armas-de-fogo-sao-causa-da-morte-de-71-dos-homicidios-no-brasil>. Acesso em: 20 mai. 2019.
- SANTOS, José Vicente Tavares dos. Modernidade Tardia e Violência. In: LIMA, Renato Sérgio de; RATTON, José Luiz; AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de (orgs). *Crime, Polícia e Justiça no Brasil*. São Paulo: Contexto, 2014.
- SILVEIRA, Andréa Maria. A prevenção do crime e segurança comunitária. In: LIMA, Renato Sérgio de; RATTON, José Luiz; AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de (orgs). *Crime, Polícia e Justiça no Brasil*. São Paulo: Contexto, 2014.
- SOARES, Luiz Eduardo. Segurança Pública: presente e futuro. *Estudos Avançados*: São Paulo, 2006, v. 20, n. 56. Disponível em <http://www.scielo.br/pdf/ea/v20n56/28629.pdf>. Acesso em 30 abr. 2019.
- TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios Básicos de Direito Penal*. 5ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2012.



Abstract : This article aims to analyze the possibility of punishing state agents who committed the crime of forced disappearance of people in Brazil, during the military dictatorship. Theoretical research is carried out using the deductive method, whose techniques used to achieve the objectives outlined here basically consist of an investigation through theoretical sources, such as the normative, bibliographic, doctrinal and national and international jurisprudence, in addition to others documentary. The theme deserves to be investigated, given the scarcity of doctrinal approaches in Brazil, with little jurisprudence on the subject. The foundation on the need for punishment of state agents, and the way this can happen, constitutes the originality in facing the issue. It is understood that the treatment of criminal issues involving the forced disappearance of people in Brazil should eliminate impunity, so that the victims' families have a response from the State about where the bodies of their loved ones are.

Keywords: Brazil. Crime. Forced Disappearance. Punishment. Fundamental Rights.

INTRODUÇÃO



 apresentando o tema, enuncia-se que o desaparecimento forçado pode ser compreendido, consoante aos Tratados e Convenções Internacionais, como sendo a prisão, detenção, sequestro ou qualquer outra forma de privação de liberdade, que seja perpetrada por agentes do Estado, por pessoas ou grupos de pessoas atuando com a autorização do Estado, com seu apoio ou aquiescência, e a subsequente negativa em admitir a privação de liberdade, a ocultação do destino ou paradeiro da pessoa desaparecida, privando-a assim da proteção



da lei.

Trata-se de privação de liberdade ilegal e arbitrária, que é ocultada, não sendo admitida pelo Estado, seu mentor ou partícipe. O desaparecimento forçado é uma estratégia estritamente vinculada à impunidade, pois o governo responsável por tal ato, de forma deliberada, oculta suas circunstâncias, bem como suprime a identidade de seus autores, assegurando seus anonimatos, a fim de excluir suas responsabilidades.

O desaparecimento forçado caracteriza-se por seu efeito permanente, contínuo, perdurando até que se esclareça o paradeiro da vítima, viva ou morta. O Estado tem a obrigação de investigar, reparar seus danos e punir os agentes responsáveis pela prática de tal conduta, durante todo o período em que permanecer a incerteza sobre o paradeiro da vítima.

No Brasil, a prática de desaparecimentos forçados de pessoas teve seu auge durante a última ditadura militar (1964/1985), sobretudo, no final dos anos sessenta e início dos anos setenta (1968/1974), ocasião em que desapareceram, aproximadamente, 243 (duzentos e quarenta e três) cidadãos.

Neste período, grande parte dos países latinoamericanos era governada por militares, vivenciando-se turbulências sociais, políticas e econômicas que originaram a criação de grupos de esquerda que, inconformados, combateram estes regimes de exceção. Tal fato culminou com inúmeros mortos e, no caso em tela, com uma série de desaparecimentos forçados.

Este método foi utilizado como mecanismo de manutenção do poder por parte dos militares que, inclusive, se associaram na América do Sul, constituindo verdadeiro terrorismo de Estado, sem viés ideológico, cujo objetivo era o de incutir medo na população e exterminar inimigos do governo.

Este artigo tem por escopo analisar a hipótese punitiva em relação ao crime de desaparecimento forçado no Brasil. O tema carece de uma pesquisa científica, ante a escassez de abordagens doutrinárias no Brasil, havendo somente três julgados



sobre o assunto, todos preferidos pelo Supremo Tribunal Federal, cuidando de extradições sobre este crime de agentes estatais (militares) argentinos e uruguaios.

Reafirma-se a relevância e atualidade deste tema, pois grande parte dos casos de desaparecimento forçado não foi solucionado, e seus autores não foram punidos, sendo correto afirmar que as circunstâncias dos fatos ficaram sem explicações aos familiares dos desaparecidos. Na esfera penal, a possibilidade de punição dos agentes de Estado que cometeram crimes contra a humanidade, na última ditadura militar brasileira, e o modo como isto pode ocorrer constituem o eixo principal desta pesquisa.

Sabe-se que esta tese encontra oposição doutrinária e jurisprudencial, em especial, pela incidência da lei nova para delitos permanentes (o que não constitui retroatividade da lei penal) e pela declaração da vigência da lei de anistia feita pelo Supremo Tribunal Federal. Entretanto, estes argumentos serão refutados, como será demonstrado, ante a permanência deste crime e o próprio posicionamento em Súmula do Supremo Tribunal Federal, além do suporte no direito internacional via análise dos Tratados e Convenções sobre desaparecimento forçado, constituindo a referida imputação penal como tendência a ser seguida pela maioria dos países democráticos.

Com isto, será permitido exercer o direito à verdade (individual e social), havendo, em consequência, a persecução penal do crime analisado, que tem como uma de suas características justamente impedir que as vítimas ou seus familiares possam efetivar seus direitos. Em suma, espera-se contribuir para a prevenção, a punição, o combate à impunidade e a eliminação/minimização do delito de desaparecimento forçado de pessoas no Brasil, auxiliando-se decisivamente na proteção dos Direitos Humanos, da democracia e da vigência do Estado Democrático de Direito.

Busca-se contribuir para que o desaparecimento forçado



de pessoas, especialmente por motivação política, não mais se repita na história do Brasil, bem como que o paradeiro dos desaparecidos possa ser esclarecido, punindo-se os responsáveis por tal crime contra a humanidade.

1 A NOSSA TÊNUE JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO

Adentrando-se na discussão sobre a Justiça de Transição no Brasil que, diferentemente dos demais países Sul-Americanos, como Chile, Argentina, Peru e Uruguai, pode-se dizer que a mesma é frágil, não tendo, até este ponto, força normativa, tudo em face da vigência da nossa Lei de Anistia, convalidada, ao menos momentaneamente, pelo Superior Tribunal Federal via Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF n.º 153.

A redemocratização de um país não pode passar sem a realização de Justiça perante eventuais violações de Direitos Humanos, em regra, praticadas por regimes de exceção durante períodos ditatoriais. Florescendo esta transição, nasce à própria Justiça de Transição.

Há algumas condutas que são intoleráveis e inadmissíveis, e a violação dos Direitos Humanos é uma delas. O Brasil e seu último período de regime militar (1964/1985) foram marcados pela Era antidemocrática e pela violação de direitos, sendo necessário que haja a busca pela verdade e o resgate da memória, a fim de amenizar este tempo sombrio.

Este assunto quedou-se interessante após a redemocratização do Brasil, onde algumas questões jurídicas ficaram enteradas em um buraco negro em nossa história. A Lei de Anistia (n.º 6.683/79), por si só, tem o condão de fazer com que se possa esquecer crimes contra a humanidade, como por exemplo, a tortura e o desaparecimento forçado de pessoas?

Claramente, não. Como se sabe, crimes contra a humanidade não comportam anistia. Nossos vizinhos latinoamericanos



ensinaram-nos como primar pela moral, memória, verdade e civismo, ao apurar e punir crimes análogos, como ocorreu no Chile, Uruguai e, principalmente, na Argentina.

No entanto, as respostas têm sido afirmativas, ou seja, nossa Lei de Anistia vale para tudo (e para todos). Sob esta tese (eficácia desta Lei), ações judiciais tentando escavar esse buraco e desenterrar parte de nossa infeliz história, como foi a ditadura militar de 1964/1985, com o aval do Supremo Tribunal Federal, têm sido barradas em nossos tribunais.

As denúncias criminais oferecidas pelo Ministério Público Federal, ou foram rejeitadas, ou estão sobrestadas, como os demais processos desta ordem, em grau de recurso, aguardando o posicionamento definitivo do Supremo Tribunal Federal sobre o tema.

Resta evidente que esta impunidade dada aos agentes de Estado que praticaram delitos de lesa-humanidade se assemelha à atual, onde corruptos assaltam o país, se locupletam de dinheiro público e, quando muito, devolvem migalhas.

Por certo, muito devido à persistência dos familiares das vítimas de mortos, torturados e desaparecidos, às Organizações Não Governamentais, à Ordem dos Advogados do Brasil, à Associação Brasileira de Imprensa, além de combativos operadores do Direito, em especial, o Ministério Público, da Organização das Nações Unidas, da igreja, de políticos e dos estudantes, a luta pela descoberta da verdade e da memória continua e não será (nem pode ser) em vão.

Traz-se o tema à baila para que se possa discutir e aprofundar as hipóteses de solução para esta face oculta encontrada em nosso ordenamento jurídico, onde direitos e garantias fundamentais simplesmente foram ignorados pelo Estado e seus agentes. Nunca é tarde para se lutar por verdade e justiça, tendo-se sempre como premissa a dignidade da pessoa humana.

Não obstante muitos comunguem com a ideia de que foram juízos de exceção, o fato é que são expoentes, nos dizeres



de Elster (2006), constituindo os primeiros marcos da Justiça de Transição, os Tribunais de Nuremberg e o de Tóquio, ambos criados após a Segunda Guerra Mundial. A tratativa dada por Tribunais Judiciais para processos e o julgamento de líderes nazistas revolucionaram o Direito no século XX.

Eis o porquê da denominada “Transição”, isto é, passagem de um período marcado por graves violações aos Direitos Humanos para a redemocratização e legalidade, tudo via judicial. Houve uma efetiva Justiça de Transição em períodos na América Latina, nos anos de 1980 e 1990, nos países onde se deu essa fase denominada “Transição”, o que lamentavelmente, até hoje, ainda não abrangeu o Brasil. Ainda é tempo.

Também há o já citado trabalho desenvolvido e finalizado pela Comissão da Verdade, criada em 2012. Foi apenas o início deste longo caminho que ainda se tem para resgatar a memória, a verdade e atingir a responsabilizações dos violadores de Direitos Humanos.

Registre-se que há um grupo de agentes do Estado brasileiro que estão sendo processados na Itália. Todos eles atuavam à época (década de 1970/80) em órgãos de repressão no Estado do Rio Grande do Sul, onde ocorreram os fatos (municípios de Uruguaiana e *Paso de los Libres* - Argentina): João Osvaldo Leivas Job (Coronel do Exército e Secretário de Segurança Pública do RS), Carlos Alberto Ponzi (Coronel do Exército e chefe do SNI em Porto Alegre), Átila Rohrsetzer (Coronel do Exército e chefe do DOI-CODI no RS) e Marco Aurélio da Silva Reis (Delegado de Polícia - DOPS, em Porto Alegre).

Não por coincidência, todos também estiveram envolvidos com o fato conhecido nacionalmente como o “sequestro do casal de uruguaios”, Lilián Ciliberti e Universindo Diaz, em 1978, em Porto Alegre/RS. Na ocasião, duas crianças, seus filhos, também foram “levadas” por militares uruguaios e brasileiros. Como a imprensa ficou sabendo e o caso se tornou público, com indignação popular, a ditadura uruguaia foi



“obrigada” a devolvê-los vivos, não antes de ficarem presos e terem sido torturados até 1984.

Aqueles quatro brasileiros foram considerados no relatório da Comissão Nacional da Verdade, como autores diretos de condutas que ocasionaram graves violações de Direitos Humanos. Há que se aguardar o desfecho do caso na Itália.

A Justiça de Transição tem o intuito de enfrentar injustiças, contribuir para a volta da legalidade, da efetivação do Estado Democrático de Direito, além de fortalecer a democracia, como enfatiza Torelly (2010).

Abrão e Torelly (2010) preconizam que, no Brasil, a institucionalização e o conceito de Justiça de Transição deu-se pela ONU, sendo correto afirmar que ações no sentido de se efetivar essa justiça já eram realizadas pelo governo brasileiro, como ocorreu em 2004, através da criação da Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos, e pela criação da Comissão de Anistia do Ministério da Justiça, havendo a conceituação formal de Justiça de Transição em políticas públicas, em 2008, via Comissão de Anistia.

O seu conceito é atribuído, conforme aduz Bell (2009), em livre tradução, como sendo tanto um conjunto de políticas públicas quanto uma área de investigação científica, caracterizada pela imensa interdisciplinaridade com uma abordagem voltada para a situação das vítimas. Ela tem uma finalidade essencialmente social pró-Direitos Humanos, a fim de que “nunca mais” aconteçam atrocidades oriundas do Estado.

Segundo a Organização das Nações Unidas-ONU (2004), denomina-se como um conjunto de processos e mecanismos políticos e judiciais, efetivados pela sociedade, após ou em conflito para esclarecer e cuidar dos abusos produzidos em massa contra os Direitos Humanos, assegurando-se as responsabilizações dos infratores e reparação às vítimas ou familiares desta, bem como a não reiteração de fatos desta natureza (novas violações).



São estas as obrigações que o Brasil tem e deve arcar, conforme Méndez (2011, p. 200): “se fazem presentes quando o Estado viola qualquer direito previsto em instrumentos universais”, ou seja, quando há violações sistemáticas e em massa aos



direitos elementares das pessoas, como no caso à liberdade (de pensamento, opinião, etc.). Enfatiza Méndez (2011) que estas obrigações são separadas e distintas entre si.

Como referido anteriormente, o esclarecimento histórico e as políticas de memórias e verdade foram enriquecidas e alimentadas pelo trabalho concluído pela Comissão Nacional da Verdade, constituída pela Lei n.º 12.528/11, instalada em 2012 e finalizada em dezembro de 2014, para analisar, sem o poder de punição, as violações de Direitos Humanos ocorridas no Brasil (de 1946 a 1988), tudo para efetivar o direito à “memória e à verdade histórica e promover a reconciliação nacional”.

A CNV - Comissão Nacional da Verdade encerrou seus trabalhos em dezembro de 2014, produzindo um rico acervo de pesquisas. Seu trabalho foi relatado em 03 (três) livros, sendo que: o primeiro descreve os fatos e as violações ocorridas no período do regime militar (especialmente de 1964/1985); o segundo volume traz textos temáticos subscritos pelos Conselheiros da Comissão; e o terceiro livro é totalmente dedicado às vítimas, narrando-se as atrocidades sofridas pelas mesmas.

Isto possui alta relevância para o Brasil. É necessário que todos nós possamos conhecer o que efetivamente ocorreu no período ditatorial, em relação às condutas tidas pelos agentes de Estado que violaram os Direitos Humanos. Não se “apagam” da memória fatos de tanta repercussão no seio da sociedade e, em especial, para as famílias das vítimas que merecem uma resposta do Estado, sobretudo, aquelas que até hoje não puderam (ou nunca poderão) sepultar seus entes queridos, uma vez que o Estado fez com que simplesmente “desaparecessem”.

Funcionalmente, a Justiça efetivou-se no Brasil a partir da Constituição Cidadã de outubro de 1988. Não paira dúvida de que temos um Poder Judiciário independente, atuante e que cumpre a sua missão constitucional, de modo, quase sempre, satisfatório. Decisões como a polêmica validação da Lei de Anistia pelo STF devem ficar no campo das ideias a serem (re)discutidas



e recorridas, como foi o caso. O importante é que os juízos de exceção não encontrem mais espaço para atuarem, até porque foram vedados expressamente pela CF/88, em seu artigo 5.º, XXXVII.

Como se disse acerca da reparação de danos às vítimas, o Estado brasileiro reconheceu através da Lei n.º 9.140/95 a sua responsabilidade pelos desaparecimentos políticos, nominando as pessoas nessa situação e reparando pecuniariamente os danos causados, culminando-se com a edição e registro no livro “Direito à Memória e a Verdade”, da Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República (2007).

Nossa reforma das instituições de segurança também não avançou muito, ao longo dos tempos. Por certo, crimes políticos não são mais coibidos com violência, prisões, torturas e mortes. Vivemos, de fato e de direito, em uma democracia. Os partidos políticos de esquerda (ou de direita) estão todos legalizados e participando do jogo democrático. Entretanto, a violência policial para com a sociedade (entenda-se para os negros e pobres) continua em pleno vigor, havendo sistemática prática de torturas em delegacias de polícia contra esses menos favorecidos que cometem crimes comuns. Uma verdadeira reforma só pode se dar com a eliminação de uma palavra-chave conhecida como impunidade que, aliada ao corporativismo, constitui os grandes males de qualquer categoria ou instituição.

O combate e a investigação para a punição das violações havidas estão sendo realizados pelo Ministério Público brasileiro, ainda que de modo tímido, se comparado ao que fizeram o Chile e a Argentina.

Enfim, no Brasil, a temática da responsabilização encontra sérios obstáculos. De início, teríamos de conhecer a verdade, até para identificar quem e quais foram os agentes de Estado que atuaram nesta época. Entretanto, essa busca da verdade resvala no difícil acesso aos documentos públicos e privados, aos arquivos, enfim, a todo material que documentou este período do



regime militar.

Tal documentação informativa seria uma ferramenta para constituir instrumento, a fim de se obter a verdade e de se resgatar a memória para a responsabilização judicial dos envolvidos.

Obra de destaque e grande valor, constituindo fonte de consulta e acervo riquíssimo, foi a publicação do livro “Brasil: nunca mais”, em 1985, pensado e prefaciado por Dom Paulo Evaristo Arns, acompanhado pelo Rabino Henry Sobel e pelo Reverendo Jaime Wright. Trabalho este da Arquidiocese de São Paulo (2009), que trouxe à baila os fatos ocorridos durante a nossa última ditadura militar, com as perseguições, os assassinatos, os desaparecimentos, etc., via depoimentos e documentos que narram inúmeras violações de Direitos Humanos.

Reitera-se que se faz necessária a abertura completa dos arquivos por parte do governo, pois facilitará a identificação dos agentes de Estado que cometeram crimes de lesa-humanidade, possibilitando, também, a identificação e talvez a localização das vítimas mortas e desaparecidas. Tais fatos constituem-se como reais obstáculos para se perseguir a verdade e resgatar a memória, enfim, para passar uma borracha neste período negro de nossa história via esclarecimento dos fatos ocorridos. Sobre isto, aduz Quinalha (2014):

A discussão em torno da punição (e da impunidade) dos crimes cometidos por agentes públicos durante a ditadura militar brasileira (1964-1985) não é uma novidade na agenda da sociedade civil organizada e das Forças Armadas em nosso país. Desde os primeiros momentos em que nosso autoritarismo já exausto desencadeou a política gradual de distensão e de abertura, e em que os movimentos sociais que lutavam pela democratização entraram em cena, o tema da responsabilidade criminal dos perpetradores de graves violações de Direitos Humanos esteve presente nos embates que marcaram a duradoura e controlada transição política brasileira (QUINALHA, 2014, p. 4).

Surge, então, a pergunta que não se pode calar: Punir por quê? Prossegue Quinalha (2014), enfatizando que a



responsabilização criminal dos agentes de Estado que cometeram crimes de lesa-humanidade é obrigação do Estado brasileiro, diante dos Tratados e Convenções ratificados pelo Brasil. Isso irá abranger e pacificar uma série de áreas, como a política, com o esclarecimento e conhecimento sobre a verdade do que aconteceu, e a cultural, afastando-se a sensação de impunidade. Isso tudo porque nossa sociedade tem a compreensão de que todos os crimes recebem uma sanção, então, não é plausível que estes graves crimes tenham tratamento diferenciado e fiquem sob o manto da impunidade, com supedâneo na famigerada Lei de Anistia acatada como “legal” pelo STF. Soares e Kishi (2009) enunciam sobre isso que:

Toda impunidade e inércia de fatos tão graves é nociva e não deveria jamais ser admitida, e a que se relaciona aos crimes do período militar brasileiro é especialmente perigosa. Ela está no cerne da cultura de que às vezes a tortura se justifica, de que o torturador não é um criminoso tão reprovável [...]. É preciso que a justiça brasileira coloque um fim a qualquer traço que seja identificado como complacente com as violações a Direitos Humanos, a começar pelas ocorridas durante a ditadura militar. Do contrário, a cadeia de impunidade não terá fim (SOARES; KISHI, 2009, p. 5).

Piovesan (2015, p. 108) pondera que “a justiça de transição no Brasil foi incapaz de fomentar reformas institucionais profundas, a culminar, por exemplo, na criação de uma Corte Constitucional, como ocorreu em outros países”. Prossegue a Professora Flávia, aduzindo que o Estado tem o dever de investigar, processar e punir, além de reparar as graves violações aos Direitos Humanos ocorridos no Brasil, como exemplo, os crimes de tortura, desaparecimento forçado e execução sumária, que como é sabido, não comportam anistia ou prescrição por serem de lesa-humanidade. Cuida-se de uma ritualização, da passagem entre o regime ditatorial e a redemocratização nacional.

Lembra-nos Weichert (2008) que, com o surgimento de vários grupos de oposição política ao regime militar instalado em 1964, houve persistente perseguição de parte da sociedade



civil brasileira, existindo uma verdadeira política de Estado, no sentido de atacar, prender, torturar e matar seus opositores, o que constitui, à luz do artigo 7.º do Estatuto de Roma, que criou o Tribunal Penal Internacional (ratificado pelo Brasil em 2002), crimes contra a humanidade, uma vez que foram praticados por agentes do Estado contra grupos da sociedade civil, sendo certo que são imprescritíveis e não estão sujeitos ao benefício da anistia.

Sobre os desaparecidos no Brasil, na obra “Vala clandestina de Perus: desaparecidos políticos, um capítulo não encerrado na nossa história”, Weichert (2012) assevera que a violência pretérita se conecta com a do presente, e a indignidade do desaparecimento forçado “se perpetua na supressão da possibilidade da família lhe dar sepultamento digno. Desde os antigos (gregos, egípcios, latinos) a pior forma de impiedade era deixar de sepultar os corpos.” (WEICHERT, 2012, p. 117).

Weichert (2012) aduz que o Brasil convive com estes dois cenários, passado e presente, por ter cometido violações de Direitos Humanos, na última ditadura, e se mantém firme em não querer descobrir o que houve, revelar a verdade e localizar os corpos, a fim de se garantir direitos fundamentais aos familiares das vítimas.

A anistia tem validade para torturadores? Por óbvio, não. Até porque eles não cometeram crimes políticos. Anistia é para isso, anistiar crimes dessa natureza. O que houve por parte dos agentes de Estado foi uma operação (Condor), literalmente em forma sistemática e contumaz, direcionada à violação de Direitos Humanos como política de Estado, com o intuito de eliminar inimigos do regime militar.

O Ministério Público Militar da União traz exemplo claro de Justiça de Transição, quando o 1.º Ofício - Rio de Janeiro, em fevereiro de 2011, instaurou procedimento para ajudar a descobrir a verdade sobre casos de desaparecimentos forçados praticados e, se possível, encontrar corpos das pessoas desaparecidas



durante a última ditadura militar, neste estado (RJ) e no Espírito Santo, ambos sob jurisdição da 1.^a Circunscrição Judiciária Militar da União.

O caso expoente é o do deputado Rubens Paiva, sabidamente sequestrado e morto nesta jurisdição militar. Eis um exemplo concreto da prática da Justiça de Transição no Brasil.

Inusitado aspecto jurídico deu-se no Brasil, ou seja, como refere George Marmelstein Lima no artigo sobre direitos fundamentais, onde abordou a guerra de gigantes STF *versus* a CIDH e a Lei de anistia. Surgiu um conflito internacional de decisões ocorrido entre a Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), no Caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) *versus* Brasil, e o STF, que teve de decidir, a pedido da OAB, sobre a anulação parcial da Lei de Anistia de 1979 via Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n.º 153/2008.

Sobre o tema, a Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) deliberou que as disposições da Lei de Anistia brasileira, que impossibilitam a investigação e sanção de graves violações de Direitos Humanos, não são compatíveis com os dizeres da Convenção Americana, pois carecem de efeitos jurídicos e não podem seguir representando um obstáculo para a investigação dos fatos do presente caso, nem para a identificação e punição dos responsáveis, e tampouco podem ter igual ou semelhante impacto a respeito de outros casos de graves violações de Direitos Humanos, consagrados na Convenção Americana e ocorridos no Brasil.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos ainda determinou que o Brasil deverá conduzir eficazmente, perante a jurisdição ordinária, a investigação penal dos fatos, a fim de esclarecê-los, imputando-se as correspondentes responsabilidades penais e aplicar efetivamente as sanções e consequências que a lei preveja.



2 A PUNIÇÃO DOS AGENTES DE ESTADO QUE VIOLARAM DIREITOS HUMANOS NO BRASIL

O posicionamento pela punição aqui levantada resta plausível e necessária. Exemplificando-se, se for implementada e vigorar a tese inicial, havendo, em decorrência, a tipificação do crime em análise, caso apareça um agente estatal e confesse ter cometido o delito de desaparecimento forçado na recente ditadura militar brasileira, narrando com riqueza de detalhes, tudo somado à farta prova documental e testemunhal que demonstrem verossimilhança de suas alegações (local onde está o corpo, forma em que ocorreu a morte, etc.), esta pessoa ficaria impune?

Não. Torna-se obrigatório combater a impunidade, assegurando-se a efetivação da justiça, propiciando assim o fortalecimento da democracia, como fizeram nossos vizinhos Sul-Americanos Chile, Argentina e Uruguai.

Nas palavras de Abrão e Torelly (2011), resta a possibilidade de buscar-se no plano nacional a punição dos agentes estatais que violaram Direitos Humanos, para além das bordas do que decidiu o Supremo Tribunal Federal na ADPF n.º 153:

A priori, seguem abertas as seguintes possibilidades após a decisão da Corte: (I) a apuração de delitos cometidos após agosto de 1979, haja vista terem sido praticados torturas, mortes e desaparecimentos mesmo após essa data; (II) o acionamento na esfera civil dos responsáveis por graves violações aos Direitos Humanos, especialmente em ações declaratórias; (III) a implementação de ações similares aos “juízos da verdade”, com o acionamento do Judiciário para o esclarecimento de fatos históricos obscuros; (IV) na interpelação ao STF relativa aos crimes de desaparecimento forçado sobremaneira em razão de jurisprudência anterior da própria Corte, que os consideraram crimes continuados (ABRÃO; TORELLY, 2011, p. 244, grifo nosso).

2.1 A LEI DE ANISTIA BRASILEIRA

Um dos principais óbices à penalização dos agentes



estatais que cometeram violações de direitos fundamentais pode ser visto na decisão do Supremo Tribunal Federal, na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 153, que convalidou a lei de anistia.

De início, não se pode esquecer que estas leis de anistia, em regra, são promovidas durante o regime de exceção que afrontou Direitos Humanos, tendo a plena intenção de proteger e beneficiar os agentes estatais que cometeram tais crimes, como se deu no Brasil, ou seja, não consiste em negociação ou consenso algum, mas, na verdade, cuidou-se de uma imposição da vontade dos “vencedores”.

Há uma grande discussão sobre a Lei de Anistia. Abrão e Torelly (2011) aduzem que:

Uma das grandes marcas históricas dessas disputas envolve a Lei de Anistia 6683/79 que recentemente foi objeto de interpretação pelo Supremo Tribunal Federal (STF), gerando um grande debate sobre seu alcance. De um lado, os defensores da tese de que sua interpretação conforme a Constituição abriria a possibilidade de responsabilização dos agentes estatais perpetradores de violações aos Direitos Humanos, já que não teriam sido atingidos pela proposta de anistia trazida pela referida Lei. De outro lado, a tese vencedora no STF, afirmando o caráter da Lei como ampla, geral e irrestrita, fruto de um grande acordo nacional construído à época, que não poderia ser revisto sob pena de abalo à consolidação das instituições democráticas no país (ABRÃO; TORELLY, 2011, p. 253, grifo nosso).

Adere-se à primeira hipótese. O fato é que, ferindo qualquer amparo normativo razoável, ante a clareza de que crimes contra a humanidade são insuscetíveis de anistia, o Supremo Tribunal Federal, por maioria (7 x 2), posicionou-se favorável à mencionada lei. É o que se observa nas “Notícias do STF”, de 29 de abril de 2010, onde se registra que na votação do julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 153, a Suprema Corte rejeitou o pedido da Ordem dos Advogados do Brasil, por uma revisão na Lei da Anistia (Lei n.º 6.683/79).

Nesta questão, a Ordem pretendia que o Supremo



anulasse o perdão dado aos representantes do Estado (policiais e militares), acusados de praticar atos de tortura durante o regime militar. O caso foi julgado improcedente por 7 (sete) votos a 2 (dois).

Foi voto vencedor o do Ministro Eros Grau, relator do processo. Ele fez uma minuciosa reconstituição histórica e política das circunstâncias que levaram à edição da Lei da Anistia e ressaltou que não cabe ao Poder Judiciário rever o acordo político que, na transição do regime militar para a democracia, resultou na anistia de todos aqueles que cometeram crimes políticos e conexos a eles no Brasil, entre 2 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979, devendo esta modificação, se for o caso, ser feita pelo Poder Legislativo.

Concordando com o Ministro Eros Grau, posicionaram-se dessa maneira as Ministras Cármen Lúcia Antunes Rocha e Ellen Gracie, e os Ministros Gilmar Mendes, Marco Aurélio, Celso de Mello e Cezar Peluso. Defenderam uma revisão da lei, alegando que a anistia não teve “caráter amplo, geral e irrestrito” os Ministros Ricardo Lewandowski e Ayres Britto. Para eles, certos crimes são, pela sua natureza, absolutamente incompatíveis com qualquer ideia de criminalidade política pura ou por conexão.

Finalizando o julgamento, o então presidente da Corte, Ministro Cezar Peluso, disse que nenhum Ministro tem dúvida sobre a “profunda aversão por todos os crimes praticados, desde homicídios, sequestros, tortura e outros abusos, não apenas pelos nossos regimes de exceção, mas pelos regimes de exceção de todos os lugares e de todos os tempos”. Contudo, a ADPF não tratava da reprovação ética dessas práticas, de acordo com Peluso. A ação apenas propunha a avaliação do artigo 1.º (parágrafos 1.º e 2.º) da Lei de Anistia e da sua compatibilidade com a Constituição de 1988.

Peluso avaliou que a anistia aos crimes políticos é, sim, estendida aos crimes “conexos”, como diz a lei, e esses crimes



são de qualquer ordem. Para o então Presidente da Corte, a Lei de Anistia transcende o campo dos crimes políticos ou praticados por motivação política. Peluso destacou alguns pontos que justificaram o seu voto pela improcedência da ação. O primeiro deles é que a interpretação da anistia é de sentido amplo e de generosidade, e não restrito. Em segundo lugar, ele avaliou que a norma em xeque não ofende ao princípio da igualdade, porque abrange crimes do regime contra os inimigos tanto quanto os cometidos pelos opositores contra o regime.

Peluso considerou que a ação não trata do chamado “direito à verdade histórica”, porque há como se apurar responsabilidades históricas sem modificar a Lei de Anistia. Ele também frisou que a Lei de Anistia é fruto de um acordo de quem tinha legitimidade social e política para, naquele momento histórico, celebrá-lo. Disse, ainda, que não se trata de caso de autoanistia, como acusava a OAB, porque a lei é fruto de um acordo feito no âmbito do Legislativo.

Concluindo, Peluso classificou a demanda da OAB de imprópria e estéril porque, caso a ADPF fosse julgada procedente, ainda assim não haveria repercussão de ordem prática, já que todas as ações criminais e cíveis estariam prescritas 31 (trinta e um) anos depois de sancionada a lei. Peluso rechaçou a ideia de que a Lei de Anistia tenha obscuridades, como sugere a OAB na ADPF: “O que no fundo motiva essa ação é exatamente a percepção da clareza da lei.” Ele explicou que a prova disso é que a OAB pede exatamente a declaração do Supremo em sentido contrário ao texto da lei, para anular a anistia aos agentes do Estado. Sobre a OAB, aliás, ele classificou como anacrônica a sua proposição e disse não entender por que a Ordem, 30 (trinta) anos depois de exercer papel decisivo na aprovação da Lei de Anistia, revê seu próprio juízo e refaz seu pensamento “numa consciência tardia de que essa norma não corresponde à ordem constitucional vigente”.

Peluso, ainda, comentou que “se é verdade que cada



povo resolve os seus problemas históricos de acordo com a sua cultura, com os seus sentimentos, com a sua índole e também com a sua história, o Brasil fez uma opção pelo caminho da concórdia”. O presidente do Supremo declarou, além disso, que uma sociedade que queira lutar contra os seus inimigos com as mesmas armas, com os mesmos instrumentos e com os mesmos sentimentos está condenada a um fracasso histórico.

Teria a Emenda 26 dado início a uma nova ordem constitucional, como disse em seu voto na APDF 153 o Ministro Eros Grau, incorporando a Lei da Anistia? Entende-se que não. Somente a nova Constituição Federal de 1988 cumpriu este papel, em face da presença do Poder Originário em seu nascimento.

Sobre a Emenda 26, em 29 de abril de 2010, André Ramos Tavares escreveu um artigo denominado: “Discussão extrapola as barras dos tribunais”, que foi publicado na Folha de S. Paulo. Sobre o tema, narrou-se que:

O que mais chamou a atenção foi o que denominarei aqui de “tese da emenda n.º 26”, convocatória da constituinte de 1987/88. É que essa emenda também repetiu os termos da lei em tela. E, conforme o Ministro, teríamos iniciado nossa nova ordem constitucional com a incorporação expressa e inquestionável da anistia. Caberia, contudo, uma discussão mais aprofundada, a despeito de ser aquela emenda realmente o início da ruptura com o sistema anterior, sobre se também é possível sustentar que os artigos da anistia teriam sido os primeiros a serem assegurados pelo novo constituinte, se pode ser desprezada a regra (expressa) da Constituição final que proíbe anistia para a tortura e se atos convocatórios ou propositivos para a nova Constituição têm o mesmo peso que a Constituição efetivamente discutida com a sociedade, dentre outros tópicos (TAVARES, A. R., 2010, s/p, grifo nosso).

Tavares A. R. (2010) prossegue dizendo que:

Ainda que seja essa a tese a prevalecer, a discussão não estará, certamente, encerrada, pois o tema nela envolvido extrapola não apenas o campo jurídico como também a capacidade pacificadora do STF na sociedade. É inevitável que decisões de grande impacto, adotadas de maneira processualmente legítima pelo STF, “sofram” uma leitura política por parte da sociedade



e que a discussão não se restrinja às barras dos tribunais nacionais (TAVARES, A. R., 2010, s/p, grifo nosso).

Por certo, a decisão do Supremo Tribunal Federal de referendar a validade da Lei de Anistia não põe termo à discussão. O correto seria que o Poder Legislativo atuasse e promulgasse uma Lei tratando do assunto, anulando parte do referido diploma legal que anistiou quem cometeu crimes de lesa-humanidade, como ocorreu em países como Chile e Argentina. Por aqui, tem-se somente o ativismo judicial, ante a inércia de nossos congressistas que não querem se envolver com o tema. A sociedade, em especial, familiares de pessoas que sofreram violações de Direitos Humanos permanece incubando suas dores. Uma ferida sempre aberta.

Ao manter o texto da Lei da Anistia inalterado, o Supremo Tribunal Federal (STF) colocou no mesmo patamar torturadores e torturados, o que significa um claro exemplo de retrocesso por parte do Judiciário, e não um avanço como o Ministros que votaram a favor defendem. O julgamento comprova o quanto o Brasil está arraigado aos interesses dos calhordas que só contribuem para o retrocesso do país. Eros Grau, Ministro que já sofreu com a tortura durante o Regime Militar e foi o relator do caso, achou melhor enterrar o assunto por acreditar que a Lei da Anistia de 1979 foi imprescindível para a transição democrática do país (O ATEMPORAL, 2010, s/p).

O Supremo também ignorou a decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos, que condenou o Brasil no caso Gomes Lund, reconhecendo como inaplicável a lei de anistia. Em reportagem de Felipe Recondo da Agência Estado, em 15 de dezembro de 2010, consignou-se que o então presidente do Supremo, Cezar Peluso, afirmou que a decisão do tribunal não muda em nada, mesmo após a sentença da Corte Interamericana. “Ela não revoga, não anula, não caça a decisão do Supremo”, disse. A decisão, acrescentou, provoca efeitos no campo da Convenção Americana de Direitos Humanos.

Comentando o tema, o Ministro Marco Aurélio enfatizou que o governo brasileiro está submetido ao julgamento do Supremo e não poderia, em qualquer hipótese, afrontar a decisão



do STF para cumprir a sentença da Corte Interamericana. “É uma decisão que pode surtir efeito ao leigo no campo moral, mas não implica cassação da decisão do STF”, disse. “Evidentemente que o governo brasileiro está submetido às instituições pátrias e às decisões do Supremo. E quando não prevalecer a decisão do Supremo, estaremos muito mal”.

Argumentando favoravelmente à revisão da Lei de Anistia, Cosmo Ferreira publicou um artigo em “O Globo”, no dia 13 de outubro de 2014, denominado “Perdão para quem?”, onde enfatiza que:

A discussão em torno da validade da Lei da Anistia está desfocada. Por certo que ela é válida. O cerne da questão é o seguinte: os agentes públicos que cometeram torturas, desaparecimento forçado de pessoas e homicídios, na execução de uma política estatal contra os adversários do regime, estão amparados por essa lei? A resposta é um rotundo não. O próprio texto legal expressamente o circunscreve aos crimes políticos e os conexos com estes. Crime político, numa abordagem profana, é aquele que atenta contra a ordem política (integridade territorial, soberania, instituições estatais, regime de governo). Os conexos são crimes comuns (sequestro, homicídio, roubo etc.) com motivações políticas. É insustentável a tese de que os agentes públicos, a serviço da repressão estatal, cometeram crimes políticos ou conexos. Não bastasse, a tortura, o homicídio, o desaparecimento forçado de pessoas e o encarceramento arbitrário, quando praticados “contra uma população civil, em consonância com a política de um Estado”, são crimes contra a humanidade, bastando conferir o Estatuto de Roma, ratificado pelo Brasil, precisamente o seu artigo 7 (7.1 e 7.2). Cabe ressaltar que, mesmo antes desse tratado, o direito internacional costumeiro já tipificava aquelas condutas como crimes contra a humanidade, imprescritíveis e não suscetíveis de anistia. O legislador não tem um cheque em branco, não pode tudo, já que a soberania não é absoluta, é relativa. A legislação interna não tem o condão de fazer tábula rasa do *jus cogens*, normas internacionais inderrogáveis, nomeadamente em matéria de Direitos Humanos. A chamada, doutrinariamente, anistia em branco, que sói ocorrer nos estertores das ditaduras, que buscam proteger os seus, não tem guarida no Direito internacional.



Por derradeiro, os crimes contra a humanidade estão submetidos à justiça penal universal, ou seja, qualquer Estado poderá puni-los. Portanto, os anciãos torturadores que se cuidem ao viajarem para o exterior, pois algum magistrado, na trilha do juiz espanhol Baltasar Garzón, poderá pedir a sua extradição, na busca da justiça que o nosso Supremo certamente negará, com a cantilena da pacificação social. *Quem pacificará as mãos que não puderam velar os seus filhos?* (FERREIRA, 2014, s/p, grifo nosso).

Com certeza, esta decisão de apoiar a prática de crimes de lesa-humanidade, tomada pela Suprema Corte brasileira, “denegou às vítimas o direito à Justiça.” (PIOVESAN, 2011, p. 82). No entanto, os puritanos de plantão irão perguntar: mas e o outro lado? Os “terroristas subversivos” não serão punidos também? Já foram.

Ou estão mortos, ou desaparecidos, ou foram presos, torturados, processados, julgados e condenados. Crimes como assaltos a bancos, sequestro de embaixadores (EUA, Alemanha, Japão e Suíça) e até, lamentavelmente, assassinatos (foram 126, segundo os Clubes Militares) já estão prescritos, além de, queiram ou não, não preencherem os requisitos mínimos para se dizer que tenham sido crimes contra a humanidade, à luz do artigo 7.º do Estatuto de Roma.

Em apoio a esta ideia, Miranda e Tibúrcio (1999, p. 19) asseveram que os mortos e desaparecidos políticos, durante a nossa última ditadura militar, “deram o melhor de si, seu talento, sua coragem, sua juventude, sua vida para que tantos brasileiros pudessem estar hoje ajudando a construir a democracia e a justiça social no país”.

Erros existiram, não se pode negar. A escolha pela luta armada foi um deles, não obstante ter sido aquele momento tomado por perspectivas revolucionárias, tendo-se como paradigmas as exitosas (naquela época) revoluções cubana e chinesa, matizes para a luta armada no Brasil. Adveio daí a hipótese da Guerrilha do Araguaia nos anos setenta.

Por outro norte, ações judiciais visando o combate à



impunidade também foram impetradas. A Procuradoria da República em São Paulo propôs a Ação Civil Pública n.º 2008.61.00.011414-5 contra Carlos Alberto Brilhante Ustra (chefe do DOI-CODI, em São Paulo, na época da repressão) e Audir dos Santos Maciel (também integrante deste órgão, principal centro de torturas e mortes em São Paulo).

Em 15 de outubro de 2015, falece o Coronel Ustra (codinome Dr. Tibiriçá). Dois meses antes, em 14 de agosto de 2015, o MPF havia protocolizado nova denúncia contra o mesmo e dois de seus subordinados, responsabilizando-os pela morte de Carlos Nicolau Danielli, por abuso de autoridade e homicídio triplamente qualificado, sob a tese de que crimes contra humanidade (ataques sistemáticos e generalizados à população na ditadura militar) são imprescritíveis e não passíveis de anistia. Alguns Juízes e Desembargadores agasalharam tese contrária, e muitas denúncias foram rejeitadas, sob amparo da Lei de Anistia (n.º 6.683/79).

Registre-se que o referido Coronel foi a figura mais citada como agente torturador no período de redemocratização, estando envolvido em vários fatos (como sequestros, torturas, mortes e ocultação de cadáver) relacionados às violações de Direitos Humanos, tanto assim que, em 09 de outubro de 2008, a 23.ª Vara Cível de São Paulo proferiu sentença declaratória, reconhecendo-o como torturador.

O Superior Tribunal de Justiça deu provimento ao recurso especial (RESP 1.434.498) interposto por Carlos Alberto Brilhante Ustra, que visava derrubar a decisão de primeiro grau e seus efeitos declaratórios, impedindo-se de reconhecê-lo como torturador perante os membros da família Teles. A relatora, Ministra Nancy Andrighi, deu provimento ao recurso, sendo acompanhado pelo Ministro Otávio de Noronha.

Consoante entendimento majoritário, crimes que têm caráter permanente, como sequestro e ocultação de cadáver, que representam graves violações de Direitos Humanos, não são



abrangidos pela lei.

Como solução derradeira, aponta-se a declaração pelo STF de que a Lei da Anistia não se aplica aos crimes de graves lesões a Direitos Humanos, como entendeu a Corte Interamericana de Direitos Humanos, não sendo necessário revogar a Lei de Anistia, tudo à luz do devido processo legal.

Como relatam Pinto et al. (2014) no artigo: “Não há anistia para crimes contra a humanidade (Parte I)”, publicado no ConJur, em 15 de setembro de 2014, os votos vencedores do STF fundaram-se em quatro equívocos centrais:

Primeiramente, repete o falseamento histórico que esteve presente em alguns votos na ADPF 153 ao afirmar que os agentes da ditadura “foram legitimamente perdoados pela sociedade”. Como perdoar o que não foi apurado e conhecido?

Não há nenhum elemento na lei de 1979, na Constituição, ou na decisão do STF, que dê suporte à extensão de efeitos da anistia penal à esfera civil. O que está em questão é o próprio sentido do que seja uma decisão judicial em sede de ação declaratória: conhecer e certificar uma situação jurídica preexistente à própria decisão, visando à certeza jurídica. Recusar-se a declarar se os autores sofreram, com fundamento nos atos de exceção, por ação, omissão ou tolerância de determinado agente do Estado, em determinada situação, etc., viola a Constituição, em seus artigos 8.º e 9.º do ADCT, além de configurar recusa de jurisdição (artigo 5.º, inciso XXXV). Do mesmo modo, tal recusa viola as leis federais referentes ao direito à reparação constitucionalmente previsto, ou seja, Leis 9.140/1995 e 10.559/2002. Conhecer tais fatos é algo que não se separa do conhecimento de quem foram os agentes envolvidos — assim como suas responsabilidades — e as suas vítimas. Invocar o “direito ao esquecimento” em um caso como este cria um perigoso precedente que pode ser utilizado para quaisquer outras graves violações de Direitos Humanos que venham a ser praticadas, e que, pela sua própria natureza demandam a sua memória, não para a perpetuação do ressentimento ou para o alimento da vingança, como insinuou a Ministra em sua decisão ao apontar a anistia como o que “nos libertou das amarras da vingança”, mas sim para que, ao mesmo tempo, se faça a justiça (não vingança) a crimes imprescritíveis e para que não



se repitam (PINTO et al., 2014, s/p, grifo nosso).

Também foi judicializada a morte do operário Manoel Fiel Filho via Ação Civil Pública n.º 2009.61.00.005503-0, onde foram identificados os agentes policiais que o torturaram e mataram.

Na área criminal, informou o jornal “O Estado de São Paulo”, de 25/06/15, que sete ex-agentes do regime militar foram acusados da tortura e morte de Fiel Filho, ocorrida em janeiro de 1976, nas dependências do DOI-CODI em São Paulo, um ano após a morte do jornalista Vladimir Herzog nas mesmas circunstâncias (tortura e morte).

Conforme informou o Portal G1 de 24 de maio de 2017, o caso Herzog, jornalista que morreu nas dependências do DOI-CODI no II Exército, em 1975, durante a ditadura militar, começou a ser julgado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), em 24/05/17. A comissão recebeu uma petição em que foi reivindicada a responsabilização internacional do Estado brasileiro pela detenção, tortura e morte do jornalista Vladimir Herzog, ocorrida nas dependências do Exército em 25 de outubro de 1975, e a contínua impunidade dos autores devido à Lei da Anistia.

Na capital paulista, o processo está sendo acompanhado pelo filho de Vladimir, Ivo Herzog, e outras pessoas na sede do instituto Vladimir Herzog.

Como mencionado, Vladimir Herzog morreu em 1975 durante a ditadura militar, no DOI-CODI, órgão do Exército em São Paulo, onde foi preso, torturado e morto por suposta ligação com o Partido Comunista. Fraudulento Inquérito Policial Militar concluiu que Herzog se suicidou.

A audiência da CIDH está avaliando a situação de impunidade desse crime. Na sessão, serão ouvidos a viúva do jornalista, Clarice Herzog, e o Procurador da República em São Paulo, Marlon Alberto Weichert, que vão contestar o resultado do inquérito militar.

O governo brasileiro nomeou o advogado Alberto Torón



para sustentar que a Lei de Anistia brasileira anulou os crimes cometidos durante a ditadura, além do fato de o crime já ter prescrito. O resultado do julgamento na Câmara Interamericana não demorou até ser finalizado, pois sentenciado em 04 de julho de 2018.

Consoante informação do Jornal “O Globo”, em 04 de julho de 2018, a Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) condenou (nesta data) o Estado brasileiro pela morte do jornalista Vladimir Herzog, em 1975, durante a ditadura militar no Brasil. É a primeira vez que a CIDH reconhece um assassinato cometido durante a ditadura do Brasil como um crime contra a humanidade. A Corte já tinha emitido decisões semelhantes para casos de outros países da América Latina e condenado o Brasil em 2010 por não ter investigado os desaparecimentos ocorridos na Guerrilha do Araguaia.

Segundo o referido jornal, a CIDH considerou na sentença que o Estado é responsável tanto pela falta de investigação, quanto pela ausência de julgamento e pela não punição dos responsáveis pela tortura e pelo assassinato do jornalista. O Tribunal Interamericano concluiu ainda que “o Estado não pode invocar a existência da figura da prescrição (...) ou a lei de anistia ou qualquer outra disposição semelhante ou excludente de responsabilidade para escusar-se de seu dever de investigar e punir os responsáveis”.

Com toda a certeza, o direito de se saber a verdade é sagrado. Conhecer a história, verificar como e por que os fatos ocorreram. Onde estão os corpos dos desaparecidos políticos (ou que destino foi lhes dado)? Eis a importância da discussão. Debates desta ordem vão propiciar justiça, resgate histórico e, por que não, punição para quem violou Direitos Humanos.

A prevalência da reparação, da verdade e da memória, pilares e eixos da Justiça de Transição, não podem ser abandonados. Ainda não se tem resposta à indagação bíblica reformulada por Comparato (2001), ao perguntar: o que fizemos aos



nossos irmãos? O governo brasileiro precisa explicar:

Por que deixaste de socorrer teu irmão? É essa, exatamente, a interpelação que a consciência ética dirige atualmente aos governantes e ao povo brasileiro: que fizemos, até hoje, para reparar a vileza das torturas, assassinatos e desaparecimentos forçados do regime militar? *Qual a justificativa moral para deixar de apurar os fatos, localizar os cadáveres e nomear os responsáveis?* Se passarmos a considerar a questão no plano jurídico, logo reconheceremos que a responsabilidade do Estado pelos crimes praticados é incontestável. O direito internacional vigente, consubstanciado em várias convenções sobre Direitos Humanos ratificadas pelo Brasil, em resoluções da Assembleia Geral da ONU e *em julgamentos das Cortes de Justiça, impõe aos Estados em cujo território ocorreram desaparecimentos forçados de opositores políticos três deveres fundamentais*: o de investigar os fatos e apurar a verdade sobre as circunstâncias dos desaparecimentos, com a identificação dos responsáveis; o dever de indenizar as famílias das vítimas e o dever de punir os culpados. Tem-se afirmado que o Estado brasileiro encontra-se dispensado do cumprimento do dever de apurar a verdade e de punir os autores dessas violações de Direitos Humanos em razão da anistia concedida em 1979. Mas tal afirmação é juridicamente insustentável. A anistia criminal, como é óbvio, nada tem a ver com o direito fundamental à verdade, reconhecido a todo ser humano em relação a fatos ofensivos à sua pessoa ou à de seus familiares. Ainda que os criminosos tenham falecido, as vítimas podem e devem exigir (até mesmo para afastar inverdades divulgadas a seu respeito) que se apurem os fatos e se nomeiem os responsáveis. Ademais, como tem advertido o professor Goffredo Telles Jr., *não pode ser considerado anistiado de determinado crime quem nunca foi oficialmente acusado de sua prática*. Ora, nenhum agente estatal do regime militar chegou a ser processado como autor de desaparecimentos forçados de opositores políticos, crime que os governos militares sempre negaram que tivesse sido cometido. Por último, a lei n. 6.683 concedeu anistia aos autores de crimes entre 2.9.1961 e 15.8.1979, considerando conexos “os crimes de qualquer natureza relacionados com crimes políticos ou praticados por motivação política”. *Ora, a tortura de presos e o desaparecimento forçado de pessoas nunca foram definidos na lei brasileira como crime político*. Tampouco podem esses crimes ser



considerados tecnicamente conexos com crimes políticos pela boa razão de que não há, no caso, um concurso material de delitos nem coautoria: os crimes imputados aos opositores políticos não foram meio ou instrumento para a prática de tortura ou assassinato de presos, nem os autores de uns e de outros agiram em conluio (COMPARATO, 2001, p. 66-67, grifo nosso).

A própria Lei de Anistia não esqueceu os desaparecidos, como se verifica em seu artigo 6.º, que dispõe que:

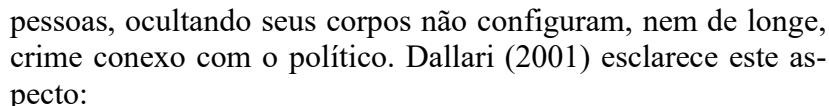
O cônjuge, qualquer parente, ou afim, na linha reta, ou na colateral, ou o Ministro Público, poderá requerer a *declaração de ausência de pessoa* que, envolvida em atividades políticas, esteja, até a data de vigência desta Lei, *desaparecida* do seu domicílio, sem que dela haja notícias por mais de 1 (um) ano. § 1.º - Na petição, o requerente, exibindo a prova de sua legitimidade, oferecerá rol de, no mínimo, 3 (três) testemunhas e os *documentos relativos ao desaparecimento*, se existentes (Grifo nosso).

Enfim, há vários outros argumentos plausíveis que afastam a incidência da Lei de Anistia ao caso em tela. Examina-se o texto legal, onde consta que:

Art. 1.º - É concedida anistia a todos quantos, no período compreendido entre 02 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979, cometeram crimes políticos ou conexos com estes [...]. § 1.º - Consideram-se conexos, para efeito deste artigo, os crimes de qualquer natureza relacionados com crimes políticos ou praticados por motivação política. § 2.º - Excetuam-se dos benefícios da anistia os que foram condenados pela prática de crimes de terrorismo, assalto, sequestro e atentado pessoal.

Verifica-se que a citada lei demarcou o lapso temporal, sendo seu termo a data de 15 de agosto de 1979. Como a consumação do delito de desaparecimento forçado de pessoas se prolonga pelo tempo até que a vítima seja localizada, viva ou morta, cai por terra a incidência desta norma, pois resta evidente que o crime subsiste (persistindo) após esta data.

Outro ponto que arreda a Lei de Anistia é o fato de se considerar crime político as condutas de agentes de Estado que, na verdade, violaram Direitos Humanos. Em decorrência, suas ações (ou omissões) de torturar, matar, desaparecer com



Os torturadores que mataram suas vítimas cometeram homicídio, que é crime doloso contra a vida. Eles não foram obrigados a torturar e, muitas vezes, por vontade própria, impuseram às vítimas um sofrimento que, por sua natureza e intensidade, levaria à morte qualquer pessoa normal. Além disso, os torturadores eram servidores públicos civis ou militares que agiam profissionalmente, mediante remuneração, não podendo alegar objetivos políticos. *O crime por eles praticado é autônomo em relação ao crime político praticado pelos dirigentes.* Se algum deles quiser sustentar que agiu sob coação deverá esclarecer quem deu a ordem para que torturassem, e o Tribunal do Júri decidirá se a prova dessa alegação é convincente. Os torturadores homicidas, e possivelmente outros, nunca foram anistiados. *Agora existem condições para que eles sejam submetidos a julgamento público e imparcial, com a garantia de que não serão torturados para confessar e de que terão plenamente assegurado o direito de defesa.* É hora de fazer justiça (DAL-LARI, 2001, p. 33, grifo nosso).

Como bem consignou em seu voto vencido o Ministro Ricardo Lewandowski, a discussão na referida ADPF 153 limitava-se “a esclarecer se os agentes do Estado, que alegadamente praticaram ilícitos penais comuns, na época do regime de exceção, estariam ou não abrangidos pela Lei de Anistia, por serem crimes conexos aos delitos políticos”, ou se os mesmos foram cometidos por alguma motivação política.

Aderiu a este posicionamento o então Ministro Ayres Brito, que acompanhando a divergência nesta votação, declarou que quem redigiu a Lei de Anistia “não teve coragem de assumir essa propalada intenção de anistiar torturadores, estupradores, assassinos frios de prisioneiros já rendidos, pessoas que jogavam de um avião em pleno voo as suas vítimas”. Consoante Ayres Britto, a concessão de anistia ampla, geral e irrestrita deve ser de feita de forma muito clara e deliberada. “O que interessa é a vontade objetiva da lei, não a vontade subjetiva do legislador” e isso



não ocorreu.

Desse modo, importa notar que a Lei da Anistia, deliberadamente, não trouxe a previsão de anistia aos agentes do Estado que praticaram crimes comuns contra os opositores do regime de exceção.

Tratou-se de uma lei forjada, em face da pressão da sociedade como um todo sobre o regime de exceção que teve de ceder. Lewandowski também rebate em seu voto vencido, a existência de conexão entre crimes político e comum, enfatizando que a simples menção à conexão “no texto legal contestado, à toda evidência, não tem o condão de estabelecer um vínculo de caráter material entre os crimes políticos cometidos pelos opositores do regime e os delitos comuns atribuídos aos agentes do Estado”, isso para o escopo de lhes conferir o mesmo tratamento jurídico.

Em suma, no sentido técnico-jurídico, não há como aceitar a existência de conexão entre estes crimes, não havendo como “cogitar-se de conexão material entre os ilícitos sob exame, conforme pretenderam os elaboradores da Lei de Anistia”, uma vez que não é possível conceber tal liame entre os crimes políticos praticados pelos opositores do regime de exceção e os delitos comuns, alegadamente cometidos por aqueles que se colocavam a seu serviço, visto inexistir, com relação a eles, o necessário nexa teleológico, consequencial ou ocasional exigido pela doutrina para a sua caracterização, asseverou Lewandowski em seu voto.

Não houve conexão, muito menos a prática de crime político por parte de agentes do Estado, restando plenamente possível à persecução penal contra os infratores estatais, como declarou o Ministro Lewandowski, em seu voto vencido na ADPF n.º 153, *in verbis*:

Ora, como a Lei de Anistia não cogita de crimes comuns, e emprega, de forma tecnicamente equivocada, o conceito de conexão, *segue-se que a possibilidade de abertura de persecução penal contra os agentes do Estado que tenham eventualmente*



cometido os delitos capitulados na legislação penal ordinária, pode, sim, ser desencadeada, desde que se descarte, caso a caso, a prática de um delito de natureza política ou cometido por motivação política, mediante a aplicação dos critérios acima referidos (Grifo nosso).

Sobre a hipótese da prática de crimes políticos por agentes estatais, Ayres Brito foi enfático em seu voto vencido na ADPF n.º 153, ao asseverar que:

Um torturador não comete crime político, crime de opinião. O torturador é um monstro, é um desnaturado, é um tarado. O torturador é aquele que experimenta o mais intenso dos prazeres diante do mais intenso dos sofrimentos alheios perpetrados por eles. É uma espécie de cascavel de ferocidade tal que morde o som dos próprios chocalhos. Não se pode ter condescendência com torturador.

Enfim, inválida é esta lei para crimes deste porte que violam Direitos Humanos, como foi declarado pela já referida Sentença da Corte Interamericana de Diretos Humanos, no caso Gomes Lund *versus* Estado brasileiro, onde se decidiu que as disposições da Lei de Anistia brasileira, que impedem a investigação e sanção de graves violações de Direitos Humanos, são incompatíveis com a Convenção Americana. Carece-se, assim, de efeitos jurídicos, não podendo seguir representando um obstáculo para a investigação dos fatos do presente caso, nem para a identificação e punição dos responsáveis.

Ademais, preconiza Burt (2011), existe o valor educacional para a sociedade, ao ouvir o testemunho de sobreviventes, parentes de vítimas e outras testemunhas dos horrores do passado. De muitas formas, estes julgamentos estão contribuindo para reescrever a história do passado recente da América Latina, de modo a incorporar mais completamente a voz daqueles que foram silenciados por anos de regime militar e governo autoritário.

Piovesan (2011, p. 83) é enfática ao expressar o entendimento da Corte Interamericana em decisões análogas, consignando que “as leis de anistia violam o dever internacional do



Estado de investigar e punir graves violações de Direitos Humanos”.

Há um processo com feridas abertas que, além de incompleto, como enuncia Piovesan (2011, p. 86), só contemplou “o direito à reparação, com o pagamento de indenização aos familiares dos desaparecidos no regime militar, nos termos da Lei n.º 91.40/1995”.

Adere-se ao pensamento de Weichert (2012), no sentido de que o crime de desaparecimento forçado cometido pelos órgãos da repressão contra opositores políticos no Brasil, de 1964 a 1985, constitui crime contra a humanidade, nos parâmetros da Organização das Nações Unidas, da Corte Interamericana de Justiça e de Direitos Humanos, enfim, dos Tratados e Convenções Internacionais.

Em face disso, tal delito deve ser investigado com a identificação de seus autores e de suas responsabilidades, devendo haver a devida persecução penal por parte do Ministério Público brasileiro, uma vez que tal infração penal não é passível de anistia nem de prescrição.

A incidência da Lei de Anistia brasileira para tais casos viola as determinações internacionais a que o Brasil se obrigou a reprimir perante a comunidade internacional.

Como refere Salmón (2011, p. 233), “uma lei de anistia pode resultar válida na medida em que gera uma reconciliação capaz de estabelecer bases sólidas e duradouras para a construção de uma sociedade democrática e não signifique a mera impunidade”. Assim, a impunidade é a inexistência, de fato ou de direito, de responsabilidade penal aos autores das violações, bem como de responsabilidade civil, administrativa ou disciplinar, porque não são alcançados por uma investigação que vise à sua acusação, detenção, processamento e, em caso de reconhecimento de culpa, condenação em penas adequadas, inclusive, à reparação do dano causado às vítimas.



2.2 DA INCIDÊNCIA DA LEI NOVA PARA OS CRIMES PERMANENTES

Um dos argumentos que dão suporte à tese principal espelhada nesta pesquisa encontra amparo na Súmula n.º 711 do Supremo Tribunal Federal, *in litteris*: “A lei penal mais grave aplica-se ao crime continuado ou ao crime permanente, se a sua vigência é anterior à cessação da continuidade ou da permanência”.

Em síntese, aplica-se a lei vigente no momento da cessação dos crimes permanentes, como a desapareção forçada.

Se esta lei nova pode agravar a situação do infrator com mais razoabilidade, pode passar a tipificar uma conduta que era atípica, como aqui se defende. Vejam-se alguns julgados sobre este tema:

A lei penal mais grave aplica-se ao crime continuado ou ao crime permanente, *se a sua vigência é anterior à cessação da continuidade ou da permanência*. O próprio embargante reconhece que a causa dessa decisão foi a 'existência de cinco crimes de corrupção ativa, praticados em continuidade delitiva e parcialmente na vigência da nova Lei'. Portanto, está bem compreendido o fundamento do acórdão, que, aliás, está bem ancorado na Súmula 711 desta Corte (A lei penal mais grave aplica-se ao crime continuado ou ao crime permanente, se a vigência é anterior à cessão da continuidade ou da permanência). Esta também é a inteligência do art. 71 do Código Penal, que trata da regra a ser aplicada, pelo órgão julgador, da ficção jurídica da continuidade delitiva. (AP 470 ED-décimos quartos, Relator Ministro Joaquim Barbosa, Tribunal Pleno, julgamento em 5.9.2013, DJe de 10.10.2013) (Grifo nosso)

1. A conduta imputada ao paciente é a de impedir o nascimento de nova vegetação (art. 48 da Lei 9.605/1998), e não a de meramente destruir a flora em local de preservação ambiental (art. 38 da Lei Ambiental). *A consumação* não se dá instantaneamente, mas, ao contrário, *se protraí no tempo*, pois o bem jurídico tutelado é violado de forma contínua e duradoura, renovando-se, a cada momento, a consumação do delito. Trata-se, portanto, de *crime permanente*. 2. Não houve violação ao

Há que se considerar que se cuida de entendimento sumulado pelo guardião da Constituição que, uma vez mais se diz,



não trata da retroatividade da lei penal, o que é vedado constitucionalmente.

Falando sobre o tempo do crime, Bitencourt (2013, p. 219) aduz que o crime permanente “é uma entidade jurídica única, cuja execução alonga-se no tempo, e é exatamente esta característica [...] que se justifica que sobrevindo lei nova, mesmo mais grave, tenha aplicação imediata, pois o fato, em sua integralidade, ainda está sendo executado”.

Bitencourt (2013) enfatiza que também é necessário que entre em vigor o novo diploma legal, antes de cessar a permanência da infração penal, ou seja, antes que cesse a sua execução.

Nas palavras de Bitencourt (2013, p. 220), o que se disse nada tem a ver com o “princípio constitucional da irretroatividade da lei penal mais grave (art. 5.º, XL, da CF), pois se trata, em verdade, da incidência imediata de lei nova a fato que está acontecendo no momento de sua entrada em vigor”.

Deste modo, não é a lei nova que retroage, mas o caráter permanente do fato delituoso que se protraí no tempo e acaba recebendo a incidência legal em parte de sua execução, expandindo-se por toda esta fase executória, enfatiza Bitencourt (2013).

Enfim, registra Bitencourt (2013, p. 220) que não há nenhuma contradição ou violação ao preceito constitucional da irretroatividade, pois “não se pode pretender que apenas um fragmento da conduta (o realizado sob império da lei nova) seja punido por essa, deixando o restante para a lei anterior que vigorava”, até porque o crime é único e ainda não havia se consumado. Nesse particular, relata Bitencourt, “não merece qualquer reparo a Súmula 711 do Supremo Tribunal Federal”.

Capez (2014, p. 78) possui entendimento semelhante, dizendo que nos casos de crime permanente, “caso a execução tenha início sob o império de uma lei, prosseguindo sob o de outra, aplica-se a mais nova, ainda que menos benigna, pois, como a conduta se protraí no tempo, a todo o momento, renova-se a ação



e a incidência da nova lei”.

Adere a este posicionamento Jesus (2011, p. 146, grifo nosso), ao dizer que a lei nova aplica-se aos delitos permanentes, sendo “irrelevante tenha a conduta seu início sob o império de lei antiga, *ou esta não incriminasse o fato*, pois o dolo ocorre durante a eficácia da lei nova: presente está a intenção de o agente infringir a nova norma durante sua vigência”.

Ademais, o Supremo Tribunal Federal, ao apreciar as extradições já referidas (974, 1.150 e 1.278), considerou taxativamente a permanência do crime de desaparecimento forçado de pessoas, afastando a prescrição e concedendo as extradições para a Argentina.

Não se entende por que não houve a mesma decisão no caso brasileiro e a Lei da Anistia na ADPF n.º 153, considerando-se como permanente para a consumação do crime em tela o período posterior à data de 15 de agosto de 1979, demarcada na citada lei como termo final para a incidência da anistia.

Portanto, entende-se que, precedida da devida tipificação penal, as condutas dos agentes violadores de preceitos fundamentais na recente ditadura militar podem ser classificadas penalmente, a fim de que respondam criminalmente por seus atos.

2.3 A MORTE PRESUMIDA PELA LEI N.º 9.140/1995

Não há como agasalhar esta tese de que a morte presumida encerra o caso dos desaparecidos forçadamente no Brasil ante a sua permanência, característica primordial para a consumação deste crime.

Concluiu a Comissão Nacional da Verdade (2014, p. 293) que, para que a conduta de desaparecimento forçado cesse, “não basta que se presuma a morte da vítima por meio da emissão de certificado ou atestado de óbito, ou da divulgação de declarações oficiais sobre a morte”.

Enfim, faz-se indispensável que o Estado encontre os



restos mortais da pessoa desaparecida e realize os exames necessários para sua plena identificação, a fim de que se estabeleça, na medida do possível, a data, as circunstâncias e as causas da morte, bem como a existência de eventuais lesões ou indícios de tortura. Enquanto isto não ocorrer o crime estará em permanente consumação.

Em suma, no caso em tela, não houve homicídios, mas sim desaparecimento forçado. Nucci (2008, p. 530) trata do assunto, aduzindo que, “quanto à morte presumida (art. 6.º do Código Civil), a doutrina divide-se: alguns sustentam que, declarada a morte no campo civil, pode-se aproveitar tal decreto no contexto criminal, extinguindo-se a punibilidade”, como por exemplo, entendem Nélson Hungria, Magalhães Noronha e Heleno Fragoso.

Alude este jurista que outros, no entanto, seguem à risca o disposto no art. 62 do Código de Processo Penal, aceitando somente a certidão de óbito para a extinção da punibilidade, como Júlio F. Mirabete e Damásio de Jesus.

Parece que a questão deve ficar restrita à expedição ou não da certidão de óbito: se esta for expedida em procedimento civil (art. 88, Lei n.º 6.015/73), deve o juiz criminal aceitá-la para todos os fins.

Porém, nestes casos citados, fala-se da extinção da punibilidade para os autores de crimes, e não para as vítimas, como ocorreu e é tratado nesta pesquisa, devendo assim ser arredada a morte presumida das mesmas ante a permanência delitiva.

Entretanto, se a certidão não for expedida, considerando-se a morte presumida somente para efeito de administração de herança ou qualquer outro fim, não há que se falar em extinção da punibilidade. Aguarda-se, neste caso, a ocorrência da prescrição.

É certo que a Lei n.º 10.406/2002 acrescentou outras hipóteses de declaração de morte presumida, como ocorre no art. 7.º, *in verbis*:

Pode ser declarada a morte presumida, sem decretação de



ausência: I - se for extremamente provável a morte de quem estava em perigo de vida; II - se alguém, desaparecido em campanha ou feito prisioneiro, não for encontrado até 2 (dois) anos após o término da guerra.

Em seu Parágrafo único, enfatiza-se que a “declaração da morte presumida, nesses casos, somente poderá ser requerida depois de esgotadas as buscas e averiguações, devendo a sentença fixar a data provável do falecimento”.

Enfim, chega-se à conclusão de que não houve meros assassinatos (mortes presumidas), mas sim desaparecimentos forçados.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A tese desta investigação objetiva permitir o exercício do direito à verdade (individual e social), além da persecução penal do crime ora analisado, e da contribuição para a prevenção, a punição, o combate à impunidade e a eliminação/minimização do delito de desaparecimento forçado de pessoas no Brasil, auxiliando-se decisivamente para a proteção dos Direitos Humanos, da democracia e da vigência do Estado Democrático de Direito.

Arreda-se a incidência da Lei de Anistia brasileira, já que tais leis, em regra, são promovidas durante regimes de exceção que afrontam Direitos Humanos, tendo a plena intenção de proteger e beneficiar os agentes estatais que cometem tais crimes, como se deu no Brasil, ou seja, não consiste em negociação ou consenso algum, mas, na verdade, cuidou-se de uma imposição da vontade dos “vencedores”.

Por certo, não há anistia para crimes contra a humanidade. Ademais, a citada lei demarcou o lapso temporal, sendo seu termo a data de 15 de agosto de 1979. Como a consumação do delito de desaparecimento forçado de pessoas se prolonga pelo tempo, até que a vítima seja localizada, viva ou morta, cai por terra a incidência desta norma, vez que o crime subsiste e



persiste, em face de seu caráter permanente, mesmo após esta data.

Importa notar que a Lei da Anistia, deliberadamente, não trouxe a previsão de anistia aos agentes do Estado que praticaram crimes comuns contra os inimigos do regime de exceção. Tratou-se de uma lei forjada em face da pressão da sociedade, como um todo, sobre o regime de exceção que teve de ceder.

Ademais, não existiu crime político por parte dos torturadores, que não cometeram crime de opinião, não havendo conexão entre crimes político e comum. Em sentido técnico-jurídico, não há como aceitar a existência de conexão entre estes crimes, não sendo possível se cogitar conexão material entre os ilícitos sob exame, conforme pretenderam os elaboradores da Lei de Anistia. Não é concebível tal liame entre os crimes políticos praticados pelos inimigos do regime de exceção e os delitos comuns, alegadamente cometidos por aqueles que se colocavam a seu serviço, visto inexistir, com relação a eles, o necessário nexu teleológico consequencial ou ocasional exigido pela doutrina para a sua caracterização.

O Brasil tem o dever, conforme o direito internacional, de processar e, caso se determine a devida responsabilidade penal, punir os autores de violações de Direitos Humanos, em decorrência da obrigação de garantia consagrada no artigo 1.1 da Convenção Americana. Por certo, esta obrigação implica o dever dos Estados-Partes de organizar todo o aparato governamental e, em geral, todas as estruturas por meio das quais se manifesta o exercício do poder público, de maneira tal que sejam capazes de assegurar, juridicamente, o livre e pleno exercício dos Direitos Humanos.

O crime de desaparecimento forçado cometido pelos órgãos da repressão contra inimigos políticos no Brasil, de 1964 a 1985, constitui crime contra a humanidade, nos parâmetros da Organização das Nações Unidas, da Corte Interamericana de Direitos Humanos, enfim, dos Tratados e Convenções



Internacionais.

A incidência da lei nova para delitos permanentes, como o desaparecimento forçado, é outro subsídio que reforça a tese principal deste trabalho. Este argumento embasa-se na Súmula n.º 711, do Supremo Tribunal Federal.

Observa-se que nos crimes permanentes persiste a conduta criminosa, para a qual incide uma lei nova, pois o crime subsiste, está sendo cometido. Não há que se falar em retroatividade da lei penal, mas de incidência da lei nova a um delito que está sendo praticado. Só há sentido em se falar de retroatividade se o crime tivesse se consumado (cessado a sua permanência) antes da entrada em vigor da lei nova, o que, via de regra, não se dá em crimes permanentes.

No caso da prática de desaparecimento forçado, a lei nova passa a regular a conduta que está em pleno curso e deve ser sancionada pelo Estado. Caso contrário, haveria ausência de atuação estatal em seu pleno *ius puniendi*.

Assim, a lei nova aplica-se aos delitos permanentes, não sendo relevante que a conduta tenha se iniciado sob o império de lei antiga, ou que esta não incriminasse o fato, estando caracterizada a intenção do agente em infringir a nova norma durante sua vigência.

Afasta-se a incidência impeditiva da morte presumida para o delito de desaparecimento forçado de pessoas, uma vez que não se aceita esta ideia para delitos permanentes, onde a conduta só termina com o aparecimento da vítima, viva ou morta.

Deste modo, faz-se indispensável que o Estado encontre os restos mortais da pessoa desaparecida e realize os exames necessários para sua plena identificação, a fim de que se estabeleça, na medida do possível, a data, as circunstâncias e as causas da morte, bem como a existência de eventuais lesões ou indícios de tortura. Enquanto não ocorrer isto, o crime estará sendo praticado.

No que tange aos fatos aqui pesquisados, não houve



homicídios (mortes presumidas), mas sim desaparecimentos forçados, crimes de Estado praticados contra inimigos do governo ditatorial brasileiro, que não podem ficar sem esclarecimentos, a fim de se dar força aos Direitos e Garantias Fundamentais do cidadão.



REFERÊNCIAS

- ABRÃO, Paulo; TORELLY, Marcelo Dalmas. *Justiça de Transição no Brasil: a dimensão da reparação. Repressão e memória política no contexto Ibero-Americano*. Brasília/Coimbra: Ministério da Justiça, 2010.
- _____. *As dimensões ds Justiça de Transição no Brasil, a eficácia da Lei de Anistia e as alternativas para a verdade e a justiça*. A anistia na era da responsabilização: o Brasil em perspectiva internacional e comparada. Brasília: Ministério da Justiça, Comissão de Anistia; Oxford: Oxford University, Latin America Centre, 2011.
- ARNS, Paulo Evaristo; Sobel, Henry; Wright, Jaime. 38. ed. *Brasil: Nunca mais/ Arquidiocese de São Paulo*. Petrópolis: Vozes, 2009.
- BELL, Christine. *Transitional justice, interdisciplinarity and the state of the field or non field*. International Journal of Transitional Justice. v.3, nº 1, 2009, p. 5-27. Disponível em: <<https://doi.org/10.1093/ijtj/ijn044>> Acesso em: 19 mar. 2020.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal. Parte Geral I*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- BRASIL. Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos



- Justiça. Centro Internacional para a Justiça de Transição, 2011.
- CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal. Parte geral I*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- CENTRO PELA JUSTIÇA E O DIREITO INTERNACIONAL. CEJIL. *Caso Gomes Lund*. Disponível em: <<http://cejil.org/categoria/pais/brasil>> Acesso em: 15 abr. 2020.
- COMPARATO, Fábio Konder. *Que fizeste de teu irmão? In: Teles, Janaína (org.) Mortos e desaparecidos políticos: Reparação ou impunidade?* 2. ed. São Paulo: Humanitas-FFLCH-USP, 2001.
- CRIMES DA DITADURA MILITAR. Relatório sobre as atividades de perseguição penal desenvolvidas pelo MPF em matéria de graves violações de DH cometidas por agentes do Estado durante o regime de exceção (2008-2012). 2a Câmara de Coordenação e Revisão (Criminal e Controle Externo da Atividade Policial). Ministério Público Federal. Brasília, 2012.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. *Crimes sem anistia*. In: TELES, Janaína. (org.) *Mortos e Desaparecidos Políticos: reparação ou impunidade*. São Paulo: Humanitas, 2001.
- ELSTER, Jon. *Rendición de Cuentas. La Justicia Transicional en Perspectiva Histórica*. Tradução: Ezequiel Zaidenwergr. Buenos Aires: Katz, 2006.
- FERREIRA, Cosmo. *Perdão para quem?* Jornal O Globo. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/opinia/perdao-para-quem-14210660>>. Acesso em 13 nov. 2019.
- JESUS, Damásio Evangelista de. *Direito penal. v. I. Parte geral*. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- LEITE, Tiago Medeiros. *Crime de desaparecimento forçado de pessoas: análise à luz da justiça de transição no Brasil*. Dissertação de Mestrado em Direitos Humanos na Universidade Federal da Paraíba. João Pessoa, 2014.
- MÉNDEZ, Juan. *Responsabilização por abusos do passado*. In:



- Justiça de Transição. Manual para a América Latina. Félix Reátegui (organizador). Brasília: Comissão de Anistia. Ministério da Justiça. Centro Internacional para a Justiça de Transição, 2011.
- MIRANDA, Nilmário; e TIBÚRCIO, Carlos. *Dos filhos deste solo. Mortos e desaparecidos políticos durante a ditadura militar: a responsabilidade do Estado*. São Paulo: Boitempo e Fundação Perseu Abramo, 1999.
- MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis; ZILLI, Marcos Alexandre; GHIDALEVICH, Fabíola Girão. AMBOS, Kai; MALARINO, Ezequiel. (editores). In: IBCCRIM *Justicia de Transición. Informes de América Latina, Alemania, Italia y España*. Bogotá: Editorial Temis S. A., 2010.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*. 8. ed. São Paulo: RT, 2008.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. S/2004/616. O Estado de Direito e a justiça de transição em sociedades em conflito ou pós-conflito. Tradução: Marcelo Torelly e Kelen Ferreira. *Revista Anistia Política e Justiça de Transição*. Brasília: Ministério da Justiça, nº 1, p. 320-351. jan-jun. 2009.
- PINTO, Cristiano Paixão Araújo; CATTONI, Marcelo; MEYER, Emílio Peluso; SILVA FILHO, José Carlos Moreira da; TORELLY, Marcelo Dalmas. *Não há anistia para crimes contra a humanidade (Parte I)*. Consultor Jurídico. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2014-set-15/nao-anistia-crimes-humanidade-parte>>. Acesso em: 15 set.2019.
- PIOVESAN, Flávia. *Lei de Anistia, Sistema Interamericano e o caso brasileiro*. Crimes Contra a Ditadura Militar. Uma análise à luz da jurisprudência atual da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Luiz Flávio Gomes e Valério Mazzuoli (organizadores). São Paulo: RT, 2011.



- PIOVESAN, Flávia.; GARCIA, Maria. (organizadoras). *Proteção Internacional dos Direitos Humanos*. Coleção Doutrinas Essenciais: Direitos Humanos. v. 6. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- QUINALHA, Renan Honório. *Punir ou não punir? Algumas pontes entre a justiça de transição e as críticas ao direito penal*. Boletim IBCCRIM, ano 22, nº 257. São Paulo: abr. p. 4-6. 2014.
- SALMÓN, Elizabeth. *Algumas reflexões sobre o direito internacional humanitário e a justiça transnacional: lições da experiência latino-americana*. In: Justiça de Transição. Manual para a América Latina. Félix Reátegui (organizador). Brasília: Comissão de Anistia. Ministério da Justiça. Centro Internacional para a Justiça de Transição, 2011.
- SOARES, Inês Virgínia Prado; SHIMADA, Sandra Akemi. *Memória e Verdade: a Justiça de Transição no Estado Democrático de Direito*. São Paulo: Fórum, 2009.
- TAVARES, Amarilis Busch. O desaparecimento forçado como uma prática desenvolvida pelos governos ditatoriais na América Latina: Uma abordagem crítica sobre o papel do sistema interamericano de direitos humanos. *Revista anistia política e justiça de transição*. Ministério da Justiça, Brasília. p. 290-316, jul-dez. 2010.
- TAVARES, André Ramos. *Discussão extrapola as barras dos Tribunais*. Folha de São Paulo. São Paulo, p. A4, 29 abr. 2010.
- WEICHERT, Marlon Alberto. Crimes contra a humanidade perpetrados no Brasil. Lei de anistia e prescrição penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. RBCCrim 74/2170. São Paulo, set.-out. 2008.



O COMPARTILHAMENTO DE POSTES DE LUZ PELAS DISTRIBUIDORAS DE ENERGIA ELÉTRICA E AS PRESTADORAS DE SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÕES

Mauricio Soares Urti¹

Sumário: O artigo aborda o fenômeno do uso compartilhado de infraestruturas afetas tanto às redes que atendem o setor de distribuição de energia elétrica como o setor de telecomunicações: os chamados Postes de Luz. O estudo elenca alguns marcos regulatórios editados para o enfrentamento do tema do compartilhamento dessas infraestruturas, quais sejam as resoluções conjuntas no. 01/99 e no. 04/2014, as quais apontam para os esforços do regulador em conduzir ações coordenadas entre si. Aponta-se, ainda, para a insuficiência dessas tentativas com vistas à mitigação das ocupações irregulares de Postes de Luz, conforme diagnóstico feito pela Aneel e Anatel na Consulta Pública Aneel no. 16/2018. Por fim, propõe-se a intensificação de soluções e alternativas coordenadas, especialmente com vistas à edição de incentivos apropriados aos atores dos setores afetados para que implementem o compartilhamento de forma lícita, em conformidade com a regulação vigente.

Palavras-Chave: Compartilhamento de Postes de Luz. Sobre-carga. Distribuição de Energia Elétrica. Telecomunicações. Coordenação Regulatória.

Abstract: This paper intends to analyze the phenomenon of the sharing of certain essential infrastructures to the energy market

¹ Mestrando em Direito da Regulação pela Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas (FGV Direito Rio). Graduado em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro.



by the telecommunications players: the lampposts. The paper addresses some of the efforts made by the Brazilian regulatory agencies in order to accommodate this phenomenon, by the resolutions number 01/99 and 04/2014, which indicates the regulatory bodies' concerns to establish a ground of coordination between them in inspecting the phenomenon. The study also analyzes the lack of these attempts in order to mitigate the irregular use of lampposts by the telecommunications' players, diagnosed by the regulatory agencies, Aneel and Anatel, in a study provided by them with the purposes of reviewing the regulatory framework regarding the phenomenon and some of their reflects to the economic players from its relevant markets, the "Consulta Pública Aneel no. 16/2018". The paper claims the for an intensification of coordinated solutions and alternatives by the regulatory bodies, especially in order to refrain the irregular use of the lampposts and to create the adequate incentives for the players from the relevant markets in implementing the sharing of the lamppost as sated by the Brazilian regulatory framework.

Keywords: Sharing of Lampposts. Eletric Power Distribution. Regulatory Coordination.

INTRODUÇÃO



presente estudo parte da análise de um fenômeno multidisciplinar enfrentado por dois segmentos de atividades econômicas distintas, no entanto não menos essenciais à sociedade: a distribuição da energia elétrica e os serviços de telecomunicações.

O fenômeno consiste no uso compartilhado de determinadas infraestruturas empregadas nas redes tituladas e empregadas pelas sociedades concessionárias prestadoras se serviços de distribuição de energia elétrica, por parte de sociedades



prestadoras de Serviços de Telefonia Fixa Comutada (“STFC”)², Serviço Móvel Pessoal (“SMP”)³ e Serviços de Comunicação Multimídia (“SCM”)⁴: os Postes de Luz.

Os Postes de Luz são infraestruturas essenciais à arquitetura das redes que atendem às sociedades concessionárias prestadoras de serviços de distribuição da energia elétrica. No entanto, diante das necessidades prementes de prestadoras de serviços de STFC, SMP e SCM, doravante simplesmente identificados conjuntamente como os serviços de Telecomunicações, tornaram-se elementos não menos importantes no emprego das redes que a atendem às últimas.

O compartilhamento dos Postes de Luz é resultado da constatação da relevância dessas infraestruturas tanto como elementos essenciais às redes que atendem à atividade de distribuição de energia elétrica, desenvolvidas pelas concessionárias, quanto às prestadoras de serviços de Telecomunicações, as quais se utilizam de pontos instalados nos Postes de Luz para a fixação de suas redes.

O estudo reconhece o compartilhamento de Postes de Luz como uma solução essencial especialmente ao desenvolvimento da arquitetura das redes que atendem às Telecomunicações, de maneira que há demanda intensa por pontos de fixação nessas infraestruturas por parte das prestadoras de serviços nela encerrados.

O artigo, contudo, propõem-se a demonstrar que as soluções coordenadas editadas pelas agências responsáveis pela regulação de dois segmentos impactados pelo fenômeno, quais sejam a Agência Nacional de Energia Elétrica (“Aneel”) e a Agência Nacional de Telecomunicações (“Anatel”), não foram suficientes para o enfrentamento de externalidades negativas sobrevindas do fenômeno do compartilhamento dos Postes de Luz,

² Resolução nº 477 da ANATEL, de 07 de agosto de 2007. Art. 3º. (...) XXVI.

³ Resolução nº 477 da ANATEL, de 07 de agosto de 2007. Art. 4º.

⁴ Resolução nº 614 da ANATEL, de 28 de maio de 2013. Art. 3º.



O estudo procura esmiuçar a maneira como a Aneel e a Anatel avaliaram os resultados dos marcos regulatórios relacionados ao compartilhamento dos Postes de Luz, notadamente a Resolução Conjunta da Anatel e Aneel no. 04/2014 (a “Resolução Conjunta 04/2014”), editada na sequência da Resolução Conjunta no. 01 de 1999, pela Anatel, Aneel e Agência Nacional do Petróleo (“ANP”) (a “Resolução Conjunta 01/99”).

O ponto de partida é o diagnóstico feito pelas agências sobre a maneira e em que medida a edição da Resolução Conjunta 01/99 e da Resolução Conjunta 04/2014 foram capazes de franqueá-las instrumental capaz para o enfrentamento das supracitadas externalidades negativas advindas do compartilhamento dos Postes de Luz.

Fundamentado nos resultados coletados após a edição da Resolução Conjunta 04/2014, notadamente de que os marcos regulatórios não consistiram em medidas suficientes e bastantes para o represamento e o tratamento de externalidades negativas sobrevindas do compartilhamento dos Postes de Luz, como a proliferação desordenada do fenômeno, a hipótese do estudo é a de que as agências poderiam incrementar os seus atos e campos de atuação coordenadas, com o uso de ferramentas a elas franqueadas com vistas à implementação de estratégias mais intensas em coordenação regulatória, de maneira a viabilizar atuações mais eficazes e em prol da regulação do fenômenos, por meio da edição de incentivos adequados aos atores econômicos nele envolvidos.

Após a edição da Resolução Conjunta 04/2014, os resultados coletados pelo regulador, notadamente pela Aneel e Anatel, foram no sentido de que o marco regulatório não foi capaz de acomodar algumas externalidades negativas advindas do compartilhamento dos Postes de Luz. Isto porque o fenômeno se desenvolveu de forma desordenada, o que resultou na sobrecarga de determinadas infraestruturas, localizadas em perímetro



de interesse das prestadoras de serviços de Telecomunicações, enquanto paralelamente há infraestruturas ociosas, especialmente aquelas localizadas geograficamente em áreas distantes dos centros urbanos, portanto menos apelativas às sociedades reguladas pela Anatel.

O estudo destaca, ainda, alguns contornos recentes de maior sensibilidade atribuídos ao fenômeno, à medida que as concessionárias de energia elétrica, por vezes pressionadas em procedimentos próprios a solucionar o problema da sobrecarga dos Postes de Luz por elas titulados, inadvertidamente retiram e cortam os cabos que atendem à arquitetura das redes das prestadoras de serviços de Telecomunicações.

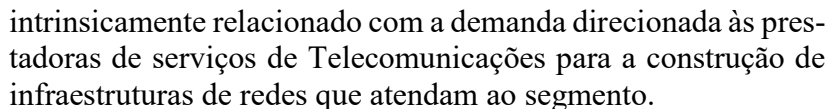
Na sequência, passa-se à identificação de algumas ferramentas consagradas pela Teoria da Regulação como capazes de intensificar as práticas coordenadas, as quais poderiam ser seguidas por Aneel e Anatel com vistas ao seu enfrentamento de modo mais eficaz, por meio da criação de incentivos adequados em prol da adoção do compartilhamento lícito dos Postes de Luz.

Por derradeiro, diante da recente proposta de revisão da Resolução Conjunta 04/2020, inclusive mediante a elaboração de um estudo de Avaliação de Impacto Regulatório (“AIR”), por iniciativa da Aneel e da Anatel, o estudo conclui que a investida das agências, consistente na revisão do marco regulatório em análise, inaugura novo capítulo na coordenação do regulador, de maneira que tem a potencialidade de incentivar o incremento de soluções desta natureza.

1. O COMPARTILHAMENTO DE POSTES DE LUZ

O relacionamento entre as indústrias de Telecomunicações e de energia elétrica retroage ao período de gestão estatal na prestação de ambos os serviços públicos, de energia e de telefonia fixa (STFC).

O fenômeno do compartilhamento de Postes de Luz está



O setor de Telecomunicações se vê fortemente impactado por uma demanda cada vez maior de construção de redes e infraestruturas capazes de absorverem o tráfego de dados em volume crescente. Os fluxo de dados é crescente em razão do advento de novas tecnologias, como evolução das tecnologias 2G, 3G, 4G e mais recentemente, as expectativas correlatas à tecnologia 5G.

Mas não é só. A demanda pela construção e manutenção de infraestruturas e redes que atendam ao setor das Telecomunicações também é influenciada pela comercialização cada vez mais crescente de equipamentos como as *Smart TVs*, além da penetração das sociedades prestadoras de conteúdo por meio da estrutura das Telecomunicações, como as sociedades *Over-The-Tops* (“OTTs”). A mudança do perfil comportamental da novas gerações e dos consumidores dos serviços de Telecomunicações indicam para a migração cada vez mais intensa do consumo de dados ao invés de voz.

Os fatores acima identificados possuem forte influência no direcionamento das prestadoras de serviços de Telecomunicações de ampliarem, ao longo do tempo, os seus investimentos em infraestruturas de rede, especialmente com o intuito de atendimento das demandas crescentes a elas endereçadas por redes capazes de atenderem os usuários, ou consumidores desses serviços.

Outras motivações relacionadas à estrutura e ao histórico do próprio setor de Telecomunicações contribuíram para que os seus atores não coordenassem as suas iniciativas e tampouco investimentos com vistas à criação de redes compartilhadas. Este comportamento acarretou em que cada uma das prestadoras de serviços de Telecomunicações, sejam de SMP, STFC, ou SCM, construísem historicamente as suas redes de forma autônoma e



apartadas.

O mercado foi inicialmente estruturado em modelo de monopólio natural, com a presença de uma empresa estatal por cada unidade da federação (o “Sistema Telebrás”). Por conseguinte, era evidente a existência de barreiras à entrada de novas sociedades no mercado.

Essas barreiras à entrada decorriam do reconhecimento dos altos investimentos necessários à construção das infraestruturas de rede que atendiam ao segmento das Telecomunicações, o que implicava em desincentivo à entrada de novos atores no mercado.

Com o advento da Emenda Constitucional no. 8 de 1995 (“EC 08/95”), a edição da Lei no. 9.472 de 1997 (“LGT”), além da criação da Anatel, o setor das Telecomunicações sofreu uma abertura para a entrada de novos atores privados, além da consequente consagração de uma dicotomia do regime de prestação dos serviços de Telecomunicações nos regimes público e privado⁵.

O cenário acima resumido, relativo a forma como se estruturou o segmento das Telecomunicações, no Brasil, é didático para demonstrar a acirrada concorrência no setor. Vale destacar que os atores, desde a edição da EC 08/95, muita embora o mercado não mais se estruturasse em uma estrutura exclusiva de serviços públicos⁶, em que há uma tendência à migração para

⁵ “Com a Emenda Constitucional nº. 8, de 15 de agosto de 1995, que alterou a redação do art. 21, incisos XI e XII, *a*, da Constituição de 1988, deu-se o início da nova política do setor de telecomunicações. Da simples leitura desses dispositivos, evidenciam-se as alterações introduzidas no texto constitucional: 1º) supressão do monopólio estatal sobre os serviços de telecomunicações; 2º) uniformização do regime de exploração dos serviços de telecomunicações, agora concentrados no inciso XI; 3º) a exigência de uma lei sobre ‘a organização dos serviços, a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais’”. (GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti; *Regime Jurídico das Telecomunicações: Autorização, Permissão e Concessão*; Revista interesse público; v.3; n.12; out./dez. 2001; p. 123).

⁶ “As transformações do setor de telecomunicações em todo o mundo decorreram de três principais fatores indissociavelmente ligados: I) globalização da economia; II) evolução tecnológica; e III) velocidade das mudanças no Mercado e nas necessidades



modelo de monopólio natural, demonstraram um comportamento de construir e investir em infraestruturas de redes de forma isolada e próprias. O comportamento também resulta da constatação de que a titularidade dessas infraestruturas de rede implicaria em diferencial concorrencial entre os atores econômicos.

Portanto, seja para os novos entrantes no mercado ao longo do tempo⁷, que necessariamente tinham de investir em redes próprias, seja para os atores que se posicionaram como líderes do mercado, notadamente no Brasil um mercado estruturado com quatro grandes e principais atores, a necessidade de construção de redes próprias sempre foi uma demanda com a qual tiveram de conviver.

1.1. A LEI No. 9.472 DE 1997 (LEI GERAL DAS TELECOMUNICAÇÕES OU LGT)

A necessidade de construção de redes próprias, por parte dos atores do setor de Telecomunicações, criou um

dos consumidores, aliada à falta de recursos para novos investimentos. Economicamente, constata-se a passagem do modelo de exploração monopolista (até a década de 80), seja estatal (como era no Brasil) ou privado (situação encontrada nos Estados Unidos, a AT&T, ainda que submetida a uma intensa regulação) para um ambiente concorrencial.” (ARAGÃO, Alexandre Santos de, 1969; *Direito dos serviços públicos*; 3a. ed; Rio de Janeiro; Forense; 2013; p. 257).

⁷ O trecho adiante é extraído do trabalho de Sayonara de Amorim Gonçalves Leal e se apresta com grande utilidade para o presente estudo: “Como previsto na Lei Geral de Telecomunicações, o Sistema Telebrás foi reagrupado em três holdings regionais, mais a Embratel que foi privatizada individualmente. Uma comissão especial de supervisão, criada pelo Ministério das Comunicações se encarregou da condução de todo o processo de privatização do setor. O Banco Nacional de Desenvolvimento Social (BNDES) conduziu a desestatização das teles, até finais de 1998. Em julho de 1998, após passar por um processo de avaliação, a Telebrás foi leiloada.” (LEAL, Sayonara de Amorim Gonçalves; *Algumas considerações sobre o modelo de regulação do mercado brasileiro de telecomunicações: os mecanismos de controle público presentes na regulamentação do setor e o papel da Agência Nacional de Telecomunicações – Anatel*; in *Revista Electrónica Internacional de Economía de las Tecnologías de la Información y de la Comunicación*; Volumen II; Numero 3; Septiembre a Diciembre de 2000; pp. 57-75; pág. 64).



8 A Consulta Pública Para Análise de Impacto Regulatório da Anel no. 16/2018, ou Tomada de Subsídios da Anatel de no. 28/2018, reconhece o cenário identificado no estudo: “Projeções do fabricante de equipamentos Cisco dão conta de tráfego Internet global terá mais do que triplicado entre 2016 e 2021, seguindo uma taxa composta de crescimento anual de 26% e alcançando até lá o equivalente a 125 vezes de todo o volume de tráfego do ano de 2005. O consumo de vídeo será responsável por aproximadamente 80% de todo o tráfego da Internet em 2021, a velocidade média das conexões de banda larga será de 53 Mbps e um acesso domiciliar será responsável em média por cerca de 155 Gigabytes de tráfego Internet por mês. Considerando esse cenário de crescimento exponencial do tráfego, a abordagem definitiva e perene capaz de efetivamente propiciar esse tipo de experiência no acesso fixo à Internet compreende o conjunto de soluções de rede de acesso de fibra óptica (FTTx), em suas diferentes topologias. No Brasil, não é uma coincidência que os prestadores competitivos apostaram fortemente no lançamento de redes próprias de fibra óptica até a casa do assinante, buscando uma maior autonomia e flexibilidade na diferenciação de ofertas e na experiência do consumidor. Também os maiores operadores têm inserido em seu portfólio de investimentos planos de construção de rede óptica até a residência. Por óbvio que toda essa capacidade de rede está e se manterá altamente vinculada com a sustentação aérea em postes de distribuição de energia. Quanto à quinta geração de comunicações móveis, para além do simples aumento das velocidades oferecidas por suas antecessoras, o 5G se pretende a uma oferta realmente massiva de comunicações de altíssima confiabilidade, de baixa latência, inclusive e especialmente entre máquinas. Para cumprir com todas essas expectativas, há um esforço grande da indústria em padronizar e disponibilizar novos segmentos de espectro. Mas tão importante quanto o aumento da capacidade espectral é o movimento de fortalecimento e adensamento das redes para aprimorar a capacidade de processamento e permitir o escoamento desse volume de tráfego gerado. Com essa orientação de adensamento de rede e o emprego de frequências substancialmente mais elevadas, projeta-se para o 5G a adoção ampliada de soluções de raio cobertura mais reduzido, do tipo small cells ou hot spots WiFi, algumas de alcance limitado a dezenas de metros. Também por essa vertente o poste se revela fundamental, sendo provavelmente a principal infraestrutura candidata à sustentação aérea dos elementos irradiantes dessas small cells 5G. A mesma rede de postes deve ainda servir de suporte ao cabeamento de fibra óptica de conexão e transporte de tráfego (backhaul) das small cells 5G.” (ANEEL, Agência Nacional de Energia Elétrica; ANATEL, Agência Nacional de Telecomunicações; *CONSULTA PÚBLICA PARA ANÁLISE DE IMPACTO REGULATÓRIO: Revisão da Regulamentação de Compartilhamento de Postes de Energia Elétrica por Prestadoras de Serviços de Telecomunicações*; setembro de 2018; Modelo Versão 2.1;



O comportamento identificado junto aos atores do setor de Telecomunicações, resultante na construção de suas redes de forma consideravelmente desordenada e pouco coordenada, encontrou uma primeira tentativa de enfrentamento na LGT, por meio do estabelecimento de uma racionalidade lógica em favor do compartilhamento.

A LGT, no seu artigo 73⁹, passou a garantir aos prestadores de serviços de Telecomunicações o direito de utilizarem os postes de propriedade das distribuidoras de energia elétrica, mediante o pagamento “de forma não discriminatória e a preços e condições justos e razoáveis”, sem que houvesse subsídio cruzado entre os setores.

1.2. A RESOLUÇÃO CONJUTA 01/99

Na sequência do esforço contido na LGT, a Aneel, a Anatel e a ANP, editaram a Resolução Conjunta 01/99, por meio da qual o regulador, no seu artigo 1º.¹⁰, tencionou a fixação de diretrizes para o compartilhamento de infraestruturas entre os setores de energia elétrica, Telecomunicações e petróleo.

A Resolução Conjunta 01/99 já demonstrava o reconhecimento do regulador de que os segmentos de Telecomunicações, de energia elétrica e de petróleo, porque são estruturados e dependem de estruturas de rede, potencialmente poderiam inaugurar algum grau de racionalidade entre si com especial atenção ao reconhecimento da existência de compatibilidade entre essas estruturas de rede de forma a permitir e justificar o uso comum de infraestruturas que nelas se inserem.

O racional do regulador, que transborda na edição de resoluções conjuntas, denota preocupações centrais encerrada em

TOMADA DE SUBSÍDIO PARA ANÁLISE DE IMPACTO REGULATÓRIO: Revisão da Regulamentação de Compartilhamento de Postes de Energia Elétrica por Prestadoras de Serviços de Telecomunicações; pág. 15).

⁹ Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997. Art. 73.

¹⁰ Resolução Conjunta no. 01 de 1999. Art. 1o.



duas grandes dimensões: (i) a efetiva regularização da ocupação dos Postes de Luz, que se perceberam ocupados de maneira altamente desordenada; e (ii) a forma e o cálculo da justa remuneração, do preço, em decorrência do compartilhamento de pontos de fixação nesses Postes de Luz.

A Resolução Conjunta 01/99 estabeleceu um procedimento consistente em sequência de passos que devem ser seguidos pelos atores interessados no compartilhamento dos Postes de Luz¹¹. No primeiro dos cinco passos, a prestadora de serviços de Telecomunicações deve entrar em contato com a distribuidora de energia elétrica para se informar sobre a disponibilidade de infraestrutura e as condições de compartilhamento.

No segundo passo, as condições para o compartilhamento são apresentadas pela distribuidora. Essas condições não podem ser discriminatórias e devem abranger informações sobre preços e prazos. O terceiro passo consiste na solicitação do compartilhamento, procedida pela prestadora de serviços de Telecomunicações formalmente e mediante a forma indicada pela distribuidora de energia elétrica, o que inclui a solicitação de informações necessárias para a análise de viabilidade técnica.

O quarto passo encerra a análise da Anatel e o envio à Aneel, para homologação e aprovação, caso a distribuidora de energia elétrica aprove o compartilhamento do Poste de Luz. O quinto e último trata da forma como o compartilhamento será instrumentalizado. Com fundamento no art. 20 da Resolução Conjunta 01/99, o contrato de compartilhamento a ser subscrito pelos atores interessados deverão conter cláusulas essenciais e que a eles indispensáveis ao parecer favorável à homologação¹².

A Resolução Conjunta 01/99, conforme o seu artigo 23, atribui à Comissão Conjunta de Resolução de Conflitos,

¹¹ A informação foi obtida junto ao guia rápido “Compartilhamento de Postes”, consultado na página da Anatel (https://www.anatel.gov.br/institucional/index.php?option=com_anexarlink&hash=28b5defb4afa9088283848046dd47ae6&name=Compartilhamento%20de%20Postes.pdf), acessado aos 27 de maio de 2020.

¹² Resolução Conjunta no. 01 de 1999. Art. 20.



organizada pela Aneel e Anatel, a competência para a resolução de conflitos havidos entre as prestadoras de serviços de Telecomunicações e as sociedades distribuidoras de energia elétrica¹³.

1.3. A RESOLUÇÃO CONJUNTA 04/2014

Na sequência dos esforços do legislador e do regulador, notadamente identificados na redação no artigo 73 da LGT e no disposto na Resolução Conjunta 01/1999, Aneel e Anatel editaram a Resolução Conjunta 04/2014, responsável pela aprovação do preço de referência para o compartilhamento dos Postes de Luz entre as sociedades distribuidoras de energia elétrica e prestadoras de serviços de Telecomunicações.

A Resolução Conjunta 04/2014 enfrentou o fenômeno do compartilhamento de Postes de Luz sob três perspectivas diferentes. Na primeira delas, o regulador estabeleceu o valor de R\$ 3,19 (três reais e dezenove centavos) como preço de referência do ponto de fixação para o compartilhamento dos Postes de Luz¹⁴, e que passou a ser utilizado pela Comissão de Resolução de Conflitos, inclusive nos casos de adoção de medidas acautelatórias, quando esgotada a via negocial entre atores regulados dos setores das Telecomunicações e de energia elétrica¹⁵.

A segunda perspectiva se depreende do disposto no Art. 2º da Resolução Conjunta. O dispositivo estabelece que as prestadoras de serviços de Telecomunicações, pertencentes a um mesmo grupo econômico, não poderiam ocupar mais de 1 (um) ponto de fixação em cada Poste de Luz¹⁶.

A terceira e derradeira perspectiva, direcionada aos atores interessados no compartilhamento, sobrevém do disposto no

¹³ Resolução Conjunta no. 01 de 1999. Art. 23. Parágrafo único.

¹⁴ Resolução Conjunta no. 04 de 2014. Art. 1º.

¹⁵ Resolução Conjunta no. 04 de 2014. Art. 1º, §2º.

¹⁶ Resolução Conjunta no. 04 de 2014. Art. 2º.



A Resolução Conjunta 04/2014 se dedicou ao estabelecimento de um valor de referência específico a título de justa remuneração, por parte das prestadoras de serviços de Telecomunicações às sociedades distribuidoras de energia elétrica, em decorrência do compartilhamento dos Postes de Luz.

No entanto, a Resolução Conjunta 04/2014 não se debruçou propriamente sobre o problema do legado da ocupação desordenada dos Postes de Luz por parte das prestadoras dos serviços de Telecomunicações. Este fenômeno se desdobra em, ao menos, três externalidades negativas postas ao regulador: (a) a sobrecarga de Postes de Luz, que acarretam em inegáveis riscos à segurança da população; (b) a ocupação de Postes de Luz de forma irregular, à medida que historicamente as prestadoras de serviços de Telecomunicações ocuparam os Postes de Luz de distribuidoras de energia elétrica sem que sequer estas tivessem conhecimento da ocupação; (c) a manutenção de ocupação de pontos de fixação em Postes de Luz meramente como barreira à entrada de novos atores entrantes no mercado de Telecomunicações.

2.1. A SOBRECARGA NOS POSTES DE LUZ

Esta externalidade está diretamente relacionada com o

¹⁷ Resolução Conjunta no. 04 de 2014. Art. 4º.



fato de que historicamente a maneira como o setor de Telecomunicações se desenvolveu acarretou em que os atores deste mercado tivessem nas redes que atendem aos serviços por eles prestados um diferencial concorrencial.

Desta forma, incrementar as suas respectivas redes com vistas a que um número maior de potenciais clientes e/ou usuários tivessem acesso aos serviços por eles prestados transformou-se em sinônimo de liderança em mercado altamente concorrido.

Este comportamento dos atores desses mercados resultou em que muitas vezes as demandas por ocupações em Postes de Luz se desse de uma forma muito intensa, o que implica dizer que muitos desses Postes de Luz se encontram em situação de sobrecarga. Consequentemente, as infraestruturas sobrecarregadas indicam sérios riscos à segurança da população decorrente tanto da falta de manutenção da fiação em excesso instalada nos postes, quanto pelo fato de que o excesso de carga nas infraestruturas tornam passíveis potenciais quedas das estruturas.

2.2. A OCUPAÇÃO IRREGULAR NOS POSTES DE LUZ

A ocupação irregular dos Postes de Luz decorre especialmente do fato de que as prestadoras de serviços de Telecomunicações historicamente utilizaram pontos de fixação em Postes de Luz, para a arquitetura de suas redes, sem que observassem nenhuma das formalidades previstas ao menos desde a edição da Resolução Conjunta 01/99.

As ocupações irregulares, além de corroborarem para os riscos à segurança da população, conforma já esmiuçado no item 2.1. precedente, também trazem outro efeito nocivo ao modelo pensado para o compartilhamento de infraestruturas de redes dos dois setores econômicos: não há o pagamento da justa remuneração pelas sociedades que fazem uso das infraestruturas das concessionárias de distribuição de energia elétrica. Portanto, o



racional econômico encerrado na estrutura de compartilhamento acaba por se ver prejudicado pela prática da conduta irregular das prestadoras de serviços de Telecomunicações.

2.3. A MANUTENÇÃO DE PONTOS DE FIXAÇÃO COMO BARREIRA À ENTRADA

Esta externalidade não foi contida pelo artigo 2º. da Resolução Conjunta 04/2014. Mesmo ao estabelecer que as prestadoras de serviços de Telecomunicações individualmente, ou o conjunto de prestadoras de serviços de Telecomunicações que possuam relação de controle como controladoras, controladas, ou coligadas, não podem ocupar mais de 1 (um) Ponto de Fixação em cada Poste de Luz, o dispositivo não foi capaz de sozinho impedir a prática perversa de ocupação dos Postes de Luz como forma de se evitar que novos entrantes no segmento possam também fazer uso dessas estruturas.

Ora, os Postes de Luz possuem limitações físicas quanto ao uso para a instalação de cabos das redes de Telecomunicações. Além disso, as infraestruturas preponderantemente atendem às redes de energia elétrica, por razões óbvias. O setor de energia elétrica é estruturado em modelo de concessões de maneira que em comparação com as segmento das Telecomunicações, estrutura-se de maneira muito mais ordenada.

Os Postes de Luz, portanto, traduzem-se por recursos escassos, de modo que os atores do setor de Telecomunicações se utilizam de pontos de fixação nessas infraestruturas muitas das vezes com o objetivo de restrição de suas capacidades à recepção de redes de outros atores, ou até mesmo de sociedades entrantes no segmento.

2.3. A EFICÁCIA DA RESOLUÇÃO CONJUNTA 04/2014

Associadas às externalidades negativas acima



identificadas, o cenário ainda foi acirrado pelas recentes investidas das sociedades concessionárias de distribuição de energia elétrica, as quais, instadas por autoridades como as municipalidades, o Ministério Público, a própria Aneel, ou até mesmo os Programa de Proteção e Defesa do Consumidor (os “PRO-CONs”), muitas das vezes à revelia das prestadoras de serviços de Telecomunicações, passaram a retirar, ou cortar, os cabos das redes de telecomunicações instalados em Postes de Luz de suas redes.

A eficácia da Resolução Conjunta 04/2020, conforme de depreenderá no item subsequente, é questionável ao menos com relação ao enfrentamento do problema das ocupações irregulares muitas das vezes perpetradas pelas prestadoras de serviços de Telecomunicações, que não seguem exatamente os passos já há muito previstos na Resolução Conjunta 01/99.

A Resolução Conjunta 04/2014 representou uma tentativa de Aneel e Anatel ao enfrentamento do fenômeno do compartilhamento dos Postes de Luz. Ela reflete, ainda, um marco regulatório importante, na sequência da Resolução Conjunta 01/99, editada pela Aneel, Anatel e ANP. No entanto, o regulador reconhece o cumprimento de um seu ciclo regulatório, tanto é assim que propôs a sua revisão mediante o chamamento de Consulta Pública, pela Aneel, e da Tomada de Subsídios, pela Anatel, com vistas à revisão regulatória.

3. OS RESULTADOS COLETADOS PELO REGULADOR

Conforme se esmiuçará em item oportuno deste trabalho, o regulador propôs a revisão de marco regulatório que trata do compartilhamento de Postes de Luz por meio de Consulta Pública Aneel no. 16/2018 e a Tomada de Subsídios de no. 28/2018, pela Anatel (doravante para fins deste artigo identificados conjuntamente como a “Consulta Pública”).

A Consulta Pública organizou a problemática sobrevida



do fenômeno do compartilhamento dos Postes de Luz sob duas dimensões, quais sejam (i) o problema da regularização da ocupação das infraestruturas; e o (ii) a justa remuneração pelo compartilhamento dos pontos de fixação nos Postes de Luz.

3.1. A REGULARIZAÇÃO DA OCUPAÇÃO DOS POSTES DE LUZ

As características do setor das Telecomunicações, conforme previamente indicadas, são ilustrativas para a identificação do comportamento, com racionalidade restrita, por parte de seus atores, de modo que historicamente estruturaram as suas redes, que atendem ao setor das Telecomunicações, de maneira totalmente independentes entre si.

Esta peculiaridade gera o efeito de que a ocupação dos Postes de Luz segue uma trajetória desordenada e até mesmo caótica em algumas circunstâncias. Vale destacar a diversidade das externalidades negativas sobrevindas dessa ocupação reconhecidamente desordenada. Dentre elas, destaca-se o acirramento das relações entre as prestadoras de serviços de Telecomunicações e as concessionárias de distribuição de energia elétrica, o que se evidencia, exemplificativamente, quando as últimas, muitas vezes instadas pelos mais diversos órgãos da Administração, removem o cabeamento de fibras óticas de suas infraestruturas¹⁸.

¹⁸ Conforme esclarece a Consulta Pública Para Análise de Impacto Regulatório Aneel no. 16/2018, ou Tomada de Subsídios Anatel de no. 28/2018 “Verifica-se nos postes a ocupação de prestadoras com contrato regular, outras ocupando irregularmente, tendo em vista a quantidade de pontos contratados ser inferior ao que de fato ocupa, seja na quantidade de postes, ou na quantidade de posições ocupadas em cada poste. Há ainda, aquelas que ocupam clandestinamente, sem possuir sequer a contratação dos pontos com a distribuidora. Por outro lado, a rotina de fiscalização das distribuidoras no controle de seus ativos tem se mostrado ineficaz para coibir tais práticas. (...) Uma outra consequência da ocupação desordenada é o comprometimento da segurança da rede elétrica seja para os transeuntes, seja para os colaboradores das empresas de distribuição e até mesmo para os contratados das empresas que lançam seus cabos de telecomunicações. Práticas predatórias e de expansão desordenada, que vem se



Outra externalidade negativa sobrevém do custo incremental considerável imputado às concessionárias de distribuição de energia elétrica, seja com a manutenção dos Postes de Luz, como diante da necessidade de suas trocas com periodicidade mais frequente em decorrência da redução de suas vidas úteis, dada a sobrecarga.

Outra externalidade negativa também advém da própria ineficiência econômica resultante da falta de controle com relação à forma como houve a modelagem das arquiteturas das redes de Telecomunicações. Seja pelo desincentivo ao compartilhamento das redes das próprias prestadoras de SMP, STFC, ou SCM, ou pela não remuneração às titulares dos Postes de Luz, diante da falta de informações uniformes acerca de quais infraestruturas se encontram efetivamente ocupadas, a ineficiência econômica implica em idêntico racional financeiro que impacta ambos os segmentos. Há, portanto, o aumento das tarifas aplicáveis aos usuários dos serviços de energia elétrica, além dos preços aplicados aos consumidores dos serviços de Telecomunicações.

Este crescimento desordenado também gera externalidades negativas à própria Administração, que se vê obrigada a incorrer em gastos advindos da necessidade de incremento de seus órgãos de fiscalização e controle, exemplificativamente na tutela de direitos coletivos e difusos da população exposta aos riscos associados à falta de segurança acarretada pela existência dessas estruturas sobrecarregadas.

Vale igualmente destacar que a Consulta Pública organizou o tema da regularização dos Postes de Luz em três outros

mostrando como um comportamento habitual no setor, têm contribuído para a deterioração dos níveis de segurança. Há falhas também na fiscalização dos próprios reguladores, principalmente na aplicação de instrumentos coercitivos às empresas, como multa ou a própria revogação da outorga daqueles que infringem os ditames normativos. São poucos os agentes que trazem a regularização para discussão na Comissão Conjunta. Além disso, é necessária atuação mais ativa, com foco na prevenção, e não apenas na punição. (ANEEL, op. cit.; pág. 14.)



subitens: (1) a regularização do passivo; (2) as regras gerais de regularização; e (3) a disseminação da informação.

3.1.1. A REGULARIZAÇÃO DO PASSIVO

Em se tratando da regulação do passivo, na própria sistematização da Consulta Pública, os resultados apresentados são relevantes para este artigo. O regulador indica que há aproximadamente 46 (quarenta e seis) milhões de Postes de Luz registrados no Brasil junto à Base de dados Geográfica da Distribuição (“BGDG”) da Aneel¹⁹. Ela também traz informações coletadas pela Anatel indicativos da existência de 4.520 (quatro mil e quinhentas e vinte) prestadoras de serviços de Telecomunicações demandantes de infraestruturas de suporte aos cabos de suas redes, dados esses relativos ao mês de abril de 2018.

A Consulta Pública também indica claramente uma peculiaridade observada no Brasil, consistente na existência de localidades em que o adensamento das redes é muito maior do que

¹⁹ A Consulta Pública Para Análise de Impacto Regulatório Aneel no. 16/2018, ou Tomada de Subsídios Anatel de no. 28/2018 revela os seguintes dados que são apresentados neste estudo: “Conforme já mencionado, há na Base de Dados Geográfica da Distribuição (BGDG) da ANEEL o registro de aproximadamente 46 milhões de postes de distribuição de energia elétrica em todo o Brasil. De outra parte, informações da Anatel sustentam que em abril de 2018 havia 4.520 prestadores de banda larga fixa ativos que utilizam meios de acesso confinados e, portanto, demandam infraestrutura de suporte à operação do cabeamento de rede, nas tecnologias XDSL, Cable Modem, FTTH, ETHERNET, ATM, entre outras. Em locais mais adensados, como capitais e regiões metropolitanas, esse número de prestadores é da ordem de dezenas de concorrentes, os quais disputam o espaço de fixação em postes para lançamento de suas redes. Ocorre que a padronização técnica de postes prevê que uma infraestrutura típica suporta algo entre 4 ou 6 redes sobrepostas na faixa de ocupação reservada a telecomunicações. Evoluindo a investigação mais granular das realidades locais, apura-se que 80% dos municípios brasileiros contam com no máximo 4 ofertantes competitivos de banda larga devidamente informados à Anatel. Isto é, as condições econômicas de oferta e demanda por serviço nesses mercados não trazem, a priori, uma questão severa de esgotamento da capacidade dos postes em suportar as redes dos prestadores de serviços competitivos. Já para os demais 20% dos municípios brasileiros, onde estão localizados 47% dos postes, essa é uma preocupação forte que merece uma análise mais detida.” (ANEEL, op. cit.; pág. 16.)



em outras. Dessa maneira, é igualmente observado que a procura e a disputa por parte de prestadoras de serviços de Telecomunicações por Postes de Luz, com vistas à fixação de suas redes, são muito mais intensas em 20% (vinte por cento) dos municípios brasileiros, os quais concentram 47% (quarenta e sete por cento) dos Postes de Luz.

Esta informação contrasta com a indicação de que há outras localidades em que há adensamento muito menor, e como consequência a procura pelos Postes de Luz também é consideravelmente reduzida, conclusão esta extraída da informação de que 80% (oitenta por cento) dos municípios brasileiros contam com 4 (quatro) ofertantes competitivas de banda larga regularmente informadas à Anatel.

A Consulta Pública parte de uma metodologia em que se estabeleceu que as localidades que convivem com mais de 4 (quatro) prestadoras de serviços de Telecomunicações concorrentes tenderiam a enfrentar dificuldades de esgotamento e sobrecarga da capacidade disponível em Postes de Luz. Em conformidade com esta metodologia, concluiu-se a existência de um total de 9 (nove) milhões de Postes de Luz elegíveis a um esforço de reorganização da ocupação.

Há, portanto, indicador claro de que a edição da Resolução Conjunta 04/2014 não foi suficiente para o enfrentamento e o equacionamento do problema do tratamento do legado de Postes de Luz em situação de sobrecarga, fundada no fenômeno do compartilhamento dos Postes de Luz.

A tabela adiante reproduzida é extraída da Consulta Pública e reflete exatamente o racional utilizado pelo regulador, Aneel e Anatel, para a conclusão extraída do parágrafo precedente.

UF	Quantidade Total (BDGD)	Quantidade Identificada	Percentual Identificado
AC	210.587	25.484	12%
AL	560.268	27.395	5%
AM	373.955	67.022	18%
AP	-	-	-
BA	3.371.098	193.195	6%
CE	1.921.132	198.046	10%
DF	269.206	185.377	69%
ES	787.372	157.332	20%
GO	2.297.018	397.035	17%
MA	1.614.771	49.505	3%
MG	5.900.339	1.000.040	17%
MS	1.221.641	193.790	16%
MT	1.872.408	178.670	10%
PA	1.672.120	69.070	4%
PB	1.140.532	84.046	7%
PE	1.866.207	135.014	7%
PI	973.443	50.505	5%
PR	3.077.217	977.856	32%
RJ	1.797.195	759.696	42%
RN	642.175	63.426	10%
RO	539.559	55.593	10%
RR	63.966	20.795	33%
RS	3.230.763	638.056	20%
SC	1.966.935	469.616	24%
SE	483.882	54.510	11%
SP	7.314.452	2.974.732	41%
TO	944.168	62.416	7%
TOTAL	46.112.409	9.088.221	20%

Inserido ao protocolo **17.711.187-2** por: **3º Sgt. Qpmg 1-0 Helio Jorge Parana Vieira** em: 04/06/2021 14:16. As assinaturas deste documento são de: **3º Sgta. Qpmg 1-0 Karlyne Priscylla da C. do Carmo** em: 08/02/2022 14:47. Endereço: <https://www.e-protoctos.org.br/03/2022/14/22darAssinatura> com o código: **6a30095610e9c0ef5cc877c0123ed21c**.



3.1.2. AS REGRAS GERAIS DE REGULARIZAÇÃO

Em se tratando da abordagem das regras gerais de regularização, o estudo diagnosticou a existência de assimetria considerável entre os atores do mercado de Telecomunicações e de energia elétrica. Enquanto as prestadoras de serviços de Telecomunicações possuem uma percepção de que o compartilhamento dos Postes de Luz é essencial para o exercício de suas atividades, as sociedades distribuidoras de energia elétrica não possuem o mesmo grau de atenção despendido pelo primeiro grupo²¹.

Neste particular, a abordagem do regulador, diferente do previsto com relação a regularização dos Postes de Luz com ocupações desordenadas, reconhece a necessidade de um enfrentamento propriamente por parte do regulador relativamente às novas ocupações que venham as ser pretendidas em momentos oportunos.

A avaliação conjunta da Anel e Anatel foi no sentido de reconhecer que fatores como a comunicação ineficiente, a assimetria de informações entre os atores dos dois segmentos, a falta de responsabilização e punição nas situações que indicam alguma irregularidade, resultaram em cenário de conflitos, o que compromete a ocupação ordenada dos Postes de Luz.

O diagnóstico das agências para a manutenção da situação de ocupação irregular dos Postes de Luz é bastante extenso e engloba: (a) o uso do poder econômico e poder de mercado,

²¹ A parte adiante destacada da Consulta Pública Para Análise de Impacto Regulatório Anel no. 16/2018, ou Tomada de Subsídios Anatel de no. 28/2018, é de idêntica importância para este estudo: “Outro ponto que merece atenção foi a constatação de que as distribuidoras de energia elétrica manifestam reduzido grau de priorização da atividade de compartilhamento. Por outro lado, as prestadoras de serviços de telecomunicações percebem o compartilhamento como essencial para a prestação do serviço, por vezes representando meio economicamente mais viável para a construção das redes de telecomunicações. A diversidade de poder e porte entre os agentes, além dos diversos graus de priorização do compartilhamento, naturalmente, conduzem dissensos que devem ser arbitrados. São conflitos relativos a contratos firmados ou projetos propostos, notadamente, quanto ao preço, extensão da ocupação e normas técnicas.” (ANEEL, op. cit.; pág. 25)



por parte de atores, que culminam na imposição de condições contratuais; (b) a governança e controle limitados com relação à instalação das redes de Telecomunicações; (c) a não padronização de projetos e a falta de qualificação dos agentes econômicos; (d) os dissensos entre agentes econômicos, especialmente quanto ao preço, a extensão da ocupação e a aplicação de normas técnicas relativas à ocupação; (e) o desconhecimento da ocupação real, reveladora da assimetria de informações; (f) o desconhecimento e o desrespeito às normas e requisitos mínimos necessários para a ocupação; (g) a fiscalização pouco efetiva, ineficaz e ineficiente; (h) a baixa efetividade das medidas retificadoras da conduta; (i) a ausência de identificação de cabos; (j) o alto custo da regularização e da adequação; (k) o reduzido interesse econômico de atores para a desmobilização; e (l) a elevada dificuldade técnica de adequação da situação das ocupações irregulares.

O regulador também associa o problema da falta de regras para a ultimação das ocupações dos Postes de Luz à saturação da ocupação dessas infraestruturas. As causas, conforme abordagem já introduzida neste trabalho, contemplam desde a crescente competição e demanda por serviços de Telecomunicações, especialmente nos grandes centros urbanos, como o planejamento limitado e deficiente da ocupação, o que resulta numa situação fática na qual os novos cabos são lançados sem a consideração dos cabos já instalados nas infraestruturas.

O diagnóstico também aponta como causa para as ocupações desordenadas a escassez de incentivos com vistas a novas iniciativas, exemplificativamente o enterramento de parte dos cabos de fibra, bem como a existência de rede considerável de cabos de cobre em uso pelos atores econômicos, além do legado existente de ocupação desordenada.

3.1.3. A DISSEMINAÇÃO DA INFORMAÇÃO



Por fim, ao tratar do subitem disseminação da informação, Aneel e Anatel sinalizam que os usuários dos serviços de distribuição de energia elétrica, além dos consumidores dos serviços de Telecomunicações desconhecem quais seriam as atribuições dos atores econômicos com relação ao fenômeno do compartilhamento dos Postes de Luz.

O desconhecimento das responsabilidades e atribuições não atinge somente os usuários e consumidores dos supracitados serviços. São igualmente desconhecedores os diferentes níveis da Administração, seja Municipal, Estadual e Federal, como os demais entes estatais, além de representantes do Poder Legislativo e do Poder Judiciário.

Diante da identificação da deterioração de Postes de Luz e das redes de Telecomunicações, por agentes incumbidos da tutela de direitos difusos, diversas foram as investidas direcionadas aos atores desses segmentos. Tanto os Ministérios Públicos estaduais, como Câmaras Legislativas estaduais e municipais, ou ainda órgãos como o PROCON, o campo de atuação desses agentes adquiriu considerável intensidade.

A cobrança regularmente ultimada pelos agentes anteriormente citados é no sentido de perseguir ações mais efetivas quanto à adequação das ocupações irregulares dos Postes de Luz. Neste cenário, a responsabilidade muitas vezes recai sobre as sociedades distribuidoras de energia elétrica, de modo que a elas é imputado um papel de maior relevo tanto na fiscalização quanto na manutenção dessas infraestruturas.

Os usuários dos serviços de energia elétrica, por desconhecimento, quiçá falta de opções mais eficazes, costumam acionar as distribuidoras em qualquer situação relacionada ao cabeamento de Telecomunicações, de modo que impõem às detentoras dos Postes de Luz um custo adicional associado ao atendimento e coordenação que, a priori, não seria de suas exclusivas competências.

A Consulta Pública também reconhece que recaem sobre



as agências reguladoras setoriais a responsabilidade pela disseminação de informação sobre o compartilhamento dos Postes de Luz, no sentido de tornar mais clara a forma de divisão de responsabilidades entre ocupantes das infraestruturas e os seus detentores, de modo a direcionar as ações e os esforços dos interessados em uma direção única, o que possibilitaria resultados mais eficazes na busca de solução aos problemas advindos do fenômeno do compartilhamento de infraestruturas.

3.2. O PREÇO DO COMPARTILHAMENTO DE PONTOS DE FIXAÇÃO NOS POSTES DE LUZ

No que se refere ao tema da remuneração adequada aos detentores dos Postes de Luz por parte dos ocupantes, para fins deste estudo as prestadoras de serviços de Telecomunicações, o regulador reconhece que a premissa é a de que as infraestruturas são recursos escassos, de maneira que os seus compartilhamentos se estruturam num cenário de busca de uma racional econômico com vistas a beneficiar o desenvolvimento das Telecomunicações no Brasil.

Neste sentido, o regulador reconhece que a estrutura das redes que atendem a distribuição de energia elétrica já encerram em si uma capilaridade que é muito atrativa às prestadoras de serviços de Telecomunicações. Basta dizer que a energia elétrica tem uma penetração muito maior na população quando comparada às Telecomunicações.

O segmento de distribuição de energia elétrica foi estruturado de tal forma que não há sobreposição das redes que atendem as suas prestadoras concessionárias. Além disso, a remuneração desses atores, em decorrências das linhas de despesas e custos em decorrência dos investimentos necessários com os novos Postes de Luz, e a manutenção dessas infraestruturas, foi pensado e estruturado de maneira que estariam financiados pelas tarifas cobradas junto aos seus usuários.



No entanto, a dinâmica de instalação dos cabos utilizados nas redes de Telecomunicações, ainda mais consideradas a forma desordenada e caótica como o fenômeno do compartilhamento se estruturou, desconstruiu este racional financeiro, o que acabou por onerar as linhas de despesas e custos das sociedades concessionárias prestadoras de serviços de distribuição de energia elétrica à medida que incorreram em custos excepcionais advindos da maneira desordenada como se estruturou o compartilhamento.

Historicamente, a Resolução Conjunta 01/99 estabelecia a regra da liberdade dos atores econômicos em fixarem os preços pelo uso dos Postes de Luz. A regulação, contudo, vedava um tratamento discriminatório e consagravam uma tentativa de se assegurar preços justos e razoáveis ao compartilhamento²².

Com o advento da Resolução Conjunta no. 04/2014, muito embora houvesse a preservação da livre negociação entre os atores relativamente aos preços pelo usos dos Postes de Luz, estabeleceu-se em seu artigo 1º. (vide a nota de rodapé 14), um valor de referência que deveria ser utilizado na eventualidade de conflitos direcionados à Comissão de Resolução de Conflitos, constituída pela Aneel e Anatel para o deslinde de conflitos sobre vindos com relação aos preços praticados pelas prestadoras de serviços de distribuição de energia elétrica junto às prestadoras de serviços de Telecomunicações.

A Resolução Conjunta 04/2014 estabeleceu, ainda, uma janela de 10 (dez) anos para a aplicação do valor de referência às concessionárias de serviços de Telecomunicações²³.

O Regulador identificou em seu diagnóstico um importante aspecto decorrente da fixação do preço de referência para a eventualidade de resolução de conflitos advindos do desacordo de atores interessados no compartilhamento dos Postes de Luz: a dinâmica de compartilhamento foi levada a um círculo vicioso.

²² Resolução Conjunta 01/99. Art. 4º, Art. 9º, Art. 15., Art. 20. e Art. 21.

²³ Resolução Conjunta 04/2014. Art. 11.



A partir do reconhecimento da existência de um legado de contratos, os quais envolvem prestadores de portes diferenciados, a Consulta Pública apontou o seguinte: (i) a existência de valores inferiores, praticados por parte de distribuidoras de energia elétrica a prestadores de serviços de Telecomunicações de grande porte, porque tratados em contratações contemporâneas, e (ii) paralelamente, a existência de contratos em cujas cobranças são mais elevadas e endereçadas a atores de pequenos porte do segmento de Telecomunicações, simplesmente porque originados em contratos mais antigos.

A Consulta Pública atribui a dinâmica pouco eficiente e de desincentivos econômicos ao compartilhamento dos Postes de Luz, ao menos observados os marcos regulatórios de momento, aos seguintes fatores: (a) a alta ocupação irregular, ou clandestina, de prestadoras de serviços de Telecomunicações; (b) a difícil gestão da base de ocupação e manutenção dos ativos por parte das detentoras dos Postes de Luz; (c) a ocupação por cabeamento ocioso, obsoleto, ou não identificado; (d) o alto índice de intervenção de órgãos de controle e poder local devido a aspectos de segurança e poluição visual; (e) o crescente volume de conflitos entre solicitantes e detentoras direcionados à Comissão de Resolução de Conflitos das Agências.

A Consulta Pública também aborda o tema sob uma perspectiva de eficiência alocativa do uso compartilhado de Postes de Luz. Neste cenário, reconhece a existência de um debate quanto ao compartilhamento de ganhos com a modicidade tarifária, i.e., mediante a sinalização da forma como a contribuição dessa atividade acessória, consistente no compartilhamento dos Postes de Luz, refletiria na redução da tarifa de energia elétrica.

A sinalização feita pelo regulador é de que nos termos dos Procedimentos de Regulação Tarifária (“PRORET”) vigentes, 60% (sessenta por cento) da receita bruta de compartilhamento de Postes de Luz é atualmente revertida aos usuários de energia elétrica na redução de tarifas, ao passo que os demais



40% (quarenta por cento) são efetivamente percebidos pelas distribuidoras. Não há, portanto, um incentivo a que procedam efetivamente com o compartilhamento, posto que os atores não propriamente percebem as vantagens econômicas advindas do fenômeno.

4. A PROPOSTA DE REVISÃO DA RESOLUÇÃO CONJUNTA 04/2014

O diagnóstico feito por Aneel e Anatel com relação ao desenvolvimento do fenômeno do compartilhamento dos Postes de Luz, especialmente à luz de marcos regulatório como a Resolução Conjunta 01/1999 e a Resolução Conjunta 04/2014, inclusive com o reconhecimento de que a última cumpriu com o seu ciclo regulatório, desencadeou diversas iniciativas com vistas à revisão do supracitado marco regulatório, qual seja a Resolução Conjunta no. 04/2014.

Aneel e Anatel oportunizaram aos interessados a apresentação de contribuições em prol do amadurecimento do diagnóstico do fenômeno do compartilhamento dos Postes de Luz, além de soluções para os problemas dele decorrentes.

Editaram, assim, a Consulta Pública com o intuito de promoção de uma Avaliação de Impacto Regulatório (“AIR”), tida como a Consulta Pública no. 16/2018, pela Aneel, ou a Tomada de Subsídios no. 28/2018, por parte da Anatel. A iniciativa tencionou impulsionar os atores econômicos e demais interessados no fenômeno do compartilhamento a apresentarem as suas colaboração para a confecção da AIR.

O regulador trouxe ao debate dos interessados a confrontação dos dois principais problemas diagnosticados, quais sejam (i) o problema da regularização da ocupação dos Postes de Luz; e (ii) o problema do preço pelo compartilhamento dos pontos de fixação nos Postes de Luz sob determinadas perspectivas.

Inserido dentro do gênero “problema da regularização da



ocupação dos Postes de Luz”, o regulador propôs a avaliação do subitem “a regularização do passivo” sob a perspectiva de quatro alternativas: (a) a “Alternativa A”, consistente na manutenção da regulamentação vigente; (b) a “Alternativa B”, consistente no estabelecimento, na regulamentação, da aprovação de um plano de regularização elaborado pelas distribuidoras segundo critérios próprios; (c) a “Alternativa C”, consistente no estabelecimento, na regulamentação, de rito administrativo de estabelecimento e acompanhamento de metas e regularização, com governança e deliberação por parte das agências reguladoras; e (d) a “Alternativa D”, consistente no estabelecimento, novamente na regulamentação, de metas de regularização com diretrizes objetivas, incluindo marcos quantitativos, prazos e medidas corretivas caso haja descumprimento ou inércia dos envolvidos.

Para o subitem “as regras gerais de regularização” também inserido no gênero “problema da regularização da ocupação dos Postes de Luz”, a proposta do regulador consiste na revisão sob a perspectiva de duas alternativas: (a) a “Alternativa A”, consistente na manutenção da regulamentação vigente; e (b) a “Alternativa B”, consistente na revisão, na regulamentação, de dispositivos orientados à autodeclaração, ao combate à ocupação clandestina, à regularização contratual, à cobrança pela ocupação real, ao reforço da responsabilização e penalização por ocupações irregulares e ao fortalecimento da atuação da Comissão de Resolução de Conflitos das agências, mediante a adoção de medidas coercitivas e cautelares.

Relativamente ao subitem “disseminação da informação”, sempre vinculado ao gênero “problema da regularização da ocupação dos Postes de Luz”, o regulador propõe a sua revisão sob a perspectiva de quatro alternativas: (a) a “Alternativa A”, consistente na confecção de um documento conjunto que objetivaria as possibilidades regulatórias disponíveis para o poder público notadamente com relação à regularização da ocupação dos Postes de Luz; (b) a “Alternativa B”, consistente na



promoção de foros de discussão conjunta entre as entidades governamentais e a criação de mecanismos de participação social nas discussões das agências acerca do compartilhamento; (c) a “Alternativa C”, consistente na criação de subsídios, por parte do poder público, com vistas à formulação de políticas públicas dedicadas ao tema compartilhamento; e (d) a “Alternativa D”, consistente na combinação das Alternativas A, B e C.

As proposta do regulador para revisão do problema identificado como gênero “preço pelo compartilhamento dos pontos de fixação nos Postes de Luz”, também apresenta quatro caminhos, quais sejam: (a) a “Alternativa A”, consistente na manutenção da regulamentação vigente; (b) a “Alternativa B”, consistente na retirada da regulamentação conjunta da previsão do preço de referência e o estabelecimento de medidas de transparência; (c) a “Alternativa C”, consistente na homologação de condições de conhecimento público para a contratação, aplicáveis a todos os contratos e com preços definidos pelas sociedades detentoras dos Postes de Luz; e (d) a “Alternativa D”, consistente no estabelecimento de preço por meio de ato da Aneel, o qual refletiria, além dos custos, outros fatores regionais intrínsecos à dinâmica do compartilhamento, como a saturação, a demanda e a competição, de modo a permitir a remuneração das atividades que objetivem a regularização.

As distintas propostas apresentadas por Aneel e Anatel se inserem num contexto mais amplo, em que o regulador pretende impulsionar, ou até mesmo editar, prática e iniciativas conjuntas e coordenadas, ferramentas que são tidas pela Teoria da Regulação como de coordenação regulatória.

As propostas evidenciadas na Consulta Pública, de outro lado, indicam um claro reconhecimento do regulador de que, ao menos até o momento, os marcos regulatórios editados, quais sejam a Resolução Conjunta 01/99 e Resolução Conjunta 04/2014, não foram propriamente eficazes quanto ao desenvolvimento de prática coordenadas entre a Aneel e a Anatel.



Ministérios Públicos, as Municipalidades, as Câmaras Legislativas e os PROCONs, constituem-se elementos importantes em prol de uma coordenação regulatória entre eles.

Os reguladores poderão, portanto, direcionar os seus esforços à edição dos incentivos adequados aos atores para que busquem soluções também eficientes ao compartilhamento de suas redes. O incremento nas formas de fiscalização de ocupações irregulares, exemplificativamente, faria com que as prestadoras de serviços de Telecomunicações rechaçassem as soluções informais de compartilhamento, às margens da regulação vigente relacionada ao tema.

Consequentemente, os atores econômicos diretamente envolvidos no fenômeno do compartilhamento dos Postes de Luz se deparariam com os incentivos adequados à implementação de ocupações regulares, em cenário oposto ao diagnóstico feito pelas agências e constante da Consulta Pública, o qual aponta para um volume alto de ocupações irregulares nessas infraestruturas.

5.1. ALGUMAS FERRAMENTAS DE COORDENAÇÃO REGULATÓRIA

A Teoria da Regulação consagra algumas ferramentas como capazes de promoção da coordenação regulatória. Essas ferramentas tanto se propõem à maximização de benefícios como a redução de custos concernentes às práticas regulatórias implementadas de maneira isoladas pelos diversos entes reguladores.

Este item tenciona identificar e propor o uso de determinadas ferramentas, pelo regulador, capazes de tornar as suas ações mais eficazes no cenário do compartilhamento dos Postes de Luz.

Para esta finalidade, o estudo de Jody Freeman e Jim



5.1.1. AS PROVISÕES DE CONSULTA

Há casos em que o Legislativo simplesmente autoriza a consulta interagências sem que haja uma requisição formal para tal finalidade. Alguns marcos legislativos estabelecem, contudo, requisitos de consultas prévias a tomadas de determinadas ações e decisões. Outras provisões de consultas explicitamente exigem respostas públicas por parte de variedade de agências a sugestões

²⁵ O seguinte trecho extraído do estudo de FREEMAN e ROSSI tem relevância com a proposta de categorização das algumas ferramentas de coorenação regulatória apropriadas por este trabalho: “There are a number of ways to group these tools conceptually, each of which might be analytically useful. We divide coordination instruments into four distinct categories: consultation provisions, interagency agreements, joint policymaking, and centralized White House review. The first three categories are functional and describe common modes of agency interaction. The fourth category focuses on the President as a potential coordinator in chief.” (FREEMAN, Jody and ROSSI, JIM. *Agency Coordination in shared regulatory space*; Harvard Law Review, Volume 125, March 2012, Number 5; The Harvard Law Review Association; pág. 1.115).



de propostas por outras. Existem, igualmente, contextos em que o Legislativo indica que o posicionamento de uma determinada agência pode extrapolar os seus deveres legais quando estas não justifiquem fundamentadamente as razões pelas quais não houve a adesão de sugestões formuladas por parte de outras agências. Finalmente, o Legislativo pode impor determinados requisitos de concorrência entre as agências, ao impor que um determinado standard editado por uma agência não seja desviado por outra.

A Consulta Pública, conforme depreendido dos itens precedentes, estruturada conjuntamente por Aneel e Anatel, pode ser identificada como uma iniciativa em que a ferramenta se faz presente. A Consulta Pública Para Análise de Impacto Regulatório no. 16/2018, proposta pela Aneel, ou a Tomada de Subsídios de no. 28/2018, organizada pela Anatel, consiste em exemplificação de como o regulador brasileiro provocou os seus atores regulados a colaborarem com a elaboração da AIR pretendida neste momento e com o objetivo de coletar o máximo de informações e inteligência para a revisão da Resolução Conjunta 04/2014.

5.1.2. OS ACORDOS INTERAGÊNCIAS

As hipóteses de acordos interagências são exemplificativamente extraídos de acordos celebrados entre as agências nos quais se vinculam em temas específicos, procedimentos comuns e se comprometem com o cumprimento de compromissos mútuos. Esses acordos são celebrados para uma variedade de motivos como o delineamento de linhas jurisdicionais; o estabelecimento de procedimentos com vistas ao compartilhamento de informações, ou produção de informações; o estabelecimentos de colaborações em prol de finalidades comuns; a coordenação de revisões ou aprovações nas hipóteses em que mais de uma agência possuam autoridade de atuação em uma matéria particular importante; e, em casos mais esporádicos, acordos em políticas



importantes.

Em se tratando da ferramenta dos acordos interagências, Aneel e Anatel poderiam fazer uso do instrumento para estabelecerem uma forma mais estruturada e coordenada com o objetivo de editarem um modelo fiscalizatório mais eficaz entre as agências com o intuito de reduzirem o volume de compartilhamentos irregulares nos Postes de Luz, ou até mesmo como forma de tornar mais eficiente o uso dessas infraestruturas.

A proposta se encerra na tentativa do regulador, especialmente ciente da escassez de recursos de que dispõem para a fiscalização de um cenário caótico e altamente sensível, conforme evidenciado nos resultados apresentados na Consulta Pública, de procurar uma via mais eficiente e que estabeleça delimitações bem desenhadas, a fim de que com os recursos e a inteligência de que já dispõem, especialmente diante dos dados a elas oferecidos pelos seus atores regulados, comunguem esforços no intuito da promoção de estratégias de fiscalização melhores sucedidas deste cenário.

5.1.3. AS ELABORAÇÕES DE POLÍTICAS CONJUNTAS

A elaboração de políticas públicas conjuntas estão presentes nas coordenações de uma variedade de instrumentos com vistas à edição de regramentos com o propósito de regulação de matérias afetas a pluralidade de atores econômicos. Incluem-se neste cenário a adoção de estatutos e standards editados conjuntamente por entes reguladores. Vale destacar que esta hipótese está bastante presente nos adventos da Resolução Conjunta 01/99 e Resolução Conjunta 04/2014.

Demais disso, a elaboração da AIR, conjuntamente por Aneel e Anatel, com colaborações dos mais diversos interessados, mas especialmente aqueles atores que dialogam normalmente com esses reguladores em razão das suas atividades corriqueiras, reflete oportunidade única de edição de um marco



regulatório que possa enfrentar o fenômeno do compartilhamento, e as externalidades negativas dele decorrentes, de maneira mais assertiva e por meio da criação de incentivos adequados aos atores econômicos regulados. Desta feita, poder-se-iam produzir resultados exitosos no combate aos problemas diagnosticados na Consulta Pública.

Soma-se ao presente cenário o fato de que há outros entes, como o Ministérios Públicos, Municipalidades, Câmaras Legislativas e os PROCONs, fundados em legitimação por conta da tutela de direitos coletivos e difusos, manifestaram-se interessados pelo tema. Portanto, nada mais natural que esses atores de alguma maneira também dialoguem com a Aneel e Anatel, de maneira a disponibilizarem as suas estruturas, muitas das vezes mais eficazes na fiscalização de situações de irregularidade, para permitir um esforço de fiscalização mais eficiente e eficaz no combate e na resolução das situações de irregularidade associadas ao compartilhamento dos Postes de Luz. Os incentivos, portanto, poderiam ser adequados à redução de ocupações irregulares dos Postes de Luz por meio de fiscalizações que se emplassem do ferramental propiciado por esta variedade de entes.

5.1.4. AS REVISÕES CENTRALIZADAS NO PODER EXECUTIVO

As revisões centralizadas no Poder Executivo se encontra mais presentes na estrutura de poder norte-americana²⁶. A

²⁶ A indicação constante do estudo é corroborada por trabalhos da Teoria da Regulação, como se evidencia do subsequente trecho de COGLIANESE: "On his very first day in office, President Obama issued a presidential memorandum on transparency and open government that proved distinctive in the way that it asserted authority over independent agencies. President Obama wrote that "[t] he independent agencies should comply with the Open Government Directive," using the same verb-"should"-that the memo used for executive branch agencies. Granted, the significance of this choice of language may not be self-evident; but interestingly, previous Presidents have made a point to distinguish a softer application of their presidential directives to independent agencies than to executive branch agencies. For example, President Bush



dos marcos regulatórios editados pelo regulador, feitas as ressalvas da natureza política típicas desses atos, é inegável que há iniciativas de parte do Poder Legislativo de exigir diretamente dos atores envolvidos no fenômeno do compartilhamento dos Postes de Luz a adoção de condutas mais racionais e mitigadoras do cenário caótico de ocupação desordenadas dessas infraestruturas.

Os exemplos de ferramentas ora apresentadas denotam que o regulador dispõe de instrumental capaz de incentivá-lo à adoção de políticas coordenadas, sempre fundadas em valores como a eficiência, a eficácia nas suas ações e, especialmente, a edição de marcos regulatórios que sejam capazes de alcançar as suas finalidades pretendidas.

Na hipótese concreta, a Aneel e a Anatel estão diante de uma oportunidade muito relevante de inaugurar uma nova etapa com relação ao fenômeno do compartilhamento dos Postes de Luz²⁸, especialmente a partir da construção de uma AIR com colaborações das mais variadas, respeitadas as perspectivas antagônicas apresentadas por meio de criação dos incentivos adequados à redução do tensionamento existente entre os atores econômicos regulados e a adoção em escala da solução do compartilhamento dos Postes de Luz.

²⁸ O trecho adiante é extraído do estudo de Keith Bradley *"THE DESIGN OF AGENCY INTERACTIONS"* e se aplica com bastante utilidade à proposta apresentada no presente trabalho: "The basic mechanism of agency interactions is that one agency's freedom of action is somewhat restricted by the control or influence that other agencies have over its choices. If we regard regulation as a series of decisions, this first agency (the "action agency") exercises discretion at each decision. A simplistic account of this series might go as follows: First, the action agency must prioritize an issue for regulatory action. Second, it must decide what means to use in addressing that issue. At the same time, probably, it explores policy alternatives. Third, it adopts a definite policy with regard to the issue, perhaps codifying it in a rule (published or interpretive). Finally, it implements that policy, usually by means of a series of adjudications. An interaction between agencies, of the type in which I am interested, involves an intervention by some other agency (the "directing agency") at one or another step". (BRADLEY, Keith; *"THE DESIGN OF AGENCY INTERACTIONS"*; Columbia Law Review; Vol. 111; no. 4; Maio de 2011; pág 750).



de recursos limitados para a implementação de medidas fiscalizatórias eficazes à contenção das ocupações irregulares, ou ociosas, especialmente diante da extensão do território nacional. Ao mesmo passo, há outras autoridades, como os Ministérios Públicos, os PROCONs, os Legislativos municipais e estaduais, que demonstraram interesse no tema.

Desta feita, a comunhão de esforços de todos o aparato regulatório não é uma mera conjectura, mas uma necessidade. Os entes reguladores deveriam sistematizar os seus campos de atuação, com o uso da inteligência e aparato de que dispõem, para que comungados, tornem a fiscalização mais eficaz e eficiente.

A potencial edição de acordo de coordenação entre os diversos reguladores implicaria na sistematização de seus campos de atuação, o que evitaria uma sobreposição ineficiente desses entes, que dispõem de recursos limitados. Além disso, contribuiria para o alinhamento de informações entre as diversas autoridades, especialmente com referência a quais são as atribuições e compromissos assumidos por cada ator econômico no compartilhamento dos Postes de Luz.

O estabelecimento de regramento claro e objetivo aos interessados no compartilhamento dos Postes de Luz também é de grande relevância. As solicitantes e detentoras precisam ter muito claramente delineados quais são as suas obrigações, além de quais são os resultados atrelados à manutenção de condutas repudiadas, como a implementação de instalações irregulares, ou a manutenção de cabeamento ocioso. Essas regras e os respectivos efeitos a ela associados precisam ser apresentados como muita clareza aos atores econômicos, a fim de que as suas oportunas tomadas de decisão tenham uma racionalidade mais ampla possível.

Mas não é só. Outro problema a ser solucionado é a busca de precificação, atrelada ao uso dos Postes de Luz, de maneira a possibilitar a maximização dos benefícios para a sociedade.



distintas, especialmente com o uso de instrumentos que as viabilizem implementar ações coordenadas, eficientes, eficazes e que concedam um tratamento ao tema com a devida atenção demandada.

O compartilhamento dos Postes de Luz não deve ser tido como um problema em si. Contrariamente, o fenômeno representa uma alternativa racional e economicamente eficiente especialmente às prestadoras de serviços de Telecomunicações, que diferentemente das tarifas praticadas pelas concessionárias de energia elétrica, não necessariamente embutem nos preços que praticam todas as despesas incorridas com a construção e manutenção de suas infraestruturas, sob pena de seus preços se tornarem pouco atrativos aos seus consumidores.

Ao mesmo passo, também não faz sentido que as concessionárias de distribuição de energia elétrica tenham, ainda que indiretamente, de financiar as redes de Telecomunicações, o que configuraria um subsídio cruzados entre os setores, o que não é tencionado pelo regulador.

As soluções giram muito no estabelecimento de um regramento claro, racional e eficaz, criador dos incentivos adequados e que permitam aos atores econômicos regulados a percepção dos efeitos e dos compromissos que o compartilhamento os impõem. Ao mesmo tempo, apresentam aos reguladores campos de atuação bem delineados e estabelecidos, a fim de que disponham de seus correspondentes aparatos de forma eficiente e exitosa no enfrentamento de algumas das externalidades negativas advindas do fenômeno.



REFERÊNCIAS

ANEEL, Agência Nacional de Energia Elétrica; ANATEL,



FREEMAN, Jody and ROSSI, JIM. *Agency Coordination in shared regulatory space*; Harvard Law Review, Volume 125, March 2012, Number 5; The Harvard Law Review Association.



A (IN)APLICABILIDADE DA TEORIA DO NASCIMENTO INDEVIDO NO DIREITO LUSO-BRASILEIRO

Pablo de Souza Melo¹

Resumo: O presente artigo científico pretende realizar uma reflexão sobre a viabilidade da aplicação da teoria do nascimento indevido nos ordenamentos jurídicos de Portugal e do Brasil. Em regra, as demandas baseadas nessa tese são propostas pelos pais de uma criança nascida com deficiências profundas, contra o médico que, de forma negligente, não detectou a referida realidade clínica do nascituro durante os exames efetuados no pré-natal, diagnóstico esse que, pelo estado normal da ciência, poderia ser constatado, interferindo na liberdade procriativa dos genitores, que não puderam decidir tempestivamente sobre o prosseguimento ou não da gravidez. Nesse contexto, a pesquisa abordará temas, como diferenciação das espécies de *wrongful actions*, que comumente são propostas no início da vida; a aceitação em outros sistemas legais, e; seu enquadramento como uma “nova” espécie de responsabilidade civil médica.

Palavras-Chave: responsabilidade civil; teoria do nascimento indevido; erro médico; negligência; diagnóstico; transtornos congênitos; recém-nascidos.

Abstract: The present scientific article intends to reflect on the feasibility of applying the theory of undue birth in the legal systems of Portugal and Brazil. As a rule, the claims based on this thesis are proposed by the parents of a child born with profound deficiencies, against the physician who, negligently, did not

¹ Mestrando na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa; Defensor Público do Estado do Pará.



detect the aforementioned clinical reality of the unborn child during the prenatal examinations, by the normal state of science, could be verified, interfering in the procreative freedom of the parents, who could not decide timely on the continuation or not of the pregnancy. In this context, the research will address topics such as differentiation of the species of wrongful actions that are commonly proposed early in life, acceptance in other legal systems, and its framing as a "new" type of medical civil liability.

Keywords: civil liability; wrongful birth; medical error; negligence; diagnosis; congenital disorders; newborns.

Sumário: 1- Noções Introdutórias: as *wrongful actions* relacionadas com o início da vida; 1.1- Delimitando a teoria da gravidez indevida; 1.2- Da necessária distinção entre a teoria do nascimento indevido e a teoria da vida indevida; 2- Teoria do Nascimento Indevido – *Wrongful Birth*; 2.1- Conceito; 2.2- Análise dos pressupostos de responsabilidade civil nas ações baseadas na teoria do nascimento indevido; 2.2.1- Erro no diagnóstico médico: da aferição da conduta culposa; 2.2.2- Dano indenizável e as formas de reparação; 2.2.3- Nexos de causalidade entre a conduta médica e o dano; 2.3- Direito comparado; 2.3.1- A jurisprudência norte-americana; 2.3.2- A jurisprudência europeia; 3- Da (In)Aplicabilidade da Teoria do Nascimento Indevido no Direito Luso-Brasileiro; Conclusões; Referências.

NOÇÕES INTRODUTÓRIAS: AS *WRONGFUL ACTIONS* RELACIONADAS COM INÍCIO DA VIDA



nas últimas décadas, a sociedade tem observado uma clara evolução no campo da ciência médica, que se materializa, dentre outras coisas, pela disponibilização de modernas ferramentas de diagnóstico, que hoje permitem que os médicos



Dentro dessa perspectiva, a doutrina e a jurisprudência civilista vêm se dedicando ao estudo das chamadas *wrongful actions* relacionadas com o início da vida, que são tipos de demandas ligadas à responsabilidade civil médica e que são divididas em três categorias: a) a *wrongful conception ou pregnancy*, que, nos países estudados, é chamada de gravidez indevida; b) a *wrongful life*, chamada de vida indevida e; c) a *wrongful birth*, chamada de nascimento indevido.

A ação baseada na teoria da gravidez indevida tem uma especificidade em relação às demais, pois visa a responsabilização civil do médico que, por conduta negligente, não realiza adequadamente um procedimento de esterilização ou um procedimento de interrupção de gravidez, ocasionando o nascimento de uma criança saudável, porém indesejada, violando, assim, o direito dos pais ao planejamento familiar, que, em decorrência disso, poderão acionar judicialmente o responsável pelo dano



sofrido²⁻³.

O primeiro precedente conhecido deste tipo de demanda é o caso *Custodio v. Bauer*⁴, da Corte de Apelação da Califórnia, nos Estados Unidos da América.

Entendeu o mencionado Tribunal que o erro cometido pelos médicos no procedimento de esterilização da demandante, que ocasionou uma gravidez indesejada, seria o bastante para condená-los ao pagamento de indenização⁵.

Outra situação em que seria possível a configuração desse ilícito civil, passível de responsabilização, é aquela em que o médico deixa de alertar o paciente que, por exemplo, realiza um procedimento de vasectomia ou de laqueadura, sobre a falibilidade da técnica e a possibilidade de nova gravidez, mesmo após o ato cirúrgico⁶.

Podemos citar, como exemplo dessa hipótese, um acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, no Brasil.

² “It is a claim by parents for damages arising from the negligent performance of a sterilization procedure or abortion, and the subsequent birth of a child” (BLACK, Henry Campbell. *The black's dictionary: definitions of the terms and phrases of American and English jurisprudence, ancient and modern* – 6th edition, St. Paul, Minn.: West publishing Co., 1990, p. 1.612. Disponível em <https://www.no-sue.org/app/download/7239631617/WRONG-FUL%2BLIFE%252C%2BBIRTH%252C%2BCONCEPTION%2B%2BBlacks%2BLaw%2B6th%2BEdition.pdf?+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br> e acessado em 07/09/2018).

³ “The majority of wrongful conception cases involve the unplanned birth of a healthy child” (SMITH-GROFF, Melissa K. *Wrongful Conception: When an Unplanned Child Has a Birth Defect, Who Should Pay the Cost*, Missouri Law Review, vol. 61, issue 1, article 10, 1996, p. 137. Disponível em <https://scholarship.law.missouri.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3264&context=mlr> e acessado em 07/09/2018).

⁴ *Custodio v. Bauer*, 251 Cal.App.2d 303 (1967). Disponível em <https://www.leagle.com/decision/1967554251calapp2d3031522> e acessado em 11/09/2018.

⁵ O BGH alemão também já se manifestou em sentido semelhante no seguinte julgado: BGH, 18 de Março de 1980, NJW 1980, 1452-1456. Disponível em <https://www.schweizer.eu/bibliothek/urteile/index.html?id=11464> e acessado em 11/09/2018.

⁶ Cf. GONZÁLEZ, José Alberto. *Wrongful birth, wrongful life: o conceito de dano em responsabilidade civil*. Lisboa: Quid Juris?, 2014, pp. 18/19.

Inserido ao protocolo **17.711.187-2** por: **3º Sgt. Qpmg 1-0 Helio Jorge Parana Vieira** em: 04/06/2021 14:16. As assinaturas deste documento são de: **3º Sarg. Qpmg 1-0 Kateryn Prisdyla C. Docência** em: 04/06/2021 14:47. Endereço: <https://www.e-proto.org.br/07/2021/4/validarAssinatura> com o código: **6a30095610e9c0ef5cc877c0123ed21c**.



Por fim, importante destacar que a teoria da gravidez indevida encontra oposição de parte da doutrina e jurisprudência, que entende que o nascimento de uma criança saudável sempre deverá ser considerada um evento abençoado¹⁰ e, por isso, seria incogitável se pensar em se responsabilizar terceiro por esse fato jurídico¹¹⁻¹².

1.2- DA NECESSÁRIA DISTINÇÃO ENTRE A TEORIA DO NASCIMENTO INDEVIDO E A TEORIA DA VIDA INDEVIDA:

Já as ações de *wrongful life* e *wrongful birth* têm traços semelhantes. Ambas são demandas que buscam a responsabilização civil de médicos e demais profissionais da saúde e/ou de estabelecimentos sanitários (hospitais, clínicas e laboratórios) que, por negligência, deixam de constatar alguma malformação congênita ou doença incurável no nascituro durante o pré-

Ministra Nancy Andrighi, julgado em 29/11/2007. Disponível em <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=200601043949.REG>. e acessado em 20/02/2018.

¹⁰ “A child’s existence has been held a ‘blessing’, a benefit to the parents, who thus could not have suffered any loss or damage (at least not any *overall* loss or damage), and so have no cause of action in negligence. That is, although a child brings harms as well as benefits, ‘the benefits must be regarded as outweighing any loss’ (STRETTON, Dean. *The Birth Torts: Damages for Wrongful Birth and Wrongful Life*. Deakin Law Review, vol. 10, nº 1, 2005, p. 336. Disponível em <https://ojs.deakin.edu.au/index.php/dlr/article/view/280> e acessado em 12/09/2018).

¹¹ “O nascimento de uma criança sã e saudável (...) é sempre uma bênção e, portanto, all things considered, jamais pode ser encarado como um prejuízo” (GONZÁLEZ, José Alberto. *op. cit.*, p. 20).

¹² “We are of the opinion that to allow damages for the normal birth of a normal child is foreign to the universal public sentiment of the people (...). Many people would be willing to support this child were they given the right of custody and adoption, but according to plaintiff’s statement, plaintiff does not want such. He wants to have the child and wants the doctor to support it. In our opinion to allow such damages would be against public policy” (Shaheen v. Knight, 11 Pa. D. & C. 2d 41 - 1957. Disponível em <https://www.leagle.com/decision/19575211padampc2d41147> e acessado em 11/09/2018).



natal¹³, não dando aos pais oportunidade de decidirem sobre a interrupção da gravidez, nos países em que tal prática é admitida.

Ademais, em decorrência dos grandes avanços da medicina, parte da doutrina¹⁴ defende ainda a extensão dessa responsabilização para os casos de falha no diagnóstico pré-concepcional e, também, de falha no diagnóstico genético pré-implantacional (DGPI)¹⁵.

Em nossa concepção, todos os profissionais de saúde que tiverem atuado de forma negligente (médicos, enfermeiros, técnicos de laboratório e etc.) e, por isso, colaborado com o

¹³ Segundo o preâmbulo do Despacho nº 5411/1997, do Gabinete da Senhora Ministra da Saúde de Portugal, regulamentador do diagnóstico pré-natal – DPN, este “tem vindo a constituir-se numa componente essencial da prestação de cuidados de saúde pré-natais, por ser responsável, nomeadamente, pela diminuição da mortalidade infantil por doenças evitáveis”, sendo que, por DPN deverá entender-se “o conjunto de procedimentos que são realizados para determinar se um embrião ou feto é portador ou não de uma anomalia congénita” (Disponível em <http://www.saudereprodutiva.dgs.pt/legislacao/diagnostico-pre-natal/despacho-541197-2-serie-de-8-de-julho-dr-n-180-ii-serie-de-6-de-agosto.aspx> e acessado em 16/09/2018).

14 Nesse sentido: RAPOSO, Vera Lúcia. *As wrongful actions no início da vida (wrongful conception, wrongful birth e wrongful life) e a responsabilidade médica*. p. 63. Disponível [https://digitalisdsp.uc.pt/bitstream/10316.2/4210/1/8%20%20As%20wrong%20actions%20no%20ini%CC%81cio%20da%20vida%20\(wrongful%20concep-tion,%20wrongful%20birth%20e%20wrongful%20life\)%20e%20a%20responsabi-lidade%20me%CC%81dica.pdf?ln=eng](https://digitalisdsp.uc.pt/bitstream/10316.2/4210/1/8%20%20As%20wrong%20actions%20no%20ini%CC%81cio%20da%20vida%20(wrongful%20concep-tion,%20wrongful%20birth%20e%20wrongful%20life)%20e%20a%20responsabi-lidade%20me%CC%81dica.pdf?ln=eng) e acessado em 28/01/2018; CORREIA, Vanessa Cardoso. *Vida: dano indenizável? A responsabilidade médica nas ações de wrongful birth e wrongful life* in Direito da Saúde, estudos em homenagem ao prof. Doutor Guilherme de Oliveira, vol. 4, Coimbra: Almedina, setembro/2016, p. 183; MANSO, Luis Duarte Baptista. *Da obrigação de informar em diagnóstico pré-natal e diagnóstico genético pré-implantação – as ações de “wrongful birth” e “wrongful life” e o instituto da responsabilidade civil*, in Direito da Saúde, estudos em homenagem ao prof. Doutor Guilherme de Oliveira, vol. 4, Coimbra: Almedina, setembro/2016, p. 130 e; SILVA, Sara Elisabeth Gonçalves da. *Vida indevida (wrongful life) e o direito da não existência*, Lisboa: Revista Lusíada, nº 14, 2005, pp. 124, 127 e 153. Disponível em <http://revistas.lis.ulusiada.pt/index.php/ldl/article/view/2384> e acessado em 23/09/2018.

¹⁵ Segundo dispõe o art. 28º, nº 1 da Lei da Procriação Medicamente Assistida portuguesa – Lei nº 32/2006, “o diagnóstico genético pré-implantação (DGPI) tem como objetivo a identificação de embriões não portadores de anomalia grave, antes da sua transferência para o útero da mulher, através do recurso a técnicas de PMA, ou para os efeitos previstos no n.º 3 do artigo 7.º”.



desfecho inesperado da gravidez, assim como toda a cadeia de estabelecimentos de saúde, onde os referidos profissionais tiverem exercido o seu labor, devem ser responsabilizados pelo evento danoso¹⁶.

O que distinguiria basicamente as ações pela vida indevida das ações pelo nascimento indevido seria a legitimidade ativa da demanda¹⁷: as primeiras são movidas pela pessoa com deficiência, em nome próprio ou através de representante legal, ao passo que, as segundas, são propostas pelos próprios pais¹⁸.

Ocorre que, a simples mudança da identidade do demandante acaba por suscitar uma série de questionamentos importantes no que diz respeito à *wrongful life*¹⁹, que serão

16 “Aunque se habla de responsabilidad médica – generalmente, de hecho, de responsabilidad de médicos ginecólogos –, ha de incluirse aquí como posible demandado cualquier profesional sanitario de los que interviene en cada una de las fases del procedimiento de diagnóstico (ATS, ecografista, técnico de laboratorio...), siempre y cuando sea su comportamiento el que produzca el ‘falso negativo’ en el diagnóstico” (MORILLO, Andrea Macía. *La Responsabilidad Civil Médica, Las Llamadas Acciones de Wrongful Birth y Wrongful Life* in Revista de Derecho, n.º 27, Universidad del Norte, Barranquilla, 2007, p. 16. Disponível em <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=85102702> e acessado em 05/03/2018). Também nesse sentido: PINTO, Luís Guimarães. *Ações wrongful birth, wrongful life: uma controvérsia sobre a responsabilidade médica*, Lisboa: Revista Direito Lusíada, n.º 12, 2014, p. 361, nota 12. Disponível em <http://revistas.lis.ulusiada.pt/index.php/ldl/article/view/2240> e acessado em 01/02/2018.

¹⁷ Fernando Dias Simões aponta ainda, como aspecto de distinção, o êxito prático dessas espécie de *birth torts*, já que “enquanto as primeiras (*wrongful life*) têm sido geralmente julgada improcedentes, as segundas (*wrongful birth*) têm registrado um assinalável êxito junto dos tribunais” (SIMÕES, Fernando Dias. *Vida indevida? As ações por wrongful life e a dignidade da vida humana* in Revista de Estudos Politécnicos, Polytechnical Studies Review. Vol. VIII, nº 13, 2010, p. 192. Disponível em http://www.academia.edu/362485/Vida_indevida_As_acoes_por_wrongful_life_e_a_dignidade_da_vida_humana e acessado em 14/02/2018).

¹⁸ Na prática, apesar de não ser uma regra absoluta, se percebe que, na maioria das vezes, os pedidos têm sido propostos de forma associada, numa mesma demanda.

¹⁹ Tal expressão “nasce da ideia oposta àquela em que se funda a wrongful death, em que se pleiteia indenização por ter ocorrido o fim de uma vida que deveria ter continuado” (MACHADO, Wilson Pantoja. *A tutela juscivilística do nascituro e as problemáticas relativas às wrongful actions*, p. 1445. Disponível em http://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/rjlb/2015/5/2015_05_1423_1461.pdf e acessado em 01/03/2018).

sinteticamente abordados a seguir, apesar desse não ser o enfoque da presente pesquisa.

A primeira questão discutida na doutrina e jurisprudência é o próprio fundamento desse tipo de demanda, que é o controvertido direito de não nascer (*right not to be born*).

A corrente favorável à tese argumenta que, se o lesado não tivesse nascido, não precisaria suportar uma vida com deficiência e com as várias limitações decorrentes desse estado, razão pela qual defende que o médico seja civilmente responsabilizado por sua atuação desidiosa²⁰.

Afirma que a essência da responsabilidade civil é justamente a punição daquele que causa danos a outra pessoa, não havendo justificativa para que o principal atingido pelo erro médico não possa ser tutelado pelo ordenamento jurídico²¹, que nesse caso terá um papel fundamental na garantia da dignidade humana da criança, através da indenização fixada²².

²⁰ Importante pontuar que a teoria, a princípio, possuía outro fundamento. A primeira vez que uma Corte discutiu uma ação de wrongful life foi em 1963, no caso *Zepeda v. Zepeda*, onde o requerente pleiteava indenização pelo fato de ser filho ilegítimo para o ordenamento jurídico da época, sofrendo preconceito da sociedade e deixando de ter direitos cabíveis aos filhos legítimos de seu genitor, por conta dessa circunstância, tendo o Tribunal de Illinois julgado improcedente a demanda, com o seguinte argumento: “encouragement would extend to all others born into the world under conditions they might regard as adverse. One might seek damages for being born of a certain color, another because of race; one for being born with a hereditary disease, another for inheriting unfortunate family characteristics; one for being born into a large and destitute family, another because a parent has an unsavory reputation”. (*Zepeda v. Zepeda*, 41 Ill. App.2d 240, 190 NE2d 849 - 1963. Disponível em <https://www.leagle.com/decision/196328141illapp2d2401238> e acessado em 22/02/2018).

²¹ “O que está fundamentalmente em causa é uma questão de justiça com forte incidência econômica, que se centra na legitimação de interrogações sobre a eventualidade de ficar impune uma conduta que negligentemente causa despesas extraordinárias a outrem (...) ou sobre a possibilidade de, contra a regra jurídica comum, se admitir a irresponsabilidade de médicos e cientistas num domínio onde o potencial de dano é tão vasto, e as consequências individuais podem ser tão onerosas como permanentes” (ARAÚJO, Fernando. *A procriação medicamente assistida e o problema da santidade da vida*. Coimbra: Almedina, novembro/1999, p. 100).

²² Cf. SIMÕES, Fernando Dias, *op. cit.*, p. 201.



Argumenta também que essa proteção à criança nascida decorre indiretamente do contrato de prestação de serviços celebrado entre o médico e sua mãe, por ter essa avença eficácia de proteção para terceiros²³⁻²⁴.

Ou seja, a partir do momento em que os especialistas não utilizam todos os conhecimentos, diligências e cuidados que a profissão impõe e, conseqüentemente, não detectam eventuais anomalias fetais ou embrionárias, o nascimento da criança mal-formada é caracterizado como um incumprimento contratual, razão pela qual os danos sofridos pelo nascido deveriam ser passíveis de indenização, pois este estaria abrangido pelo círculo de proteção do contrato²⁵.

Segundo bem pontua Vera Lúcia Raposo, em certas situações, onde as deficiências são gravíssimas e, em decorrência disso, geram enorme limitação e dor, a vida deixa de ter um valor positivo (*plus*), como de costume, e passa a ter um valor negativo (*minus*), motivo pelo qual seria razoável configurá-la como um dano. Deixa claro, ainda, que a ilicitude não se configuraria pela vida em si, mas pela forma com que essa vida será vivida²⁶.

O primeiro precedente citado pela doutrina nesse

²³ Nesse sentido: LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *O dano da vida in Estudos em Homenagem a Miguel Galvão Teles* – vol. II, Coimbra: Almedina, outubro/2012, p. 604 e; PINTO, Luís Guimarães, *op. cit.*, p. 384.

²⁴ Parte da doutrina lusitana critica esse argumento baseada no artigo 66º, nº 1 e 2 do CC português, que afirma que a personalidade jurídica do nascituro só seria adquirida a partir do seu nascimento com vida, razão pela qual este não poderia ser considerado como parte interessada no contrato de prestação de serviços celebrado pela gestante e o médico (BOULAROT, Ana Paula. *As acções de responsabilidade nos casos de vida indevida e de nascimento indevido in* A tutela geral e especial da personalidade humana 2017, Coleção de Formação Contínua. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, janeiro/2018, pp. 17/18. Disponível em http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/civil/eb_TutelaP2017.pdf e acessado em 24/02/2018).

²⁵ Cf. PERRY, Ronen. *It's a wonderful life*, Cornell Law Review, vol. 93, issue 2, january/2008, p. 384. Disponível em <http://cornelllawreview.org/files/2013/02/Per-ryfinal.pdf> e acessado em 26/09/2018.

²⁶ Cf. RAPOSO, Vera Lúcia, *op. cit.*, pp. 80/81.

sentido²⁷ é o julgado *Curlender v. Bio-science Laboratories*²⁸, da Corte de Apelação da Califórnia, nos Estados Unidos da América, onde o demandado foi condenado ao pagamento de indenização à uma criança que havia nascido com deficiência mental derivada da síndrome de Tay Sachs, não identificada em exame genético realizado.

Na Europa, temos os casos *L'Arrêt Perruche* e *Kelly Molenaar* como exemplos de julgados emblemáticos, em que a tese da *wrongful life* foi reconhecida pelos respectivos Tribunais e que abaixo abordaremos.

Ocorre que, até pela dificuldade de se mensurar se uma vida deficiente seria pior do que a hipotética não existência do indivíduo, a doutrina e a jurisprudência, com base no dogma da santidade da vida²⁹, têm majoritariamente refutado ações de *wrongful life*³⁰⁻³¹.

²⁷ Cf. LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes, *op. cit.*, pp. 594/595.

²⁸ *Curlender v. Bio-Science Laboratories*. 106 Cal.App.3d 811 165 Cal. Rptr. 477 (1980). Disponível em <https://www.leagle.com/decision/1980917106calapp3d8111860> e acessado em 22/02/2018.

²⁹ Diz-se que “qualquer vida, por mais dolorosa e degradante que fosse, seria sempre preferível a uma não-vida” (RAPOSO, Vera Lúcia, *op. cit.*, p. 83).

³⁰ “Not surprisingly, the difficulties presented by the comparison between life and nonexistence have generated substantial. Most of these judicial misgivings can be loosely divided into three categories: (1) concerns about the logical possibility that being born can be harmful; (2) doubts about the capacity of judges and jurors to apply the comparison between life and non-existence in individual cases in order to ascertain injury or calculate damages; and (3) fear that a tort action premised on the idea that being born with birth defects can be worse than never existing at all would impugn the sanctity of life judicial discomfort” (PETERS JR., Philip G. *Rethinking wrongful life: bridging the boundary between tort and Family law*. Tulane Law Review, vol. 67, 1992-1993, pp. 401/402. Disponível em <https://pdfs.semanticscholar.org/2795/eb8e49449f4c185500b48810cf5f1ce962a.pdf> e acessado em 08/09/2018).

³¹ Nesse sentido: *Smith v. United States of America*, 392 F.Supp. 654 (1975). Disponível em <https://www.leagle.com/decision/19751046392fsupp6541916> e acessado em 10/09/2018; *Elliot v. Brown*, 361 So. 2d 546 (1978). Disponível em <https://law.justia.com/cases/alabama/supreme-court/1978/361-so-2d-546-1.html> e acessado em 10/09/2018 e; BGH, Urt. 18 de janeiro de 1983 - VI ZR 114/81 (BGHZ 86, 240). Disponível em http://lorenz.userweb.mwn.de/urteile/bghz86_240.htm e acessado em 10/03/2018.



Essa corrente doutrinária defende que uma vida não pode ser tão ruim ao ponto de não valer a pena ser vivida³² e que haveria dificuldade em se monetarizar uma eventual condenação nesse sentido³³, comparando a vida indevida com a não existência³⁴.

Outro argumento utilizado pelos contrários a essa tese é o de que, ao aceitá-la, estaria o ordenamento jurídico criando uma discriminação negativa contra a pessoa com deficiência, contradizendo frontalmente o direito, reconhecido pelos sistemas jurídicos ora estudados, deste viver em igualdade de condições perante os indivíduos sem deficiência³⁵⁻³⁶.

Por fim, um último questionamento levantado pela corrente contrária a *wrongful life*, a ser por nós abordado, diz respeito ao que se convencionou chamar de teoria da ladeira escorregadia (*slippery slope*), que alerta para os desdobramentos da aceitação da tese em relação aos pais que, mesmo cientes do diagnóstico da anomalia grave, decidem prosseguir com a gravidez³⁷.

³² Nesse sentido: PARFIT, Derek. *Future generations: further problems in Philosophy & Public Affairs*, vol. 11, nº 2, 1982, p. 116. Disponível em <http://www.stafforini.com/docs/Parfit%20-%20Future%20generations.pdf> e acessado em 08/09/2018 e; SIMÕES, Fernando Dias, *op. cit.*, pp. 194/195.

³³ “Atendendo que a vida é um bem jurídico protegido, afigura-se manifestamente incoerente a criança fazer-se valer da respectiva tutela jurídica e reverter a vida num prejuízo indenizável” (MANSO, Luís Duarte Baptista, *op. cit.*, p. 138).

³⁴ Cf. GIESEN, Ivo. *The use and influence of comparative law in wrongful life cases*, *Utrecht Law Review*, volume 8, issue 2, may/2012, p. 43. Disponível em <https://www.utrechtlawreview.org/articles/abstract/10.18352/ulr.194/> e acessado em 08/09/2018.

³⁵ Cf. GONZÁLEZ, José Alberto, *op. cit.*, p. 17.

³⁶ Jean-Paul Amann lembra que essa questão chegou a ser discutida pela sociedade francesa após a decisão tomada no “Caso Perruche” e que esse era um dos receios da Associação para Adultos e Jovens com Deficiência – APAJH (AMMAN, Jean-Paul. *L’arrêt Perruche et nos contradictions face à la situation des personnes handicapées*, *Revue Française des Affaires Sociales*, 2002/3, nº 3, pp. 125/138. Disponível em <https://www.cairn.info/revue-francaise-des-affaires-sociales-2002-3.htm> e acessado em 16/09/2018).

³⁷ Citando essa corrente doutrinária: LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes, *op. cit.*, p. 604; ARAÚJO, Fernando, *op. cit.*, p. 86 e; MORILLO, Andrea Macía. *La*



Isso porque é o médico aquele que detém o conhecimento adequado para avaliar a existência de possíveis malformações no feto, tendo o dever profissional de subsidiar os genitores com todas as informações, para que estes tomem a decisão final sobre o prosseguimento⁴⁰ ou não da gestação⁴¹.

A corrente favorável à viabilidade da *wrongful birth* argumenta que caso os progenitores tivessem conhecimento do real estado de saúde do feto, estes, muito provavelmente, teriam decidido realizar o chamado aborto eugênico, sendo a falta de diligência médica, portanto, determinante para que isso não ocorresse⁴².

Justifica-se essa possibilidade em decorrência da evolução da medicina e das técnicas de diagnóstico pré-natal, que nos dias atuais permitem identificar problemas no desenvolvimento do feto⁴³, capazes de sugerir a interrupção da gravidez, dando-

concretamente, se le informa de que no existe problema ni riesgo alguno respecto del nasciturus, cuando la realidad es que éste se encuentra afectado por un grave defecto o malformación o por una enfermedad incurable; se emite lo que se denomina técnicamente un “falso negativo”. En tal situación, la gestante no recibe la información necesaria para decidir si acudir o no a un procedimiento de interrupción voluntaria del embarazo. En tales circunstancias, el resultado es que el niño nace y nace enfermo, momento en el cual surge la pretensión, (...) por parte de los progenitores, de reclamar responsabilidad de los profesionales sanitarios que produjeron el defecto en la información recibida y, con ello, la privación de la facultad de la gestante de optar por la interrupción del embarazo” (MORILLO, Andrea Macía. *La Responsabilidad Civil Médica, Las Llamadas Acciones de Wrongful Birth y Wrongful Life*, op. cit., p. 05.

⁴⁰ Segundo Eduardo Nardeli e Priscila Sá, o diagnóstico se mostra importante ainda para aqueles progenitores que decidem prosseguir com a gravidez de nascituro malformado, já que auxiliará no tratamento da deficiência, quando isso é possível e, também, na “preparação financeiro-econômica e psicológica dos pais e familiares, ajudando na inserção da criança” (NARDELLI, Eduardo Felipe e; SÁ, Priscilla Zeni. *Concepção Indesejada - wrongful conception -*, nascimento indesejado - *wrongful birth - e vida indesejada - wrongful life -*: possibilidade da reparação na perspectiva do direito civil-constitucional brasileiro in *Revista Brasileira de Direito Civil em Perspectiva*, v. 2, n. 2, julho-dezembro/2016, p. 155. Disponível em <http://www.indexlaw.org/index.php/direitocivil/article/view/1464> e acessado em 14/02/2018).

⁴¹ Nesse sentido: STRETTON, Dean. op. cit., p. 332.

⁴² Cf. GONZÁLEZ, José Alberto, op. cit., p. 11.

⁴³ “Los dos tipos de anomalías que pueden diagnosticarse prenatalmente son: por un lado, las anomalías anatómicas o morfológicas, como pueden ser las malformaciones



se, aos pais, então, a decisão final sobre o abortamento⁴⁴.

Devemos esclarecer que o dever contratual de informação não abarca a obrigação de se transmitir conhecimentos incertos sobre o estado de saúde do nascituro. Ao contrário, deverá a *praxis* profissional se pautar pela não transmissão alarmista de informações hipotéticas, para não estimular, por exemplo, a prática de abortos desnecessários⁴⁵. O que se defende é que, havendo risco concreto, isso seja imediatamente comunicado aos pais.

A doutrina⁴⁶ admite ainda que a conduta negligente do médico possa ser sancionada em outras duas situações, antes mesmo da concepção, que seriam:

- a) em caso de erro médico no exame pré-concepcional, que pode ser exemplificado pela seguinte situação: um casal, sabedor do histórico familiar de doenças genéticas, antes de conceber uma criança, resolve procurar um geneticista para a realização de aconselhamento genético. Ocorre que o referido profissional deixa de realizar determinado exame de despistagem, considerado essencial para o apuramento da moléstia, apresentando um resultado incompleto da sua análise. De posse daquilo que a doutrina chama de “falso negativo”, o casal resolve prosseguir com a gravidez, vindo a nascer uma criança portadora da respectiva deficiência congênita⁴⁷ e;
- b) em caso de erro no exame pré-implantacional, que pode ser exemplificado pela seguinte situação: um casal que não pode gerar filhos da forma convencional, procura um médico geneticista para proceder a uma inseminação artificial. O médico então, de forma negligente, deixa de realizar o diagnóstico genético pré-implantacional (DGPI) para identificar se o embrião a ser implantado na mulher possui alguma anomalia grave, realizando a transferência para o seu

cardíacas, faciais, de membros, etc.; por outro, las alteraciones cromossômicas o genéticas, como son el síndrome de Down y otras muchas” (TESÓN, Inmaculada Vivas. *La responsabilidad civil médica en los supuestos de wrongful birth y wrongful life: análisis jurisprudencial*, Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial, número 11, año 2003-2, p. 406).

⁴⁴ Cf. LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes, *op. cit.*, p. 591.

⁴⁵ Cf. ARAÚJO, Fernando, *op. cit.*, p. 105.

⁴⁶ Nesse sentido: RAPOSO, Vera Lúcia, *op. cit.*, p. 64.

⁴⁷ Nesse sentido: BGH, de 16/11/1993, VI ZR 105/92. Disponível em https://www.jurion.de/urteile/bgh/1993-11-16/vi-zr-105_92/ e acessado em 13/09/2018.



útero de embrião portador de deficiência.

Note-se que, nesses dois casos, entende-se que houve uma violação do direito de não conceber do casal, pois os envolvidos poderiam ter optado por não ter filhos ou, ainda, por não ter filhos biológicos, inscrevendo-se num cadastro de adoção, por exemplo.

Assim, podemos concluir que o erro no dever de informação, gerador da responsabilidade civil, se traduziria, na prática, nas seguintes hipóteses:

- a) falta de realização de exames devidos;
- b) equívoco na interpretação dos resultados obtidos;
- c) comunicação indevida ou extemporânea dos resultados ou;

d) pura e simplesmente, na sua não comunicação⁴⁸, atitudes que se desassociaam do modelo de conduta que os profissionais da área de saúde devem ter no desempenho das suas tarefas⁴⁹ (chamado de *legis artis*⁵⁰).

⁴⁸ Nesse sentido: RAPOSO, Vera Lúcia, *op. cit.*, p. 64 e; OLIVEIRA, Guilherme Freire Falcão de. *O direito do diagnóstico pré-natal* in Temas de Direito da Medicina 1, Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 12.

⁴⁹ Ressalte-se que o médico não pode alegar objeção de consciência para se eximir da responsabilização civil nestes casos, argumentando que deixou de informar os pais sobre o estado de saúde do nascituro, por ser contra o aborto eugênico. Se o profissional entender que tal procedimento é contrário aos seus valores religiosos, filosóficos ou ideológicos, deve comunicar aos pais sobre os resultados do exame, informando-lhes que, caso decidam pela interrupção da gravidez, deverão procurar outro médico para realizar o procedimento, nos termos do que disciplina os arts. 12º, nº 1 e 64º, nº 2 do Código Deontológico da Ordem dos Médicos de Portugal (Regulamento nº 707/2016) e do Capítulo II, inciso IX do Código de Ética Médica brasileiro (Resolução CFM nº 1931/2009), disponíveis em <https://dre.pt/pesquisa/-/search/75007439/details/normal?l=1> e em http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/cfm/2009/1931_2009.htm, respectivamente.

⁵⁰ De acordo com Luís Guimarães Pinto, entende-se a *legis artis* como “o modelo de conduta pelo qual se devem reger as ações dos profissionais de saúde no desempenho das suas tarefas, adaptando a sua diligência ao caso concreto e às circunstâncias em que essas tarefas são desenvolvidas, tendo em conta as características especiais - e.g., o autor do ato médico, profissão, complexidade e importância crítica do paciente - e, quando aplicável, a influência de outros fatores - e.g., estado e intervenção do paciente, seus familiares, a organização dos cuidados de saúde, etc.” (PINTO, Luís



Importa destacar que, no contexto desse ilícito civil a anomalia da criança não foi provocada diretamente pelo médico⁵¹⁻⁵². Caso isso tivesse ocorrido, este seria responsabilizado pelas regras “ordinárias” da responsabilidade civil⁵³⁻⁵⁴.

Apesar de minoritária, há uma parte da doutrina contrária à *wrongful birth*. Um dos argumentos é o de que, se a tese fosse aceita pela justiça, estar-se-ia admitindo que as pessoas imperfeitas, defeituosas ou inaptas teriam menos valor para a sociedade e, por isso, não deveriam nascer, criando sérios constrangimentos àqueles genitores que decidissem prosseguir com a

Guimarães, *op. cit.*, pp. 359/360).

⁵¹ “Interessam-nos porém agora as deficiências originárias, ou seja, aquelas doenças ou malformações que afetam a criança desde o início da sua concepção. Estas não resultam de uma deterioração qualitativa de uma vida que se possa dizer ter sido anteriormente isenta de deficiência. Para o surgimento de tais limitações não contribuiu qualquer comportamento humano posterior à concepção” (FRADA, Manuel Carneiro da. *A própria vida como dano? Dimensões civis e constitucionais de uma questão-limite in O Dano na Responsabilidade Civil*, e-book. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, outubro/2014, p. 102. Disponível em http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/civil/O_Dano_Responsabilidade_Civil.pdf e acessado em 25/02/2018).

⁵² “Como ya se ha reiterado, en ninguna de estas reclamaciones se alega que el profesional sanitario causara el mal que sufre el niño, sino que no advirtió de él a sus progenitores y que, por ello, no se pudo impedir el nacimiento del niño enfermo” (MORILLO, Andrea Macía. *La Responsabilidad Civil Médica, Las Llamadas Acciones de Wrongful Birth y Wrongful Life*, *op. cit.*, p. 20).

⁵³ “Contrariamente ao habitual escopo da responsabilidade médico, em que se demanda o profissional pelo dano causado no corpo e/ou saúde do paciente, aqui pretende-se que o profissional seja responsabilizado por ter permitido o nascimento, com essa doença ou deficiência grave, em violação do dever de informar” (CORREIA, Vanessa Cardoso. *Vida: dano indemnizável? A responsabilidade médica nas ações de wrongful birth e wrongful life*, *op. cit.*, p. 180).

⁵⁴ “Devesi precisare, ad ogni modo, che la malformazione del bambino, in entrambe le azioni suddette, non può mai considerarsi diretta conseguenza della condotta del medico, giacché trattasi di anomalie presenti sin dall'inizio all'interno del feto, e che il medico non poteva certamente eliminare. Laddove, al contrario, egli abbia provocato, con la propria condotta illecita, l'insorgere di nuove malformazioni in capo al concepito - assenti precedentemente - sarà senz'altro imputabile a costui una responsabilità risarcitoria derivante dal principio di *neminem laedere*” (PAPPONE, Michele. *Illeciti derivante da nascita: corti nazionali e ricorso al diritto comparato in Annuario di Diritto Comparato e di Studi Legislativi*, v. 7, Edizioni Scientifiche Italiane, 2016, p. 403).



gestação⁵⁵.

O civilista Carneiro da Frada lembra também que, como a deficiência decorreu de um fato natural (doença, contaminação genética), e não de um comportamento do médico, seria incorreto equiparar a falta do dever de informação quanto às eventuais limitações físico-psíquicas com a responsabilidade dos “reais” causadores da vida deficiente⁵⁶.

Alerta que se a tese prosperasse estar-se-ia convertendo o médico que assistiu a mãe durante a gravidez em um “bode expiatório” de uma situação que não ocasionou e que também não haveria razão para não se admitir ações propostas contra os próprios pais, que teriam responsabilidade direta pela deficiência herdada, razão pela qual entendia ser mais correto que as necessidades econômicas experimentadas pelos pais fossem resolvidas no âmbito da assistência social do Estado⁵⁷.

Os contrários à *wrongful birth* também argumentam que a aceitação da tese poderia gerar um aumento dos chamados abortos pseudo-terapêuticos. Assim, na dúvida, para não ter que

⁵⁵ Esse perigo foi explicitado pelo Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida português, que afirmou em parecer que “o aborto eugénico levanta as mais sérias dúvidas de natureza ética. A sua própria designação suscita o instintivo horror de quem recorda os desumanos e criminosos esforços do totalitarismo nazi no sentido de ‘melhorar a raça’ através da eliminação dos fracos, dos deficientes, dos dementes, dos epiléticos e, mais tarde, dos indivíduos pertencentes às ‘raças impuras’ ou ‘inferiores’ (Relatório/parecer nº 19/CNECV/1997, projetos de lei relativo a interrupção voluntária da gravidez, p. 7. Disponível em http://www.cncev.pt/admin/files/data/docs/1273059189_P019_IVG.pdf e acessado em 09/09/2018).

⁵⁶ E continua: “a responsabilidade deve atingir aquele a quem se tem de atribuir a causa essencial do surgimento do (alegado) prejuízo. Quem apenas não afastou um perigo que ele próprio não ocasionou não lhe pode ser equiparado. A responsabilidade do médico não pode substituir, nem teórica nem praticamente, a responsabilidade dos pais, nem nivelar-se-lhe. Não pode transferir-se para o médico aquilo que corresponde à liberdade reprodutiva dos pais e aos seus riscos próprios”. (FRADA, Manuel Carneiro da, *op. cit.*, p. 102).

⁵⁷ E completa: “uma pura justiça distributiva desse género, operando restritamente entre médico e família, é alheia ao sistema jurídico-civil e insusceptível de compatibilização com este. Repetindo e sublinhando: a necessidade dos pais não deve ser confundida com a presença de um dano - para efeitos indemnizatórios” (FRADA, Manuel Carneiro da, *ibidem*).



ser responsabilizado civilmente pelos pais, o médico acabaria por indicar um aborto desnecessário⁵⁸.

Por fim, um último argumento da doutrina que refuta a *wrongful birth* é o de que esse tipo de indenização poderia transformar as crianças nascidas com deficiência em “bastardos emocionais”, pois, ao amadurecerem, acabariam por tomar ciência de que eram indesejadas pelos seus pais⁵⁹.

Finalizamos este tópico com importante questão debatida na doutrina, que é a seguinte: pode-se reclamar indenização na *wrongful birth* pela falta do dever de informação de qualquer doença ou malformação do nascituro ou é requisito condicionante desta espécie de responsabilidade civil médica que o quadro de saúde do feto seja grave?

Parte da doutrina entende que o dever de informação no diagnóstico médico deve ser o mais amplo possível, considerando o estágio da ciência médica, e que, por isso, qualquer ato negligente nesse aspecto seria passível de responsabilização.

Por outro lado, a professora Andrea Macía Morillo⁶⁰ afirma que seria prudente que não se ampliasse demasiadamente o espectro de incidência deste tipo de ação, para abarcar até

⁵⁸ Essa questão foi suscitada no artigo de Jean-Paul Amman que discute as controvérsias derivadas do julgado do Arrêt Perruche, nos seguintes termos: “ensuite, ce soupçon en engendre un autre qui a contribué à dramatiser le débat autour de l’arrêt. À la suite de l’avocat général Jerry Sainte-Rose, le CCNE évoqua un risque de ‘pression eugénique’ sur les professionnels du diagnostic prénatal et les obstétriciens : faisant jurisprudence, l’arrêt risquait d’ouvrir la voie à une multiplication des contentieux, poussant ces derniers à conseiller des interruptions de grossesse au moindre doute, par ‘précaution’” (AMMAN, Jean-Paul, *op. cit.*, p. 137).

⁵⁹ Cf. SILVA, Rafael Peteffi da; RAMMÊ, Adrina Santos. *Responsabilidade civil pelo nascimento de filhos indesejados: comparação jurídica e recentes desenvolvimentos jurisprudenciais* in Revista do CEJUR/TJSC: Prestação Jurisdicional, v. 01, nº 01, dezembro/2013, pp. 127 e 131. Disponível em <https://revistadocejur.tjsc.jus.br/cejur/article/view/28> e acessado em 11/02/2018.

⁶⁰ Cf. MORILLO, Andrea Macía. *El tratamiento de las acciones de wrongful birth y wrongful life a la luz de la nueva ley sobre interrupción voluntaria del embarazo*, Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid - RJUAM, nº 23, Madrid: Universidad Autónoma de Madrid, 2011-I, pp. 91/93. Disponível em <https://revistas.uam.es/revistajuridica/article/view/5993> e acessado em 30/02/2018.



mesmo a falta de informação de pequenas enfermidades ou defeitos como, por exemplo, a falta de um dedo numa das mãos.

Seguindo esta linha de raciocínio, com a qual concordamos, também não seria razoável admitir-se a responsabilização do médico que não informa adequadamente que o nascituro é acometido de diabetes do tipo 2, já que esse tipo de doença é facilmente controlada por medicamentos nos dias atuais e que, no contexto português, o Código Penal é claro ao afirmar a interrupção da gravidez só não será punível quando a doença ou a deficiência for de natureza grave.

Por isso, conclui-se que, para a configuração da negligência do ato médico como um dano juridicamente indenizável neste tipo de demanda, não basta que tenha havido a falha na informação sobre o quadro de saúde da criança, mas sim que a doença ou a deficiência não constatada seja efetivamente grave⁶¹.

2.2- ANÁLISE DOS PRESSUPOSTOS DE RESPONSABILIDADE CIVIL NAS AÇÕES BASEADAS NA TEORIA DO NASCIMENTO INDEVIDO:

A responsabilidade civil cumpre basicamente uma função: obrigar terceiro a proceder a reparação de lesões provocadas na esfera jurídica do lesado⁶², conforme invoca o artigo 483, nº 1 do Código Civil português⁶³ e o artigo 927, *caput* do Código

⁶¹ “La levedad del mal o enfermedad presente en el feto hace que este presupuesto falle, pues se pone en duda la ‘relevancia’ de la información omitida, relevancia que va asociada a la idea de que la negligencia recae sobre la información relativa a un factor que puede y debe ser tenido en consideración por un sujeto medio para adoptar una decisión como la que aquí se plantea” (MORILLO, Andrea Macia. *El tratamiento de las acciones de wrongful birth y wrongful life a la luz de la nueva ley sobre interrupción voluntaria del embarazo*, *op. cit.*, p. 92).

⁶² Cf. GONZÁLEZ, José Alberto, *op. cit.*, p. 55.

⁶³ “Aquele que, com dolo ou mera culpa, violar ilicitamente o direito de outrem ou qualquer disposição legal destinada a proteger interesses alheios fica obrigado a indemnizar o lesado pelos danos resultantes da violação” (Disponível em http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=775&tabela=leis e



Civil brasileiro⁶⁴.

Partindo dessa premissa, entendemos ser metodologicamente correto examinarmos cada um dos pressupostos da responsabilidade civil para definirmos quando a teoria do nascimento indevido a estes se subsumirá, visto que o nascimento de criança malformada nem sempre será apto a ocasionar a responsabilidade civil médica⁶⁵.

2.2.1- ERRO NO DIAGNÓSTICO MÉDICO: DA AFERIÇÃO DA CONDUTA CULPOSA

O primeiro ponto a se analisar numa demanda baseada na *wrongful birth* será a conduta do médico em relação ao paciente. Deverá o julgador perquirir as informações constantes nos autos para, ao final, concluir se o comportamento do referido profissional se deu conforme determina a praxis clínica ou se há traços de negligência em sua atuação.

Ou seja, a aferição da culpa no caso concreto se baseará na comparação entre o procedimento tomado pelo médico que assistiu a grávida durante o período pré-concepcional e/ou pré-natal, com aquele que o bom profissional médico, medianamente competente, tomaria na mesma situação. Caso se constate que a prática adotada pelo profissional se afastou do paradigma, configurado estará o evento danoso.

acessado em 05/03/2018).

⁶⁴ “Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo” (Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm e acessado em 05/03/2018).

⁶⁵ “No todo nacimiento de un niño enfermo o gravemente discapacitado va a dar lugar a una responsabilidad de los profesionales médicos intervinientes, sino sólo aquellos supuestos en los que concurren los requisitos necesarios para traspassarles a éstos la carga del daño experimentado por los progenitores o el niño nacido enfermo” (MORILLO, Andrea Macía. Panorama de la responsabilidad civil de los profesionales sanitarios por *wrongful birth* y *wrongful life* in Revista Chilena de Derecho Privado, n.º 12, julio/2009, p. 172. Disponível em: https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S071880722009000100005 e acessado em 05/03/2018).



A relação médico-paciente formada a partir da contratação da prestação de serviços, prevê que o profissional da saúde utilizará, durante o DPN ou DGPI, todas as técnicas disponíveis pela ciência médica naquele momento, para proporcionar à gestante uma gravidez sem intercorrências, alertando os interessados sobre eventuais riscos de anomalia fetal ou embrionária, dando a estes a oportunidade de decidir livremente pela interrupção voluntária da gravidez, no primeiro caso ou pelo prosseguimento da procriação medicamente assistida, no segundo caso⁶⁶.

Caso haja desrespeito aos deveres de informação e de obtenção de consentimento informado, disciplinados no Código Deontológico Médico dos países estudados, caracterizada estará a ilicitude típica das ações baseadas no nascimento indevido⁶⁷.

2.2.2- DANO INDENIZÁVEL E AS FORMAS DE REPARAÇÃO:

De acordo com a definição fornecida pelo artigo 2:101 dos Princípios de Direito Europeu da Responsabilidade Civil, publicado pela European Group on Tort Law – EGTL⁶⁸, “o dano consiste numa lesão material ou imaterial a um interesse juridicamente protegido”.

Ou seja, a responsabilização civil de uma pessoa

⁶⁶ “Por el contrario, cuando la enfermedad o defecto que se concrete tras el nacimiento sea una de las que, de acuerdo con el estado actual de la ciencia médica, no pueda ser diagnosticada antes de la concepción o antes del plazo legalmente fijado para ejercitar la facultad de interrupción voluntaria del embarazo, nada se le puede reprochar al profesional sanitario que no la detectara en fase preconceptiva o prenatal; su diagnóstico, aunque erróneo, se enmarcaría en el contexto de un comportamiento diligente” (MORILLO, Andrea Macía. Panorama de la responsabilidad civil de los profesionales sanitarios por wrongfulbirth y wrongful life, op. cit., p. 176).

⁶⁷ Segundo Luís Guimarães Pinto, “a informação - que deve referir-se ao diagnóstico, prognóstico, opções de tratamento, grau de urgência, os potenciais riscos e consequências do tratamento - é a base e o pressuposto do ‘consentimento informado’” (PINTO, Luís Guimarães, op. cit., p. 374).

⁶⁸ Disponível em <http://www.egtl.org/> e acessado em 12/09/2018.



virtual)⁷⁰⁻⁷¹.

Uma pergunta que é feita dentro da comunidade jurídica é se seria necessário que os genitores comprovassem numa demanda desta natureza que, informados da doença incurável ou da deficiência gravosa, teriam optado pela interrupção da gravidez.

Segundo o professor Guilherme de Oliveira, essa prova teria que se assentar, por exemplo, numa prévia manifestação da mulher grávida nesse sentido, ou a partir da análise de seu comportamento em situação semelhante numa gravidez anterior⁷².

Ocorre que, para a maioria da doutrina a resposta seria negativa, sendo tal prova totalmente desnecessária. Marta Nunes Vicente⁷³, por exemplo, defende que sempre existiria nexos causal e, consequentemente, responsabilização dos envolvidos, mesmo sem uma prova cabal⁷⁴.

A única ressalva que faz, fundamentada na teoria da perda da chance, é em relação ao *quantum* indenizatório a ser pago pela conduta danosa que, em sua visão, deveria variar de acordo com a medida de certeza sobre de que forma a grávida se

⁷⁰ “Se a vida do filho atingido pela deficiência acarretar, de facto, acrescidos custos patrimoniais e pessoais para os pais, é razoavelmente evidente que eles estarão agora em condição worse off por comparação com aquela em que estariam caso tivessem podido optar pela interrupção da gravidez. O counterfactual test é, portanto, exequível” (GONZÁLEZ, José Alberto, *op. cit.*, pp. 70 e 82).

⁷¹ No mesmo sentido: “If through a professional fault, a child would be born disabled, the injurer would be held liable for the damage resulting from the comparison between the actual condition of the child and the condition which would have existed without fault” (KEULENEER, Fernand. “Wrongful birth”, *liability and indemnification: an uneasy fit*, p. 07. Disponível em <https://www.ieb-eib.org/nl/pdf/article-keuleneer-wrongful-birth.pdf> e acessado em 25/09/2018).

⁷² Cf. OLIVEIRA, Guilherme Freire Falcão de, *op. cit.*, p. 13.

⁷³ Cf. VICENTE, Marta de Sousa Nunes. *Algumas reflexões sobre as acções de wrongful life: a jurisprudência Perruche in Lex Medicinæ*, ano 6, nº 11, Coimbra: Coimbra Editora, outubro/2009, pp. 122/123.

⁷⁴ Nesse sentido: Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, Proc. nº 57/11.TVLSB.L1-7, Relator Roque Nogueira, julgado em 29 de abril de 2014. Disponível em <https://jurisprudencia.csm.org.pt/ecli/ECLI:PT:TRL:2014:57.11.9TVLSB.L1.7> e acessado em 24/09/2018.



comportaria, caso tivesse sido informada sobre o estado de saúde do nascituro.

Ou seja, se houvessem elementos seguros para indicar que a opção seria o aborto, o valor da indenização deveria ser maior, ao passo que se a tendência fosse a manutenção da gravidez, o montante da condenação deveria ser menor.

O professor Paulo Mota Pinto⁷⁵, embasado pela jurisprudência alemã, defende que haveria uma presunção em favor do credor da informação, no sentido de que teria optado pelo aborto, caso fosse informado sobre a gravidade da deficiência do filho, merecendo ser indenizado pela falta de diligência e cuidado do médico⁷⁶.

Ratificando os demais doutrinadores, Vera Lúcia Raposo diz também não crer que o sucesso deste tipo de reivindicação exija que os lesados façam prova de que teriam interrompido a gestação, caso tivessem sido corretamente informados sobre o estado de saúde do nascituro, porque o dano não radicaria apenas nisso, mas também na violação da escolha reprodutiva do casal ou do direito ao correto diagnóstico da saúde da criança⁷⁷.

Voltando ao cerne desse pressuposto, lembramos que um dos objetivos de ações dessa natureza é o de obrigar os responsáveis pelo erro médico a compensar o dano não patrimonial, que se configura a partir da ofensa ao direito de autodeterminação reprodutiva, visto que o casal lesado acaba sendo privado do direito a tomada de decisão, livre e consciente, em relação a opção pelo aborto eugênico ou pela não implantação do embrião

⁷⁵ Cf. PINTO, Paulo Mota. *Indemnização em caso de “nascimento indevido” e de “vida indevida”* (“*wrongful birth*” e “*wrongful life*”) in *Direitos de Personalidade e direitos fundamentais – estudos – 1ª ed.*, Coimbra: GESTLEGAL, abril/2018, p. 754, nota 47.

⁷⁶ Posição semelhante é a do civilista José Alberto González, que afirma que não se deve perquirir a vontade real ou presumível dos pais, mas sim analisar qual seria a conduta da “pessoa normal ou típica colocada no respetivo lugar e com os seus conhecimentos, nos termos do que disciplina o art. 236, I do CCp” (GONZÁLEZ, José Alberto, *op. cit.*, pp. 82/83).

⁷⁷ Cf. RAPOSO, Vera Lúcia, *op. cit.*, p. 65.



geneticamente alterado na cavidade uterina da pretendente, bem como pelo sofrimento e angústia que o nascimento do filho com deficiência gera na vida de seus genitores⁷⁸⁻⁷⁹.

O outro seria o de obrigar os responsáveis pelo erro médico a reparar os danos patrimoniais⁸⁰.

A maioria da doutrina defende que a reparação desse tipo de dano se restrinja às despesas extraordinárias, consistentes nos custos associados ao sustento de uma criança com grave deficiência, tais como despesas médicas, remédios, fisioterapia e demais terapias, serviços educacionais especiais, etc. (chamado de *special damages*)⁸¹⁻⁸²⁻⁸³.

⁷⁸ Cf. MANSO, Luís Duarte Baptista, *op. cit.*, p. 136.

⁷⁹ Luís Guimarães Pinto defende, inclusive, que outros familiares que tenham convivência com a criança portadora de mazelas físicas e psíquicas também sejam destinatários dessa compensação, tais como avós e irmãos - o chamado “dano em ricochete” (PINTO, Luís Guimarães, *op. cit.*, p. 378).

⁸⁰ “O pedido de indenização tem como fundamento o colapso moral e o prejuízo económico resultante de ter um filho que sofre de uma doença ou anomalia genética” (PINTO, Luís Guimarães, *op. cit.*, p. 373).

⁸¹ Nesse sentido: “(...) em tais ações, o erro médico não pode ser classificado como causador dos prejuízos materiais e morais decorrentes da alimentação, escolarização e sustento de uma forma geral da criança *ad eternum*” (NARDELLI, Eduardo Felipe e; SÁ, Priscilla Zeni, *op. cit.*, p. 165). Também nesse sentido: SÁ, Maria de Fátima Freire de. *Bioética: impacto do projeto parental na escolha do filho*, p. 12. Disponível em http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/33.pdf e acessado em 30/01/2018 e; TESÓN, Inmaculada Vivas, *op. cit.*, p. 408.

⁸² “Os danos patrimoniais materializam-se em gastos extra motivados pelas anomalias físicas ou mentais do filho: custos médicos, sanitários e assistenciais; custos de adaptação da habitação da família; custos de aquisição ou adaptação de veículo adequado para o seu transporte; custos de educação especial; remuneração da pessoa para assistir à criança; perda de rendimento experimentados pelo progenitor, que teve de desistir do trabalho ou reduzir sua jornada para cuidar de seu filho enfermo; *et alia*” (PINTO, Luís Guimarães, *op. cit.*, pp. 377/378).

⁸³ Segundo José Alberto González, grande parte da jurisprudência norte-americana tem restringido o âmbito de aplicação deste tipo de ação: “tratando-se de wrongful birth, a compensação pecuniária circunscreve-se aí, normalmente, aos chamados danos especiais: custos extraordinários associados à criação de um ser vítima de grave deficiência. Os custos normais ou comuns encontrar-se-ão geralmente cobertos pelos sistemas de segurança social vigentes e, portanto, não serão abrangidos pela compensação pecuniária devida a título de recompensa” (GONZÁLEZ, José Alberto, *op. cit.*, pp. 15/16).



Vera Lúcia Raposo argumenta que as despesas ditas “normais” não se encontrariam abrangidas pela indenização porque os pais, a partir do momento que voluntariamente optaram pela gravidez, estariam cientes do aumento de despesas que teriam a partir do nascimento de seu filho, motivo pelo qual tais valores deveriam ser arcados pelos mesmos, em decorrência da responsabilidade parental, nos termos do artigo 1878.º, n.º 1 do Código Civil português⁸⁴⁻⁸⁵ e do artigo 1634 do Código Civil brasileiro.

Há, inclusive, uma decisão do Tribunal da Relação de Guimarães que adota tal tese. Segundo aponta o referido órgão colegiado, em ações envolvendo a tese do nascimento indevido, a indemnização deverá abranger os danos patrimoniais (especialmente, os custos adicionais resultantes da deficiência) causados aos pais da criança, bem como os danos não patrimoniais, resultantes da privação da possibilidade de praticar lícitamente a interrupção da gravidez⁸⁶.

Já a doutrina minoritária defende o pagamento de todas as despesas (*general damages*), ao argumento de que, em razão da desproporção entre os custos de prevenção e de reparação, seria importante que a condenação dos envolvidos fosse feita em valor considerável, para que esse tipo de conduta médica desidiosa fosse coibida.

2.2.3- NEXO DE CAUSALIDADE ENTRE A CONDUTA

⁸⁴ Cf. RAPOSO, Vera Lúcia, *op. cit.*, p. 88.

⁸⁵ Marta Vicente utiliza argumentação semelhante, lembrando que a gestante não admitiu criar qualquer criança, mas sim uma criança saudável, razão pela qual o valor da indenização deverá ser calculado “em função dos custos extraordinários que arraste o desenvolvimento e o crescimento em condições dignas da criança deficiente, e não de quaisquer despesas já pressupostas no sustento de um filho” (VICENTE, Marta de Sousa Nunes, *op. cit.*, p. 121).

⁸⁶ Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, Proc. n.º 1212/08.4TBBC.LG1, Relatora Rosa Tching, julgado em 16/06/2012. Disponível em <http://www.dgsi.pt/jtrg.nsf/86c25a698e4e7cb7802579ec004d3832/64d75810cdacdb c080257a31003af2cd?OpenDocument&Highlight=0,wrongful> e acessado em 14/02/2018.



MÉDICA E O DANO:

Como é sabido, para a configuração da responsabilidade civil, também se faz necessário que haja um nexo causal entre a conduta do agente e o dano sofrido pelo lesado⁸⁷.

Na teoria do nascimento indevido, a relação de causalidade seria exatamente a falta ou a inadequada informação da condição em que se encontraria o feto, que acabaria por inviabilizar a decisão esclarecida dos envolvidos sobre a continuidade ou não da gestação.

Isso se agrava porque, com a evolução da medicina, os exames laboratoriais revelam um elevado grau de certeza em seus resultados, subsidiando o médico em sua atividade, razão pela qual, eventual má prestação do serviço por parte desse profissional ficaria evidenciada de forma objetiva.

Ou seja, hodiernamente existem ferramentas suficientes para auxiliar o médico no diagnóstico da situação fetal ou embrionária, não havendo razão para que eventuais falhas na prestação da informação aos genitores não sejam punidas.

Assim, na *wrongful birth*, embora o quadro clínico do nascituro seja desassociado de qualquer conduta do médico, se este tivesse atuado segundo o que preconiza a *legis artis*, poderia ter evitado o nascimento da criança deficiente e isto, segundo a doutrina, já seria o suficiente para configuração do nexo de causalidade⁸⁸.

Guilherme de Oliveira lembra que a demonstração de causalidade direta e imediata entre o fato e o dano não é imprescindível para o direito civil, sendo suficiente que haja uma causalidade indireta para a configuração do ato ilícito e a sua

⁸⁷ “A questão do nexo causal é de suma importância, já que é de tal que será possível estabelecer a relação entre o resultado e a ação, permitindo assim afirmar-se que *esta* ação produziu *aquele* resultado, i.e., que o dano sofrido seja a consequência da culpa cometida” (PINTO, Luís Guimarães, *op. cit.*, p. 368).

⁸⁸ Cf. RAPOSO, Vera Lúcia, *op. cit.*, p. 64.



consequente responsabilização⁸⁹.

Em outras palavras, a responsabilização se dá pela conduta negligente do médico no processo de informação aos pais, que acaba por permitir o nascimento da criança deficiente.

Aí que se assenta o nexo causal: a responsabilidade não pela deficiência, mas pelo nascimento com deficiência; por se ter privado o casal da oportunidade de tomar uma decisão informada e esclarecida quanto à interrupção da gravidez ou à não concepção.

Concluindo, é importante que alertemos o leitor para as dificuldades que o julgador terá, no caso concreto, para analisar se a conduta do médico demandado pode ser configurada como um ato de mau exercício da medicina, passível de responsabilização civil.

Isso porque, o magistrado não possui aptidão técnica para decidir se o ato médico questionado não obedeceu as regras profissionais cientificamente reconhecidas e habitualmente praticadas, motivo pelo qual, se faz imprescindível que este seja auxiliado por um perito judicial, que deverá esclarecer todas as dúvidas do juízo.

2.3- DIREITO COMPARADO:

Pretendemos com esse tópico apresentar uma análise jurisprudencial de casos julgados pelos Tribunais dos Estados Unidos da América, considerado o berço desta *fattispecie*, e pelos Tribunais de países europeus, para auferirmos a existência de alguma tendência em relação à aceitabilidade das pretensões baseadas na *wrongful birth* nesses ordenamentos jurídicos.

⁸⁹ E conclui: “se o médico executa mal um DPN, produz um resultado negativo falso e a grávida leva até ao fim uma gravidez que teria podido interromper – e que teria provavelmente interrompido – pode dizer-se que a conduta culposa do médico foi a causa do nascimento com a deficiência grave que não foi diagnosticada (OLIVEIRA, Guilherme Freire Falcão de, op. cit., p. 12).



2.3.1- A JURISPRUDÊNCIA NORTE-AMERICANA:

Pode-se dizer que as ações baseadas na teoria do nascimento indevido tiveram origem nos Estados Unidos da América e, até por isso, possuem grande aceitação nos Tribunais norte-americanos atualmente⁹⁰. Mas nem sempre foi assim.

O primeiro caso sobre a teoria do nascimento indevido naquele país ocorreu em 1967, no julgamento *Gleitman v. Cosgrove*, de jurisdição da Suprema Corte de Nova Jersey.

A ação foi ajuizada por um casal, em nome próprio, e em favor de seu filho Jeffrey, que havia nascido cego e surdo, em virtude de uma rubéola contraída pela mãe durante a gravidez, que decidiu prosseguir com a gestação, depois que os médicos afastaram qualquer chance da doença influenciar no desenvolvimento do feto.

A Corte competente rejeitou ambos os pleitos, sob a alegação de que, para a procedência do pedido da criança, haveria a necessidade de se fazer uma comparação entre a sua existência com deficiência e a sua não existência, o que, na visão do referido colegiado, seria impossível. Já quanto ao pedido dos pais, decidiu aquele órgão julgador que o direito à vida da criança seria superior aos danos emocionais e patrimoniais suportados por aqueles⁹¹.

A tese da *wrongful birth* foi admitida pela primeira vez no caso *Stewart v. Long Island College Hospital*, da Corte de Apelação de Nova Iorque⁹².

⁹⁰ “Por lo que respecta a Estados Unidos, en general, tanto la doctrina como la jurisprudência parecen inclinarse por estimar la acción de wrongful birth” (MORILLO, Andrea Macia. *La Responsabilidad Civil Médica, Las Llamadas Acciones de Wrongful Birth y Wrongful Life*, op. cit., p. 30).

⁹¹ “Though we sympathize with the unfortunate situation in which these parents find themselves, we firmly believe the right of their child to live is greater than and precludes their right not to endure emotional and financial injury” (*Gleitman v. Cosgrove*, 49 NJ 22, 227 A.2d 689 (1967). Disponível em <https://www.leagle.com/decision/19677149nj22160> e acessado em 22/02/2018).

⁹² *Stewart v. Long Island College Hospital*, 58 Misc.2d 432 (1968). Disponível em



Segundo constava nos autos, o demandado, através de sua equipe médica, teria se recusado a interromper a gravidez da mãe/demandante, que havia sido diagnosticada com rubéola no estágio inicial da gestação e, por isso, aconselhada pelo médico que acompanhava o seu pré-natal, a realizar o aborto terapêutico.

Em decorrência dessa omissão, a criança nasceu com sérias deficiências físicas e mentais que lhe incapacitaram para o resto de sua vida.

Após a instrução do processo, o Tribunal de Apelação, em seu veredito, decidiu confirmar a condenação ao pagamento de indenização à mãe da criança, imposta à entidade hospitalar.

Podemos ainda citar os casos *Becker v. Schwartz*⁹³, decisão proferida pelo Tribunal de Nova Iorque, muito citada pela doutrina, e *Berman v. Allan*⁹⁴, que é emblemático por também ter sido proferida pelo Supremo Tribunal de Nova Jersey, que havia negado o pedido baseado na teoria do nascimento indevido doze anos antes, em *Gleitman v. Cosgrove*, conforme acima relatado.

Nele, os pais de Sharon pediam em nome próprio e em favor da criança a compensação pelos danos patrimoniais e não patrimoniais, sofridos em decorrência da atuação negligente de dois médicos, sob a alegação de que estes profissionais se desviaram dos padrões médicos aceitos ao não identificar que o bebê era portador da síndrome de Down, situação facilmente constatável à época, através do exame denominado amniocentese, não dando aos pais o direito de decidirem pelo seu aborto.

Apesar de insistir na negativa do pedido da filha (*wrongful life*), o Tribunal decidiu por bem rever o antigo posicionamento e reconhecer a viabilidade do pedido dos pais (*wrongful*

<https://www.leagle.com/decision/196849058misc2d4321366> e acessado em 09/09/2018.

⁹³ *Becker v. Schwartz*, 46 NY2d 401 (1978). Disponível em <https://www.leagle.com/decision/197844746ny2d4011413> e acessado em 11/03/2018.

⁹⁴ *Berman v. Allan*, 80 NJ 421 (1979). Disponível em <https://www.leagle.com/decision/197950180nj4211473> e acessado em 11/09/2018.



Como apontado pela doutrina, podemos dizer que a maioria dos julgados nos Tribunais norte-americanos admite a viabilidade de demandas baseadas na *wrongful birth*.

Apesar disso, considerando a grande autonomia legislativa dos Estados daquele país, alguns segmentos da sociedade diretamente afetados pelas decisões, tais como médicos, laboratórios e seguradoras, costumemente tentam emplacar leis que passem a inadmitir tal espécie de responsabilidade civil, já que os Tribunais têm o costume de fixar indenizações em valores bem elevados⁹⁵.

O cenário de aceitação das *wrongful birth actions* parece ser o mesmo na grande maioria da doutrina e da jurisprudência dos países europeus⁹⁶.

Na Alemanha, o BGH tem, reiteradamente, admitido a viabilidade dessa demanda proposta pelos pais de crianças deficientes⁹⁷. Num dos casos, o referido Tribunal confirmou uma decisão que havia conferido reparação a um casal pelos danos provocados pela conduta desidiosa do médico ginecologista que acompanhava a gravidez, por não ter constatado graves malformações no feto, obrigação essa que decorria da natureza contratual da prestação de serviços médicos pactuada com os envolvidos⁹⁸.

⁹⁵ Conforme se observa em reportagem acessível através do seguinte link: <https://www.youtube.com/watch?v=s3d1yuVvoBQ>.

⁹⁶ Concordando com essa conclusão: VICENTE, Marta de Sousa Nunes, *op. cit.*, p. 120 e; SIMÕES, Fernando Dias, *op. cit.*, p. 193.

⁹⁷ Nesse sentido: BGH, Urt. 18 de janeiro de 1983 - VI ZR 114/81 (BGHZ 86, 240). Disponível em http://lorenz.userweb.mwn.de/urteile/bghz86_240.htm e acessado em 10/03/2018.

⁹⁸ BGH, acórdão de 18/6/2002 - VI ZR 136/01. Disponível em <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi->

Na França talvez tenhamos um dos casos mundiais mais emblemáticos, que suscitou severas discussões, não só na comunidade jurídica, mas em toda a sociedade daquele país, conhecido como L' Arrêt Perruche⁹⁹.

Nesse processo, após várias reviravoltas, reconheceu-se não só o direito à reparação dos danos aos pais, em decorrência de erro médico no diagnóstico de deficiência do feto, como também o direito à indenização para o próprio filho, Nicolas Perruche, que, por ser portador da síndrome de Gregg, apresentava distúrbios neurológicos graves, surdez bilateral, retinopatia e doença cardíaca.

Isso acabou gerando revolta da comunidade médica, principalmente entre os ecografistas, o que influenciou a edição de lei pelo Parlamento francês (Lei nº 2002-303¹⁰⁰), que ficou conhecida como lei “anti-Perruche”, pois passou a proibir expressamente demandas com base na *wrongful life*, admitindo apenas a *wrongful birth*¹⁰¹⁻¹⁰².

bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&nr=17816&pos=0&anz=1 e acessado em 10/09/2018.

⁹⁹ Cour de Cassation, Assemblée plénière, du 17 novembre 2000, 99-13.701, L' arrêt Perruche. Disponível em <http://archive.wikiwix.com/cache/?url=https%3A%2F%2Fwww.legifrance.gouv.fr%2FaffichJuri-Judi.do%3FidTexte%3DJURITEXT000007041543> e acessado em 09/03/2018.

¹⁰⁰ Disponível em <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORF-TEXT000000227015> e acessado em 24/09/2018.

¹⁰¹ “La Cour de cassation répondit par l’affirmative et suscita un débat juridique, éthique et social d’une ampleur telle que le législateur intervint; il le fit de manière radicale: non seulement il interdit l’action de l’enfant, mais en outre il priva les parents de la réparation des préjudices liés à la charge matérielle de l’enfant handicapé, celle-ci étant renvoyée à la solidarité nationale” (LABRUSSE-RIOU, Catherine. L’indemnisation du handicap de naissance : vrai débat ou question mal posée?, *Reveu Française des Affaires Sociales*, 2002/3, nº 3, p. 139. Disponível em <https://www.cairn.info/revue-francaise-des-affaires-sociales-2002-3-page-139.htm> e acessado em 16/09/2018).

¹⁰² Atualmente o tema é disciplinado pelo artigo L.114-5 do Código de Ação Social e das Famílias, nos seguintes termos: “Nul ne peut se prévaloir d’un préjudice du seul fait de sa naissance. La personne née avec un handicap dû à une faute médicale peut obtenir la réparation de son préjudice lorsque l’acte fautif a provoqué directement le handicap ou l’a aggravé, ou n’a pas permis de prendre les mesures susceptibles de



No Reino Unido, podemos citar o julgamento *Salih v. Enfield Area Health Authority*, em que os pais de uma criança nascida com problemas de surdez e cegueira parcial, causados pela rubéola contraída por sua mãe durante a gravidez, processaram o réu pela falha no dever de informação sobre os possíveis efeitos da referida doença em um feto em desenvolvimento e acabaram se saindo vitoriosos, com a condenação do demandado ao pagamento de £68.000 libras esterlinas¹⁰³.

Ademais, no caso *Meadows v. Khan*¹⁰⁴, julgado em novembro de 2017, a Suprema Corte do Reino Unido discutiu se os custos de uma segunda deficiência do bebê, sem qualquer correlação com a negligência médica, também deveriam ser arcados pelo responsável pelo ato ilícito.

Segundo o relatório da supramencionada decisão, a demandante teria procurado um médico especialista para que o mesmo realizasse exames no sentido de descobrir se esta era portadora do gene da hemofilia, tendo o hematologista descartado essa possibilidade, o que levou a paciente a prosseguir com a intenção de engravidar.

Após o nascimento da criança, descobriu-se que a mesma, além da hemofilia, também possuía o transtorno do espectro do autismo e que isso, inclusive, atrapalhava o controle da doença, já que o menor não possui a capacidade de reportar aos pais sobre eventuais sangramentos, o que dificultaria uma vida independente no futuro.

Surpreendentemente, a Corte considerou que, apesar do

l'atténuer. Lorsque la responsabilité d'un professionnel ou d'un établissement de santé est engagée vis-à-vis des parents d'un enfant né avec un handicap non décelé pendant la grossesse à la suite d'une faute caractérisée, les parents peuvent demander une indemnité au titre de leur seul préjudice. Ce préjudice ne saurait inclure les charges particulières découlant, tout au long de la vie de l'enfant, de ce handicap. La compensation de ce dernier relève de la solidarité nationale”.

¹⁰³ Salih v. Enfield [1991] 3 All ER 400. Disponível em <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/12344396> e acessado em 04/10/2018.

¹⁰⁴ Meadows v. Khan [2017] EWHC 2990(QB). Disponível em <http://medicalnegligenceteam.com/public/images/images/1511523230.pdf> e acessado em 04/10/2018.



autismo não ter relação com a hemofilia, caberia ao médico demandado a responsabilidade pelo pagamento de indenização na proporção das despesas médicas que os demandantes tinham com ambas as doenças, já que, o erro no diagnóstico pré-concepcional acabou inviabilizando o direito conferido aos pais de interromper a gravidez, caso fosse a sua vontade.

Na Holanda, há precedente da Hoge Raad também reconhecendo as teses da *wrongful birth* e da *wrongful life*.

No caso, uma mulher havia informado ao médico durante a gravidez sobre o histórico de um defeito hereditário na família do pai, porém o referido profissional não investigou o relatado, tendo a criança nascido com a respectiva doença genética.

O médico e o hospital até reconheceram a responsabilidade em face da mãe (*wrongful birth*), porém não tiveram a mesma postura em relação à criança (*wrongful life*), direito esse reconhecido pelo supramencionado Tribunal¹⁰⁵.

Ademais, encontramos decisões favoráveis à teoria do nascimento indevido também na jurisprudência espanhola e na jurisprudência italiana.

Como exemplos, citamos o primeiro caso julgado pelo Tribunal Supremo espanhol, datado de 1997, em que uma mãe, residente da província de Valência, deduziu pedido contra o médico responsável pelo acompanhamento pré-natal e contra o Hospital Universitário em que aquele prestava serviços, pelo fato do referido profissional ter agido negligentemente ao não comunicar tempestivamente o resultado do exame de amniocentese feito no filho da demandante, que constatou que o mesmo era portador da síndrome de Down (mongolismo), inviabilizando a interrupção da gravidez, justamente pelo não preenchimento do requisito temporal previsto em lei¹⁰⁶.

¹⁰⁵ Hoge Raad der Nederlanden Arrest in de zaak van, 18 maart 2005 Eerste Kamer Nr. C03/206HR JMH/RM. Disponível em <https://uitspraken.rechtspraak.nl/inziendocument?id=ECLI:NL:HR:2005:AR5213> e acessado em 09/03/2018.

¹⁰⁶ Tribunal Supremo, Sentencia nº 495/1997 de 6 de junio (RJ 1997/4610). Disponível em



E, ainda, apresentamos uma demanda recursal decidida pela Corte Suprema de Cassação italiana, julgada no ano de 2015¹⁰⁷, em que a mãe de uma criança com síndrome de Down havia acionado judicialmente o médico que lhe acompanhou ao longo do pré-natal, o hospital em que o mesmo laborava e o laboratório de análises clínicas, pelo fato dos envolvidos não terem detectado a referida doença no momento oportuno, impedindo-a de exercer o direito de interromper a sua gravidez, tendo o Tribunal competente se posicionado favoravelmente ao pleito da Recorrente, em razão da quebra do contrato resultante do diagnóstico negligente e defeituoso das possíveis malformações do feto¹⁰⁸.

Concluindo, pelo que podemos perceber, de uma maneira geral, a doutrina e jurisprudência europeia também admitem as ações de *wrongful birth*¹⁰⁹.

3- DA (IN)APLICABILIDADE DA TEORIA DO NASCIMENTO INDEVIDO NO DIREITO LUSO-BRASILEIRO:

Segundo defende Andrea Macía Morillo, para que a teoria o nascimento indevido seja recepcionada por um ordenamento jurídico, se faz necessário que este reconheça o direito a

https://previa.uclm.es/actividades/2009/DerechoConsumo/pdf/NievesPacheco_Doc5.pdf e acessado em 14/09/2018.

¹⁰⁷ Corte di Cassazione, Sezioni Unite - Sentenza 22 dicembre 2015, n. 25767 - Pres. Rovelli – est. Bernabai. Disponível em http://www.neldiritto.it/public/pdf/25767_12_2015.pdf e acessado em 01/10/2018.

¹⁰⁸ No mesmo sentido: Corte Suprema Di Cassazione, Cassazione Civile, Sezione III, 02 ottobre 2012, nº 16754. Disponível em <http://www.biodiritto.org/item/166-cassazione-16754-2012> e acessado em 12/03/2018, que inclusive admitiu o dano reflexo em favor dos irmãos da criança deficiente e; Corte Suprema Di Cassazione, Cassazione Civile, Sezione III, 22 marzo 2013, nº 7269. Disponível em http://www.biodiritto.org/index.php/item/267-informazione_nascituro e acessado em 12/03/2018.

¹⁰⁹ Nesse sentido: PAPPONE, Michele, *op. cit.*, pp. 101 e 105 e; CORREIA, Vanessa Cardoso. *Wrongful birth e wrongful life: de Nicolas Perruche a Kelly Molenaar in Subjudice: justiça e sociedade*, Coimbra: Almedina, janeiro-março/2007, pp. 101 e 105.



interrupção de gravidez de feto malformado, nos casos relacionados à fase pré-natal e/ou que reconheça o direito à liberdade de procriação, nos casos relacionados às fases pré-concepcional e pré-implantacional¹¹⁰⁻¹¹¹.

E é com base nesse entendimento que procederemos a análise da aplicabilidade desta tese em Portugal e no Brasil.

A) A APLICABILIDADE EM PORTUGAL:

Segundo dispõe o artigo 142º, nº 1, alínea “c” do Código Penal português, a interrupção da gravidez não será punível quando feita por médico ou por outro profissional que esteja sob sua direção, em estabelecimento de saúde oficial ou oficialmente reconhecido e com o consentimento da mulher grávida, quando houverem seguros motivos para prever que o nascituro sofrerá, de forma incurável, doença grave ou malformação congênita, desde que o procedimento se dê nas primeiras 24 semanas de gravidez, excepcionando-se as situações de fetos inviáveis, caso em que a interrupção poderá ser praticada a todo o tempo¹¹².

Apesar de não haver um reconhecimento expresso da liberdade de procriação no ordenamento jurídico lusitano, Luís Guimarães Pinto defende existir aquilo que nomina de “estatuto

¹¹⁰ “Es presupuesto necesario de estas acciones que, en el Ordenamiento en que se planteen, esté reconocida la libertad de procreación o la facultad de aborto –según sea el supuesto de hecho de diagnóstico preconcepcional o prenatal– y que, además, en este segundo caso, tal facultad esté reconocida, concretamente, de forma libre o bien, al menos, para el motivo embriopático” (MORILLO, Andrea Macia. *La Responsabilidad Civil Médica, Las Llamadas Acciones de Wrongful Birth y Wrongful Life*, op. cit., p. 16).

¹¹¹ Esse é o mesmo entendimento de Luís Guimarães Pinto, vejamos: “Obviamente, para que estas ações prosperem num ordenamento jurídico são precisos dois pressupostos: o reconhecimento da liberdade de procriação, e a legalidade do aborto por motivo embriopático - ou seja, malformações genéticas ou congénitas” (PINTO, Luís Guimarães, op. cit., p. 375).

¹¹² Esse procedimento é regulado através da Portaria nº 741-A/2007, do Ministério da Saúde de Portugal. Disponível em <https://dre.pt/pesquisa/-/search/442119/details-maximized> e acessado em 16/09/2018.

jurídico da reprodução humana”, que estaria disperso na legislação portuguesa e supranacional, citando o exemplo da Convenção de Oviedo, devidamente ratificada por Portugal.

Lembra, inclusive, que a maternidade e a paternidade são definidos pelo artigo 68, nº 1, da Constituição da República portuguesa como valores sociais¹¹³.

Ainda, é garantido pelo artigo 70, nº 01, Código Civil lusitano, o direito ao planejamento familiar, havendo também disposições relacionadas ao dever de informação, ao consentimento esclarecido e à possibilidade de testes pré-implantacionais na Lei da PMA (artigo 12, “c”; 14, nº 1 e 2; artigo 28, nº 1 a 3 e; artigo 29, nº 01).

Tudo isso, combinado com a previsão dos artigos 483 e 798 do Código Civil português, que tratam da responsabilidade civil contratual e extracontratual, é arcabouço suficiente para garantir embasamento jurídico apto a viabilizar a teoria do nascimento indevido, tanto em relação aos erros cometidos no pré-natal, como nos cometidos nas fases pré-conceptiva e pré-plantatória.

O STJ de Portugal já teve oportunidade de se posicionar sobre o tema em três momentos:

A primeira decisão judicial, proferida em 2001, cujo relator foi o Conselheiro Pinto Monteiro, tem uma particularidade: apesar de ser uma ação baseada na *wrongful life* e tal teoria não ter sido acolhida pelos Conselheiros, o importante é que os argumentos da decisão deixaram claro que se a demanda fosse baseada na teoria do nascimento indevido, o resultado seria diferente¹¹⁴.

¹¹³ Cf. PINTO, Luís Guimarães, *op. cit.*, p. 375.

¹¹⁴ “O autor invoca danos por si sofridos, mas assenta o seu eventual direito à indemnização na supressão de uma faculdade que seria concedida à mãe (ou aos pais). Dentro da lógica da argumentação do autor, o pedido de indemnização deveria ser formulado pelos pais e não por ele, já que o direito ou a faculdade que poderá ter sido violado não se encontra na órbita da sua esfera jurídica, mas sim de seus pais” (Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, Proc. n.º 01A1008, Relator Conselheiro Pinto Monteiro, julgado em 19/06/2001. Disponível em



Numa outra decisão, já em 2013, cuja relatora foi a Conselheira Ana Paula Boularot¹¹⁵, o Supro Tribunal de Justiça acolheu pela primeira vez a tese, confirmando a decisão anteriormente proferida pelo Tribunal da Relação do Porto¹¹⁶, numa demanda que envolvia a mãe de uma criança multideficiente no polo ativo e uma clínica de radiologia e médicos radiologistas, responsáveis pela avaliação das ecografias obstétricas, no polo passivo.

Concluiu-se pela existência de uma conduta ilícita e culposa por parte dos médicos, que foi decisiva para que a autora levasse a sua gravidez adiante, com o consequente nascimento da criança deficiente, condenando os responsáveis ao pagamento de €200.000,00 (duzentos mil euros), pelos danos sofridos.

Argumentou-se no referido *decisum* que

a conduta dos Réus ao fornecerem à Autora uma ‘falsa’ representação da realidade fetal, através dos resultados dos exames ecográficos que lhe foram feitos, contribuíram e foram decisivos para que a mesma, de forma descansada e segura, pensando que tudo corria dentro da normalidade, levasse a sua gravidez até ao termo (...)

Sendo tal conduta decisiva

(...) para o resultado produzido, qual foi o de possibilitarem o nascimento do Autor com as malformações de que o mesmo era portador, o que não teria acontecido se aqueles mesmos Réus tivessem agido de forma diligente, com a elaboração dos relatórios concordantes com as imagens que os mesmos forneciam, isto é, com a representação das malformações de que padecia o Autor ainda em gestação.

<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/a58b8e01db0db488802577a80046c040?OpenDocument> e acessado em 10/02/2018).

¹¹⁵ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, Proc. nº 9434/06.6TBMTS.P1.S1, Relatora Conselheira Ana Paula Boularot, julgado em 17/01/2013. Disponível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/e657efc25ebddf3b80257af7003ca979?OpenDocument> e acessado em 12/02/2018.

¹¹⁶ Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, Proc. nº 9434/06.6TBMTS.P1, Relator Filipe Carço, julgado em 01/03/2012. Disponível em <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/8f8d2b7c72244bca80256879006d6594?CreateDocument> e acessado em 12/02/2018.



A tese foi novamente aceita, em 2015, num outro julgado do STJ daquele país, de relatoria do Conselheiro Helder Roque.

Os pais propuseram uma ação contra uma clínica e um médico, pedindo a condenação destes ao pagamento de indenização pelos danos patrimoniais e não patrimoniais sofridos, alegando, em síntese, que, descoberta a gravidez, contrataram por três vezes os serviços da clínica, para a realização de exames de ecografia obstétrica, tendo o médico atestado em seus relatórios não haver qualquer deformação no feto.

Ocorre que o menor nasceu com gravíssimas malformações dos membros superiores e inferiores, que determinaram uma incapacidade permanente global de 93% (noventa e três por cento), deformações essas detectáveis às 12 semanas, o que não aconteceu por descuido e negligência grosseira dos réus, fato que impediu que os pais pudessem efetuar uma interrupção da gravidez ou de, pelo menos, sujeitar o feto a tratamento capaz de diminuir significativamente as malformações existentes.

Em suas razões, os julgadores afirmaram que

se o médico executa ou interpreta mal um diagnóstico pré-natal produz um resultado negativo falso, concluindo-se a gravidez que a mãe teria podido interromper, podendo, então, dizer-se que a conduta culposa do médico foi a causa do nascimento com a deficiência grave que não foi diagnosticada¹⁷

Esta decisão foi ainda objeto de recurso ao Tribunal Constitucional em 2016, sendo relatado pelo Conselheiro Teles Pereira, tendo a referida Corte confirmado a viabilidade jurídica da teoria do nascimento indevido em Portugal, ao decidir por

não julgar inconstitucionais os artigos 483.º, 798.º e 799.º do Código Civil, interpretados no sentido de abrangerem, nos termos gerais da responsabilidade civil contratual — no quadro de uma ação designada por nascimento indevido (por referência ao conceito usualmente identificado pela expressão

¹¹⁷ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, Proc. n.º 1212/08.4TBBCL.G2.S1, Relator: Conselheiro Helder Roque, julgado em 12/03/2015. Disponível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/df88ab1ad4abd9d80257e0700377278?OpenDocument> e acessado em 14/02/2018.

wrongful birth) —, uma pretensão indenizatória dos pais de uma criança nascida com uma deficiência congênita, não atempadamente detetada ou relatada aos mesmos em função de um erro médico, a serem ressarcidos (os pais) pelo dano resultante da privação do conhecimento dessa circunstância, no quadro das respectivas opções reprodutivas, quando esse conhecimento ainda apresentava potencialidade para determinar ou modelar essas opções¹¹⁸.

B) A APLICABILIDADE NO BRASIL:

A princípio, considerando a restrição legal no que diz respeito à interrupção da gravidez, que prevê tal possibilidade apenas em caso de risco de vida para a mãe (aborto terapêutico) e em caso de violência sexual (aborto ético), previstas no artigo 128, I e II do Código Penal brasileiro, seria muito difícil a ocorrência de uma situação real que se subsumisse a teoria do nascimento indevido neste país¹¹⁹.

Inclusive, há um precedente do Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP), negando provimento a um recurso contra a decisão de improcedência proferida pelo juízo de primeiro grau, numa demanda que tinha como fundamento a *wrongful birth*, que é nominada em terras brasileiras de teoria do nascimento indesejado, cuja ementa é a seguinte:

INDENIZAÇÃO - Danos morais e materiais - Responsabilidade civil - Erro médico - Alegação de que caso o exame pré-natal concluísse pela existência de deficiência grave no feto, poderia a autora abortar e, assim, aliviar seu sofrimento de uma gravidez frustrada - Impossibilidade de aborto eugênico - Eventual conduta ilícita incapaz de gerar dano - Ausência de

¹¹⁸ Acórdão do Tribunal Constitucional, Proc. n.º 55/16 (662/15), Relator: Conselheiro Teles Pereira, julgado em 02/02/2016. Disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20160055.html> e acessado em 14/02/2018.

¹¹⁹ “Observa-se que as hipóteses clássicas de *wrongful birth*, por estarem vinculadas a gestações planejadas (que acabaram frustrando a “estratégia procriativa” dos pais), ainda mantém uma dependência muito grande do direito ao abortamento voluntário encontrado em outros países” (SILVA, Rafael Peteffi da; RAMMÊ, Adrina Santos, *op. cit.*, p. 130).



nexo de causalidade - Inexistência do dever de indenizar - Sentença de improcedência - Recurso não provido (TJSP, Apelação nº 0003035-30.2008.8.26.0020, 6ª Câmara de Direito Público, Relator Reinaldo Miluzzi, julgado em 30/07/2012)¹²⁰.

Ocorre que ao meu ver, sem entrarmos na problematização referente ao elastecimento das hipóteses de aborto legal, tema evitado pelo Congresso Nacional há décadas, seria defensável se falar em responsabilização com base da teoria do nascimento indevido em, pelo menos, três situações:

- a) na negligência decorrente da não constatação de anencefalia fetal, durante o pré-natal, já que o Supremo Tribunal Federal - STF, na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54/DF¹²¹, concluiu que a interrupção da gravidez, nestes casos, não constitui conduta criminosa¹²²;
- b) na negligência decorrente da não constatação de doenças

¹²⁰ Disponível em <https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21992687/apelacao-apl-30353020088260020-sp-0003035-3020088260020-tj-sp/inteiro-teor-110487145?ref=serp> e acessado em 20/02/2018.

¹²¹ “EMENTA: FETO ANENCÉFALO – INTERRUÇÃO DA GRAVIDEZ – MULHER – LIBERDADE SEXUAL E REPRODUTIVA – SAÚDE – DIGNIDADE – AUTODETERMINAÇÃO – DIREITOS FUNDAMENTAIS – CRIME – INEXISTÊNCIA. Mostra-se inconstitucional interpretação de a interrupção da gravidez de feto anencéfalo ser conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal” (Acórdão do Supremo Tribunal Federal, ADPF nº 54/DF, Tribunal Pleno, Relator: Ministro Marco Aurélio, julgado em 12/04/2012. Disponível em <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28FETO+ANENC%29&base=baseAcoraos&url=http://tinyurl.com/yajdslqz> e acessado em 20/02/2018).

¹²² Essa possibilidade foi inclusive destacada no voto do relator do acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo acima citado, nos seguintes termos: a “pretensão da autora de provocar o aborto motivada pelo conhecimento da doença que acometeu sua filha não é legitimada por nosso ordenamento jurídico, porquanto os casos de aborto autorizado são restritos às hipóteses de: gravidez que coloca em risco a vida da gestante (aborto necessário – inciso I do artigo 128 do Código Penal); gravidez resultante de estupro (aborto sentimental – inciso II do referido artigo); ou gestação de feto anencéfalo (cf. ADPF 54, STF, Pleno, j. 12.4.2012). E o caso em apreço (aborto eugênico) não se amolda a nenhuma dessas situações”. Disponível em <https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21992687/apelacao-apl-30353020088260020-sp-0003035-3020088260020-tj-sp/inteiro-teor-110487145?ref=serp> e acessado em 20/02/2018.



hereditárias dos pais, que pudesse ser transmitidas aos filhos, na fase pré-concepcional e;

- c) na negligência no rastreio de doenças genéticas, transferindo-se embriões portadores de doença ou deficiência para o útero da paciente, na fase pré-implantatória, porque nessas duas últimas situações não estaríamos falando em aborto por motivo embriopático e, sim, da não concepção, que é um direito garantido pela liberdade de procriação.

Em relação a primeira possibilidade, destaque-se que, pouco tempo depois da vanguardista decisão da Corte Constitucional em relação ao aborto de feto anencefálico, o Conselho Federal de Medicina brasileiro editou a Resolução nº 1.989/2012¹²³, regulamentando o procedimento a ser obedecido pelos médicos nesses casos.

Segundo estabelece o artigo 3º da referida norma, caberia ao profissional prestar à gestante todos os esclarecimentos sobre a anencefalia e seus desdobramentos na evolução do nascituro, garantindo àquela o direito de decidir livremente sobre a interrupção da gravidez¹²⁴.

Quanto às outras duas hipóteses, o fundamento para a viabilidade da aplicação da teoria do nascimento indevido estaria no artigo 226, §7º da Constituição Federal de 1988, que garante que o planejamento familiar é de livre decisão do casal, direito esse regulamentado pela Lei nº. 9.263/96¹²⁵ e pelo artigo 1.565, §2º do Código Civil brasileiro.

Temos ainda disposições da Resolução nº 2.168/2017 do CFM brasileiro¹²⁶, tratando do dever de informação, do

¹²³ Disponível em http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2012/1989_2012.pdf e acessado em 17/09/2018.

¹²⁴ Disponível em http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2012/1989_2012.pdf e acessado em 17/09/2018.

¹²⁵ Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9263.htm e acessado em 17/09/2018.

¹²⁶ Disponível em http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2012/1989_2012.pdf e acessado em 17/09/2018.



consentimento esclarecido e da possibilidade de testes pré-implantacionais (artigo 1º, VI e V e; artigo 6º, I)¹²⁷.

CONCLUSÕES:

Finalizadas as pesquisas que subsidiaram a elaboração do presente artigo, chegamos as seguintes conclusões:

As demandas de responsabilidade civil médica têm crescido vertiginosamente nas últimas décadas, dentre outras razões, em decorrência da própria evolução da ciência médica, citando-se, como exemplo, os avanços das técnicas de observação da evolução do embrião e do feto.

Entre essas novas espécies de responsabilização médica, encontramos as demandas associadas ao início da vida, conhecidas na doutrina estrangeira como *wrongful actions* (*wrongful conception* ou *pregnancy*, *wrongful life* e *wrongful birth*), assunto que gera grande controvérsia, por envolver questões de nível ético e jurídico.

Resolvemos então adotar como problemática a ser respondida no curso dessa investigação a seguinte questão: haveria viabilidade jurídica para a aplicação da teoria do nascimento indevido no direito luso-brasileiro?

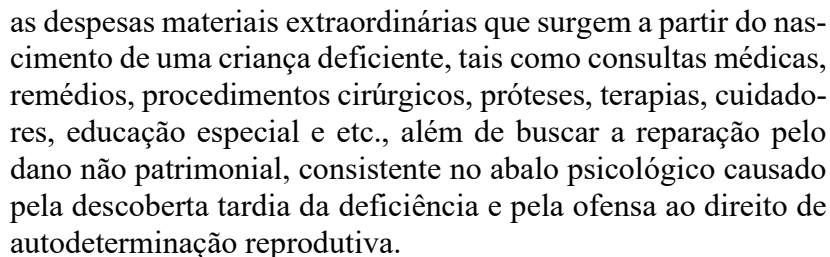
Definimos ser essencial, primeiramente, tratarmos das diferenciações entre as três espécies de *wrongful actions* acima citadas, chegando a conclusão que a principal distinção entre a *wrongful conception* e a *wrongful birth* é que, na primeira, a criança, apesar de ser fruto de uma gravidez indesejada, nasce saudável, sem nenhum tipo de doença ou malformação grave, enquanto que, na segunda, a criança é fruto de uma gravidez desejada, mas nasce acometida de mazelas físicas e/ou psíquicas.

Ademais, notamos que a principal diferença entre a *wrongful life* e a *wrongful birth* diz respeito à identidade do

¹²⁷ Disponível em <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2017/2168> e acessado em 17/09/2018.



Caracterizado o evento danoso, caberia então ao lesado procurar, através da demanda baseada na teoria do nascimento indesejado (nomenclatura mais utilizada em solo brasileiro), obrigar o responsável pelo erro médico ao pagamento de todas



Por fim, apesar de ressalvamos reiteradas vezes durante esta pesquisa não ser a atuação desidiosa do médico a responsável pela malformação da criança, deixamos claro que o não cumprimento adequado do dever de informação sobre a real situação do feto e/ou do embrião aos pais, acaba por influenciar a sua decisão pela continuidade da gestação ou de atos naturais ou artificiais que objetivem a concepção, que se desencadeia com o nascimento de um bebê deficiente, o que seria o suficiente para a configuração do elo causal exigido pelo instituto da responsabilidade civil.

Seguindo o curso da investigação, procedemos a um detido estudo jurisprudencial, onde constatamos que as ações com base na teoria da gravidez indevida (*wrongful conception*) e do nascimento indevido (*wrongful birth*) encontram forte aceitação nos Estados Unidos da América e em diversos países localizados no continente europeu.

Diferentemente, percebemos que a teoria da vida indevida (*wrongful life*) continua encontrando certa resistência dos Tribunais e dos demais Poderes. Inclusive, em vários países da Europa, como a França e em muitos territórios dos Estados Unidos, já existem leis excluindo a viabilidade destas pretensões.

No capítulo final, nos dedicamos a responder à problemática traçada no início da pesquisa.

Para isso, decidimos adotar a sistemática proposta pela professora Andrea Macia Morillo, analisando se os referidos ordenamentos jurídicos reconheciam o direito a interrupção de gravidez de feto malformado, nos casos relacionados à fase pré-



natal e/ou se reconheciam o direito à liberdade de procriação, nos casos relacionados às fases pré-concepcional e pré-implantacional.

Em Portugal, considerando os diplomas vigentes no momento, podemos dizer que a aceitação da teoria do nascimento indevido se dá de forma integral, em suas três situações, quais sejam: fase pré-concepcional, fase pré-implantacional e fase pré-natal.

Já no Brasil, considerando as poucas hipóteses em que a interrupção de gravidez não é punível, podemos afirmar que a viabilidade da teoria do nascimento indevido é mais restrita, só sendo admitida nas fases pré-concepcional, e pré-implantacional e, na fase pré-natal, apenas em caso de constatação de anencefalia fetal, conforme decisão do Supremo Tribunal Federal.

Ou seja, podemos afirmar que não se vislumbram entraves para a aceitação da teoria do nascimento indevido em Portugal e no Brasil, este segundo de forma mais restritiva.



REFERÊNCIAS:

BIBLIOGRAFIA:

AMMAN, Jean-Paul. *L'arrêt Perruche et nos contradictions face à la situation des personnes handicapées*, Revue Française des Affaires Sociales, 2002/3, nº 3. Disponível em <https://www.cairn.info/revue-francaise-des-affaires-sociales-2002-3.htm> e acessado em 16/09/2018.

ARAÚJO, Fernando. *A procriação medicamente assistida e o problema da santidade da vida*. Coimbra: Almedina, novembro/1999.

BLACK, Henry Campbell. *The black's dictionary: definitions of*



GIESEN, Ivo. *The use and influence of comparative law in “wrongful life” cases*, Utrecht Law Review, volume 8, issue 2, may/2012. Disponível em

- <https://www.utrechtlawreview.org/articles/abstract/10.18352/ulr.194/> e acessado em 08/09/2018.
- GONZÁLEZ, José Alberto. *Wrongful birth, wrongful life: o conceito de dano em responsabilidade civil*. Lisboa: Quid Juris?, 2014.
- KEULENEER, Fernand. *"Wrongful birth", liability and indemnification: an uneasy fit*. Disponível em <https://www.ieb-eib.org/nl/pdf/article-keuleneer-wrongful-birth.pdf> e acessado em 25/09/2018.
- LABRUSSE-RIOU, Catherine. L'indemnisation du handicap de naissance : vrai débat ou question mal posée ?, *Reveu Française des Affaires Sociales*, 2002/3, nº 3. Disponível em <https://www.cairn.info/revue-francaise-des-affaires-sociales-2002-3-page-139.htm> e acessado em 16/09/2018.
- LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *O dano da vida in Estudos em Homenagem a Miguel Galvão Teles – vol. II*, Coimbra: Almedina, outubro/2012.
- MACHADO, Wilson Pantoja. *A tutela juscivilística do nascituro e as problemáticas relativas às wrongful actions*. Disponível em http://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/rjlb/2015/5/2015_05_1423_1461.pdf e acessado em 01/03/2018.
- MANSO, Luís Duarte Baptista. *Da obrigação de informar em diagnóstico pré-natal e diagnóstico genético pré-implantação – as acções de “wrongful birth” e “wrongful life” e o instituto da responsabilidade civil*, in *Direito da Saúde, estudos em homenagem ao prof. Doutor Guilherme de Oliveira*, vol. 4, Coimbra: Almedina, setembro/2016.
- MORILLO, Andrea Macía. *El tratamiento de las acciones de wrongful birth y wrongful life a la luz de la nueva ley sobre interrupción voluntaria del embarazo in Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid - RJUAM*, nº



. *La Responsabilidad Civil Médica, Las Llamadas Acciones de Wrongful Birth y Wrongful Life* in Revista de Derecho, n.º 27, Universidad del Norte, Barranquilla, 2007. Disponível em <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=85102702> e acessado em 05/03/2018.

_____. *Panorama de la responsabilidade civil de los profesionales sanitários por wrongfulbirth y wrongful life* in Revista Chilena de Derecho Privado, n.º 12, julio/2009. Disponível em: https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S071880722009000100005 e acessado em 05/03/2018.

NARDELLI, Eduardo Felipe e; SÁ, Priscilla Zeni. *Concepção Indesejada - wrongful conception -, nascimento indesejado - wrongful birth - e vida indesejada - wrongful life -: possibilidade da reparação na perspectiva do direito civil-constitucional brasileiro* in Revista Brasileira de Direito Civil em Perspectiva, v. 2, n. 2, julho-dezembro/2016. Disponível em <http://www.indexlaw.org/index.php/direitocivil/article/view/1464> e acessado em 14/02/2018.

OLIVEIRA, Guilherme Freire Falcão de. *O direito do diagnóstico pré-natal in* Temas de Direito da Medicina 1, Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

PAPPONE, Michele. *Illeciti derivante da nascita: corti nazionali e ricorso al diritto comparato* in *Annuario di Diritto Comparato e di Studi Legislativi*, v. 7, Edizioni Scientifiche Italiane, 2016.

PARFIT, Derek. *Future generations: further problems in Philosophy & Public Affaires*, vol. 11, nº 2, 1982. Disponível em <http://www.stafforini.com/docs/Parfit%20>



- %20Future%20generations.pdf e acessado em 08/09/2018.
- PERRY, Ronen. *It's a wonderful life*, Cornell Law Review, vol. 93, issue 2, 2008. Disponível em <http://cornelllawreview.org/files/2013/02/Perryfinal.pdf> e acessado em 26/09/2018.
- PETERS JR., Philip G. *Rethinking wrongful life: bridging the boundary between tort and Family law*. Tulane Law Review, vol. 67, 1992-1993. Disponível em <https://pdfs.semanticscholar.org/2795/eb8e49449f4c185500b48810c0f5f1ce962a.pdf> e acessado em 08/09/2018.
- PINTO, Luís Guimarães. *Ações wrongful birth, wrongful life: uma controvérsia sobre a responsabilidade médica*. Lisboa: Revista Direito Lusíada, nº 12, 2014. Disponível em <http://revistas.lis.ulusiada.pt/index.php/ldl/article/view/2240> e acessado em 01/02/2018.
- PINTO, Paulo Mota. *Indemnização em caso de “nascimento indevido” e de “vida indevida” (“wrongful birth” e “wrongful life”)* in Direitos de Personalidade e direitos fundamentais – estudos – 1ª ed., Coimbra: GESTLEGAL, abril/2018.
- RAPOSO, Vera Lúcia. *As wrongful actions no início da vida (wrongful conception, wrongful birth e wrongful life) e a responsabilidade médica*. Disponível [https://digitalisdp.uc.pt/bitstream/10316.2/4210/1/8%20%20As%20wrong%20actions%20no%20ini%CC%81cio%20da%20vida%20\(wrongful%20conception,%20wrongful%20birth%20e%20wrongful%20life\)%20e%20a%20responsabilidade%20me%CC%81dica.pdf?ln=eng](https://digitalisdp.uc.pt/bitstream/10316.2/4210/1/8%20%20As%20wrong%20actions%20no%20ini%CC%81cio%20da%20vida%20(wrongful%20conception,%20wrongful%20birth%20e%20wrongful%20life)%20e%20a%20responsabilidade%20me%CC%81dica.pdf?ln=eng) e acessado em 28/01/2018.



- SÁ, Maria de Fátima Freire de. *Bioética: impacto do projeto parental na escolha do filho*. Disponível em http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/33.pdf e acessado em 30/01/2018.
- SILVA, Rafael Peteffi da e; RAMMÊ, Adrina Santos. *Responsabilidade civil pelo nascimento de filhos indesejados: comparação jurídica e recentes desenvolvimentos jurisprudenciais in Revista do CEJUR/TJSC: Prestação Jurisdicional*, v. 01, nº 01, dezembro/2013. Disponível em <https://revistadocejur.tjsc.jus.br/cejur/article/view/28> e acessado em 11/02/2018.
- SILVA, Sara Elisabeth Gonçalves da. *Vida indevida (wrongful life) e o direito da não existência*, Lisboa: Revista Lusíada, nº 14, 2005. Disponível em <http://revistas.lis.ulusiada.pt/index.php/ldl/article/view/2384> e acessado em 23/09/2018.
- SIMÕES, Fernando Dias. *Vida indevida? As acções por wrongful life e a dignidade da vida humana in Revista de Estudos Politécnicos, Polytechnical Studies Review*. Vol. VIII, nº 13, 2010. Disponível em http://www.academia.edu/362485/Vida_indevida_As_acoes_por_wrongful_life_e_a_dignidade_da_vida_humana e acessado em 14/02/2018.
- SMITH-GROFF, Melissa K. *Wrongful Conception: When an Unplanned Child Has a Birth Defect, Who Should Pay the Cost*, Missouri Law Review, vol. 61, issue 1, article 10, 1996. Disponível em <https://scholarship.law.missouri.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3264&context=mlr> e acessado em 07/09/2018.
- STRETTON, Dean. *The Birth Torts: Damages for Wrongful Birth and Wrongful Life*. Deakin Law Review, vol. 10, nº 1, 2005. Disponível em <https://ojs.deakin.edu.au/index.php/dlr/article/view/280> e acessado em 12/09/2018.
- TESÓN, Inmaculada Vivas. *La responsabilidad civil médica*

en los supuestos de wrongful birth y wrongful life: análisis jurisprudencial, Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial, número 11, año 2003-2.

VICENTE, Marta de Sousa Nunes. *Algumas reflexões sobre as acções de wrongful life: a jurisprudência Perruche in Lex Medicinæ*, ano 6, nº 11, Coimbra: Coimbra Editora, outubro/2009.

JURISPRUDÊNCIA:

ALEMANHA, BGH, 18 de Março de 1980, NJW 1980, 1452-1456. Disponível em <https://www.schweizer.eu/bibliothek/urteile/index.html?id=11464> e acessado em 11/09/2018.

ALEMANHA, BGH, Urt. 18 de janeiro de 1983 - VI ZR 114/81 (BGHZ 86, 240). Disponível em http://lorenz.userweb.mwn.de/urteile/bghz86_240.htm e acessado em 10/03/2018.

ALEMANHA, BGH, de 16/11/1993, VI ZR 105/92. Disponível em https://www.jurion.de/urteile/bgh/1993-11-16/vi-zr-105_92/ e acessado em 13/09/2018.

ALEMANHA, BGH, Acórdão de 18/6/2002 - VI ZR 136/01. Disponível em <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&nr=17816&pos=0&anz=1> e acessado em 10/09/2018.

BRASIL, TJRS, Apelação Cível nº 70012464111, Relator: Luiz Ary Vessini de Lima. Décima Câmara Cível, julgado em 15/12/2005. Disponível em http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/ e acessado em 21/09/2018.

BRASIL, Acórdão do Superior Tribunal de Justiça, RESP nº 866.636/SP, 3ª Turma, Relatora: Ministra Nancy



EUA, *Gleitman v. Cosgrove*, 49 NJ 22, 227 A.2d 689 (1967).



- Disponível em <https://www.leagle.com/decision/19677149nj22160> e acessado em 22/02/2018.
- EUA, Stewart v. Long Island College Hospital, 58 Misc.2d 432 (1968). Disponível em <https://www.leagle.com/decision/196849058misc2d4321366> e acessado em 09/09/2018.
- EUA, Troppi v. Scarf, 31 Mich. App. 240 - 1971. Disponível em <https://www.leagle.com/decision/197127131mi-chapp2401213> e acessado em 11/09/2018.
- EUA, Smith v. United States of America, 392 F. Supp. 654 (1975). Disponível em <https://www.leagle.com/decision/19751046392fsupp6541916> e acessado em 10/09/2018.
- EUA, Becker v. Schwartz, 46 NY2d 401 (1978). Disponível em <https://www.leagle.com/decision/197844746ny2d4011413> e acessado em 11/03/2018.
- EUA, Elliot v. Brown, 361 So. 2d 546 (1978). Disponível em <https://law.justia.com/cases/alabama/supreme-court/1978/361-so-2d-546-1.html> e acessado em 10/09/2018.
- EUA, Berman v. Allan, 80 NJ 421 (1979). Disponível em <https://www.leagle.com/decision/197950180nj4211473> e acessado em 11/09/2018.
- EUA, Curlender v. Bio-Sience Laboratories. 106 Cal.App.3d 811 165 Cal. Rptr. 477 (1980). Disponível em <https://www.leagle.com/decision/1980917106calapp3d8111860> e acessado em 22/02/2018.
- FRANÇA, Cour de Cassation, Assemblée plénière, du 17 novembre 2000, 99-13.701, L' arrêt Perruche. Disponível em <http://archive.wikiwix.com/cache/?url=https%3A%2F%2Fwww.legi-france.gouv.fr%2FaffichJuri-Judi.do%3FidTexte%3DJURITEXT000007041543> e



acessado em 09/03/2018.

HOLANDA, Hoge Raad der Nederlanden Arrest in de zaak van, 18 maart 2005 Eerste Kamer Nr. C03/206HR JMH/RM. Disponível em <https://uitspraken.rechtspraak.nl/inzien-document?id=ECLI:NL:HR:2005:AR5213> e acessado em 09/03/2018.

ITÁLIA, Corte Suprema Di Cassazione, Cassazione Civile, Sezione III, 02 ottobre 2012, nº 16754. Disponível em <http://www.biodiritto.org/item/166-cassazione-16754-2012> e acessado em 12/03/2018.

ITÁLIA, Corte Suprema Di Cassazione, Cassazione Civile, Sezione III, 22 marzo 2013, nº 7269. Disponível em http://www.biodiritto.org/index.php/item/267-informazione_nascituro e acessado em 12/03/2018.

ITÁLIA, Corte Suprema di Cassazione, Sezioni Unite - Sentenza 22 dicembre 2015, n. 25767 - Pres. Rovelli – est. Bernabai. Disponível em http://www.neldiritto.it/public/pdf/25767_12_2015.pdf e acessado em 01/10/2018

PORTUGAL, Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, Proc. nº 01A1008, Relator Conselheiro Pinto Monteiro, julgado em 19/06/2001. Disponível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/a58b8e01db0db488802577a80046c040?OpenDocument> e acessado em 10/02/2018.

PORTUGAL, Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, Proc. nº 9434/06.6TBMTS.P1, Relator Filipe Carço, julgado em 01/03/2012. Disponível em <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/8f8d2b7e72244bca80256879006d6594?CreateDocument> e acessado em 12/02/2018.

PORTUGAL, Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, Proc. nº 1212/08.4TBBCL.G1, Relatora Rosa Tching, julgado em 16/06/2012. Disponível em <http://www.dgsi.pt/jtrg.nsf/86c25a698e4e7cb7802579ec004d3832/64d75810cdacdbc080257a31003af2cd?OpenDocument>



Document&Highlight=0,wrongful e acessado em 14/02/2018.

PORTUGAL, Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, Proc. nº 9434/06.6TBMTS.P1.S1, Relatora Conselheira Ana Paula Boularot, julgado em 17/01/2013. Disponível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/e657efc25ebbd3b80257af7003ca979?OpenDocument> e acessado em 12/02/2018.

PORTUGAL, Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, Proc. nº 57/11.TVLSB.L1-7, Relator Roque Nogueira, julgado em 29 de abril de 2014. Disponível em <https://jurisprudencia.csm.org.pt/ecli/ECLI:PT:TRL:2014:57.11.9TVLSB.L1.7> e acessado em 24/09/2018.

PORTUGAL, Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, Proc. nº 1212/08.4TBBC.LG2.S1, Relator Conselheiro Helder Roque, julgado em 12/03/2015. Disponível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/df88abab1ad4abd9d80257e0700377278?OpenDocument> e acessado em 14/02/2018.

PORTUGAL, Acórdão do Tribunal Constitucional, Proc. nº 55/16 (662/15), Relator Conselheiro Teles Pereira, julgado em 02/02/2016. Disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20160055.html> e acessado em 14/02/2018.

REINO UNIDO, Salih v. Enfield [1991] 3 All ER 400. Disponível em <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/12344396> e acessado em 04/10/2018.

REINO UNIDO, Meadows v. Khan [2017] EWHC 2990(QB). Disponível em <http://medicalnegligenceteam.com/public/images/images/1511523230.pdf> e acessado em 04/10/2018.



OUTRAS FONTES:

BRASIL, Decreto-lei nº 2.848/1940 – Código Penal brasileiro. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm e acessado em 17/09/2018.

BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm e acessado em 17/09/2018.

BRASIL, Lei nº 10.406/2002 – Código Civil brasileiro. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm e acessado em 17/09/2018.

BRASIL, Código de Ética Médica (Resolução CFM nº 1931/2009). Disponível em http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2009/1931_2009.htm e acessado em 26/09/2018.

BRASIL, Resolução nº 1.989/2012 do Conselho Federal de Medicina. Disponível em http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2012/1989_2012.pdf e acessado em 17/09/2018.

BRASIL, Resolução nº 2.168/2017 do Conselho Federal de Medicina. Disponível em http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2012/1989_2012.pdf e acessado em 17/09/2018.

FRANÇA, Lei nº 2002-303 – Lei Kouchner. Disponível em <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000227015> e acessado em 24/09/2018.

PORTUGAL, Decreto-lei nº 47344/1966 – Código Civil português. Disponível em http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=775&tabela=leis e acessado em 17/09/2018.

PORTUGAL, Constituição da República Portuguesa de 1976.



Disponível em <https://dre.pt/legislacao-consolidada/-/lc/34520775/view> e acessado em 17/09/2018.

PORTUGAL, Decreto-lei nº 48/1995 – Código Penal português. Disponível em http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mos-tra_articulado.php?nid=109&tabela=leis e acessado em 17/09/2018.

PORTUGAL, Despacho nº 5411/1997, Ministério da Saúde. Disponível em <http://www.saudereprodutiva.dgs.pt/legislacao/diagnostico-pre-natal/despacho-541197-2-serie-de-8-de-julho-dr-n-180-ii-serie-de-6-de-agosto.aspx> e acessado em 16/09/2018.

PORTUGAL, Lei nº 32/2006 – Lei da Procriação Medicamente Assistida. Disponível em http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=903&tabela=leis&so_miolo= e acessado em 16/09/2018.

PORTUGAL, Relatório/parecer 19/CNECV/1997, projetos de lei relativo a interrupção voluntária da gravidez. Disponível em http://www.cneqv.pt/admin/files/data/docs/1273059189_P019_IVG.pdf e acessado em 09/09/2018.

PORTUGAL, Portaria nº 741-A/2007, Ministério da Saúde de Portugal. Disponível em <https://dre.pt/pesquisa/-/search/442119/details/maximized> e acessado em 16/09/2018.

PORTUGAL, Código Deontológico da Ordem dos Médicos (Regulamento nº 707/2016). Disponível em <https://dre.pt/pesquisa/-/search/75007439/details/normal?l=1> e acessado em 26/09/2018.

Princípios de Direito Europeu da Responsabilidade Civil, publicado pela European Group on Tort Law – EGTL. Disponível em <http://www.egtl.org/> e acessado em 12/09/2018.



JUSTIÇA ECOLÓGICA: UM MODELO DE RESERVA DE JUSTIÇA PARA AS FUTURAS GERAÇÕES E PARA A NATUREZA NA ÉPOCA DO ANTROPOCENO

Patryck de Araujo Ayala¹

Vitoria Leopoldina Gomes Mendes²

Resumo: O trabalho teve como principal objetivo investigar se, por meio de um modelo de reserva de justiça, é possível se reconhecer e considerar, também, a dignidade da vida no interesse das futuras gerações e da natureza, no contexto de uma nova época geológica, assim denominada Antropoceno. Para atingir esta finalidade foi proposta como premissa argumentativa a necessidade de se considerar um modelo de justiça baseado em reservas. Por meio do método indutivo e de pesquisa bibliográfica propôs-se que a determinação do conteúdo protegido sob reserva de justiça tem na dignidade humana a melhor referência do que se faz possível no plano de consensos morais nas sociedades contemporâneas. A pesquisa pretende demonstrar que, embora um modelo teórico de reserva de justiça se constitua na condição de reserva moral com consequências jurídicas relevantes (proteção contra maiorias parlamentares ou contra transformações radicais sobre a ordem social), uma decisão sobre o que é importante para as sociedades (sendo a dignidade o conteúdo decidido) não necessariamente se impõe como um obstáculo para a revisão *de seu sentido* no contexto de novas demandas existenciais.

¹ Pós-doutorando, doutor e mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Estádio de doutoramento na Universidade Clássica de Lisboa, com bolsa PDEE (CAPES). Professor nos cursos de graduação e mestrado em Direito da Universidade Federal de Mato Grosso (UFMT).

² Graduada em Direito pela Universidade Federal de Mato Grosso. Membro do Grupo de Pesquisa Jus-Clima.



Reside exatamente na disponibilidade de se definir *a extensão* e o *sentido* do conteúdo da reserva moral (este sim, imune de modificações contra maiorias parlamentares), a capacidade de se demonstrar um modelo de justiça que atenda a novas necessidades de sociedades em transformação. O trabalho propõe, desse modo, a possibilidade de se estender a consideração da dignidade para além da vida humana, alcançando a consideração das futuras gerações e da própria natureza. Fundamenta-se, por fim, que essa consideração se dá por meio de direitos inseridos no plano constitucional como fundamentais. Estes, por sua vez, devem ser interpretados sob uma ótica intergeracional e devem respeitar os limites do Planeta.

Palavras-Chave: Reserva de justiça, justiça ecológica, futuras gerações.

ECOLOGICAL JUSTICE: A RESERVE OF JUSTICE MODEL FOR FUTURE GENERATIONS AND NATURE IN THE ANTHROPOCENE EPOCH.

Abstract: The main objective of this paper is to investigate whether, through a reserve of justice' model, it is possible to recognize and consider, also, the dignity of life in the interest of future generations and the nature, in the context of a new geological epoch, so called Anthropocene. To achieve this purpose, the need to consider a justice model based on justice reserves was proposed as an argumentative premise. Through the inductive method and bibliographic research it was proposed that the determination of the protected content subject to justice has in human dignity the best reference of what is possible in the plan of moral consensus in contemporary societies. The research intends to demonstrate that, although a theoretical reserve of justice model constitutes the condition of moral reserve with relevant legal consequences (protection against parliamentary



Keywords: Reserve of Justice; ecological justice; future generations.

Para isso tem-se como referência a teoria de uma Constituição como reserva de justiça, inicialmente popularizada por Gomes Canotilho e posteriormente desenvolvida de forma mais analítica por Vieira.³ Por meio dessa abordagem entende-se

³ VIEIRA, Oscar Vilhena. A Constituição como Reserva de Justiça. *Lua Nova*. Revista de Cultura e Política. n. 42, p. 53-97, 1997.



possível que haja certos preceitos constitucionais que gozam de rigidez jurídica, as chamadas cláusulas pétreas, que protegem certos valores das constantes mudanças sociais, econômicas e culturais em curso nas sociedades. Traçando um conceito do que seria esse modelo dever-se-á traçar um modo de conciliação com um conceito democrático, já que instituir cláusulas pétreas implica em necessariamente dirimir liberdades.

Considerar uma teoria de reserva de justiça, a qual limita justamente a capacidade de tomada de decisões futuras sobre o que se afigura importante para uma comunidade, impõe como primeiro problema o de se determinar o que deve ser protegido como importante. Em outras palavras, exige-se antes de tudo saber quais serão os valores protegidos por meio da rigidez das cláusulas pétreas de um modelo constitucional democrático. Isso implicará escolhas e para a sua realização o trabalho opta por fundamentá-las, em um primeiro momento, na dignidade da pessoa humana. Esse não é o único critério ou fundamento para justificar escolhas. No entanto, o constitucionalismo do pós-Segunda Guerra Mundial favorece esse preceito como fator de legitimidade das Constituições ocidentais, e liame entre valores morais das sociedades e suas respectivas normas.⁴

Partindo-se da dignidade como preceito base, impossível seria proteger-se tudo. Uma proteção deveras alargada e abrangente enfraqueceria não só a proteção dos valores elencados como o próprio conceito aqui proposto de reserva de justiça. Em outras palavras, nem tudo pode estar sob a proteção da reserva de justiça.

Dar-se caráter de imutabilidade a muitos preceitos implicaria na falência do próprio conceito, visto que as constantes mutações sociais e econômicas logo afligiriam o que se pretenderia proteger.

⁴ ENDERS, Christoph. O direito a ter direitos: o conceito de dignidade humana no direito alemão básico. *Revista de Estudos Constitucionais, hermenêutica e Teoria do Direito*. v. 2, n. 1, p.1-8 jan./jun.2010.



O conjunto dessas escolhas é elencado na pesquisa sob a condição de direitos fundamentais. Direitos fundamentais, como a análise semântica da denominação o diz, compreendem aqueles valores instituídos juridicamente e que consistem no próprio fundamento das funções e formatação do Estado no qual foram instituídos.⁵ Esses direitos fundamentais devem, como já dito, poder ser justificados a partir de uma definição de dignidade, que será fonte e também, direito fundamental devendo ser ponderada perante a aplicação de quaisquer outros direitos fundamentais.⁶

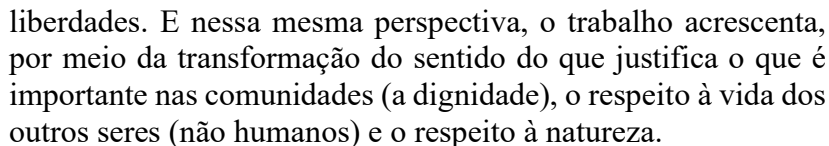
Sendo assim, tais escolhas serão mais reduzidas quantitativamente e isto trará mais autonomia aos poderes para exercer democraticamente suas funções⁷. Tudo isso porque, ao aplicar estes direitos todas as três funções do poder político deverão priorizar a proteção da dignidade ao longo do tempo, possibilitando que esta possa continuar sendo exercida no transcorrer das gerações e que os poderes possam continuar tendo espaço para o exercício da democracia.

A autonomia, o exercício de liberdades, ou ainda, a própria democracia, consistem fundamentalmente na possibilidade de se fazer escolhas. Escolhas não poderão ser realizadas se for possível que as decisões (livres) permitam o esgotamento de recursos, já que não se pode escolher a partir do inexistente. Essa imagem, de proteção das liberdades, mediante a restrição das mesmas liberdades, é bastante representativa dos desafios suscitados para a o desenvolvimento do tema. A proteção dos valores fundamentais de uma comunidade se dá, em uma perspectiva de reserva de justiça, por meio das limitações das próprias

⁵ WOLFGANG SARLET, Ingo. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 143.

⁶ ENDERS, Christoph. O direito a ter direitos: o conceito de dignidade humana no direito alemão básico. *Revista de Estudos Constitucionais, hermenêutica e Teoria do Direito*. v. 2, n. 1, p. 3, jan./jun.2010.

⁷ HESSE, Konrad. *Temas Fundamentais do Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 36.



Para desenvolver o problema proposto, foi utilizado o método indutivo, adotando-se o método de procedimento monográfico, por meio de pesquisa eminentemente bibliográfica, tendo-se organizado o texto ao longo de seis seções.

Em primeiro lugar, pretende-se caracterizar o sentido de um modelo de reserva de justiça, seguido da exposição das tensões que essa proposta suscita entre dois valores estruturantes de um Estado de Direito, o poder limitado por uma Constituição, e o exercício deste poder pelo caminho democrático.

Adiante o texto se ocupa de apontar que a dignidade representa o elo entre o Direito e a moral para o fim de se estruturar consensos materialmente factíveis em sociedades que tendem ao dissenso para, em seguida, situar um modelo de reserva de justiça, no plano de um modelo teórico de direitos fundamentais. Essa relação é proposta para o fim de se sustentar que a reserva de justiça é protegida por aqueles (direitos fundamentais).

Ao final, sustenta-se a possibilidade de que o conteúdo material de um modelo de reserva de justiça também pode ser estendido para necessidades intergeracionais, ocasião em que se relaciona dignidade (humana) e necessidades não-humanas.

Também se sustenta, ao final, que o conteúdo material de um modelo de reserva de justiça também pode ser estendido para necessidades ecológicas, favorecendo uma definição de justiça ecológica, compreendida, neste trabalho, como um padrão que aproxima as necessidades da vida humana, das futuras gerações, e que considera a necessidade de também se alcançar a comunidade não-humana.

1 UM MODELO DE RESERVA DE JUSTIÇA



Estipular como objetivo de um modelo de justiça proteger a dignidade da pessoa humana, outras formas de vida e o meio ambiente resulta na necessidade de um modelo constitucional de conceito aberto e complexo, capaz de se adaptar às transformações socioeconômicas e culturais. Assim o sendo, devem ser feitas escolhas que sejam capazes de se adaptar às mudanças intergeracionais sem que se perca seu objeto de proteção.

O primeiro questionamento possível a partir do acolhimento dessa premissa seria o porquê de se desenvolver uma discussão de caráter constitucional tendo por base preceitos intergeracionais e interesses que por vezes são *diminuídos* em benefício de demandas mais imediatas da economia e sociedade. Alguns autores, como Elster, explicam esse fator pela tendência que os indivíduos têm de atribuir ao bem-estar *futuro* valor menor do que o do bem-estar *presente*.⁸

Uma possibilidade de se enfrentar esse questionamento pode ser feita, pela simples consideração de que demandas relacionadas a problemas ambientais estão em expansão em todo o globo, e estas demandas possuem interesses econômicos como matriz principal, resultando em diversas consequências nocivas à saúde e ao bem-estar humano. Esse fator retrata, v.g, a necessidade que as instituições têm de planejar suas ações em uma escala de longo prazo. Sendo assim, estipular um parâmetro intergeracional se mostra um meio efetivo de evitar maiores danos, já que estes – quando de caráter ambiental – nem sempre tem consequências imediatas e contemporâneas com suas causas.

Um modelo de reserva de justiça dialoga com o futuro porque consiste, de certo modo, em uma das teorias constitucionais que confere rigidez constitucional. Trata-se de instituir determinados valores que no âmbito constitucional serão imutáveis enquanto perdurar o modelo.⁹

⁸ VIEIRA, Oscar Vilhena. A Constituição como Reserva de Justiça. *Lua Nova*. Revista de Cultura e Política. n. 42, p. 54, 1997.

⁹ Ibidem. p. 57.



Para melhor compreensão do conceito deve-se considerar a evolução do direito constitucional que perpassa o que alguns autores chamam de direito constitucional medieval, representado aqui, pela Carta Magna de 1215.¹⁰ Nesta, a função do constitucionalismo consistia tão somente em limitar o poder do soberano. Esse modelo se mostrou insuficiente, tendo-se verificado a necessidade de que não mais fosse apresentado como um meio de proteção do indivíduo perante ao Estado, senão como meio de efetivação de direitos.¹¹ Tal mudança repercutiu na própria estrutura do modelo, que hoje deve proteger-se de si mesmo. Essa última perspectiva é denominada neoconstitucionalismo.¹²

O modelo constitucional de reserva de justiça reside na ideia neoconstitucionalista de sopesamento de proteções de garantias individuais e de liberdades. Para isso ela retira do campo democrático a disposição de determinados valores individuais considerados básicos para a manutenção das instituições e para a proteção do indivíduo, limitando a mutação constitucional por intermédio do legislativo. Ressalte-se que “O reconhecimento de limites a mutação é essencial para preservar a força normativa e a rigidez da Constituição.”¹³

Para explicar essa limitação é comum na literatura constitucional o uso da imagem mítica de Ulisses que, para proteger-se das sereias, prende-se no mastro de seu navio. Esta menção é feita – com as devidas ressalvas da metáfora¹⁴ - por constatar-se

¹⁰ BRANDÃO, Rodrigo. *Direitos Fundamentais, Democracia e Cláusulas Pétreas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 61.

¹¹ PIEROTH, Bodo. O desenvolvimento do Estado de Direito na Alemanha. *Revista eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região*, p. 52-54, 2015.

¹² BRANDÃO, Rodrigo. *Direitos Fundamentais, Democracia e Cláusulas Pétreas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 127.

¹³ SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Claudio Pereira. *Direito Constitucional: Teoria, história e métodos de trabalho*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 356.

¹⁴ Oscar Vieira ao utilizar a metáfora faz duas ressalvas quanto ao fato de que “No caso de Ulisses ocorre uma limitação individual, enquanto no processo constitucional a rigidez imposta pelas decisões constituintes, além de ter um caráter supra-individual, pois é imposta ao conjunto da sociedade, é também uma limitação às gerações futuras, e não apenas àquela que se estabeleceu a Constituição. Também se distingue do



necessário proteger um mínimo já alcançado de possíveis mudanças políticas por meio de cláusulas pétreas constitucionais.¹⁵

A justificativa exposta por Vieira para limitar a mutação constitucional, ou seja, o exercício democrático, é o de garantir a durabilidade do próprio sistema. Assim, um modelo constitucional de reserva de justiça “[...] restringe seu próprio poder de decisão, objetivando perpetuar sua liberdade de decidir”.¹⁶

Embora autores como Holmes e Sunstein questionem a legitimidade de um modelo que cerceie o direito de escolha através da representação democrática¹⁷, este mecanismo tem sido amplamente utilizado em Estados constitucionais, sendo justificado pela impossibilidade do que seria retrocesso social considerar determinados valores e garantias.

Para a hipótese proposta, em que se pretende testar um modelo de justiça como meio de garantia da dignidade das futuras gerações, outras formas de vida e o meio ambiente, o modelo de reserva de justiça proposto por Gomes Canotilho demonstra ser capaz de oferecer meios de legitimação de uma justiça ecológica. Isso porque ao instituir cláusulas pétreas pretende-se tão somente consolidar conceitos que devem ser vistos de maneira atemporal, de modo que o reconhecimento de limites constitucionais se mostre “[...] essencial para preservar a força normativa e a rigidez da Constituição”.¹⁸

modelo de Ulisses na medida em que no processo constituinte a rigidez não funciona como simples auto-limitação, mas também como limitação àquelas correntes que, vencidas no embate constituinte, podem se converter em majorias no futuro e alterar o decidido [...].” VIEIRA, Oscar Vilhena. *A Constituição como Reserva de Justiça. Lua Nova. Revista de Cultura e Política*. n. 42, p. 54, 1997.

¹⁵ Idem.

¹⁶ Idem.

¹⁷ A partir dos autores já referidos, Brandão explica que: “A sua leitura “democrática”, forte em seu caráter constituinte, considera o poder de reforma expressão legítima da soberania e, via de consequência, um poder pré político ilimitado [...]”. BRANDÃO, Rodrigo. *Direitos Fundamentais, Democracia e Cláusulas Pétreas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 26.

¹⁸ SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Claudio Pereira. *Direito Constitucional: Teoria, história e métodos de trabalho*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 356.



2 A RELAÇÃO E A TENSÃO ENTRE CONSTITUIÇÃO E DEMOCRACIA

Certamente tais assertivas à primeira vista parecem colidir com um modelo constitucional democrático, já que o povo, em tese, deveria exercer indistintamente seu poder de autodeterminação por meio de seus representantes legais. Não poderia haver segundo Rousseau “nenhuma espécie de lei fundamental obrigatória para o corpo do povo, nem mesmo o contrato social”.¹⁹ O que, então, em face disto poderia conciliar um modelo de reserva de justiça e a democracia? O que justificaria abdicar do poder ilimitado de escolha?

Conforme explica Vieira, o cerceamento da democracia, ou por outra, da liberdade de escolha do povo é justificado apenas como meio de proteção de perenidade deste mesmo direito objetivando a autopreservação.²⁰ Ressalte-se que a democracia por si tenderia a pôr em risco os direitos das minorias, bem como outros valores essenciais à manutenção da própria democracia.²¹

Justificado o cerceamento da democracia e traçando uma análise análoga, do mesmo modo só seria possível o cerceamento de direitos das futuras gerações com vistas a protegê-las, não só democraticamente, já que autopreservar-se não reside apenas no poder de autodeterminar-se.

Colocar a democracia como parâmetro de escolha sobre o que deve ser protegido traria “[...] uma enfatização dos ideais de democracia e de soberania popular em detrimento da estabilidade das instituições políticas e do papel da Constituição como

¹⁹ BRANDÃO, Rodrigo. *Direitos Fundamentais, Democracia e Cláusulas Pétreas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 80.

²⁰ VIEIRA, Oscar Vilhena. A Constituição como Reserva de Justiça. *Lua Nova*. Revista de Cultura e Política. n. 42, p. 55, 1997.

²¹ BRANDÃO, Rodrigo. *Direitos Fundamentais, Democracia e Cláusulas Pétreas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 34.



lex superior vocacionada a limitar o poder com a finalidade de proteção do indivíduo.²²

Entende-se assim que a democracia exercida desmedidamente sacrificaria outros direitos instituídos no âmbito constitucional que também são imprescindíveis, que preservem as minorias já que, “[...] os direitos de liberdade em geral não podem resultar em uma relação de dominação”.²³

Deste modo, necessário se faz um outro parâmetro que seja capaz de abranger de uma melhor forma as necessidades sociais que vão muito além do exercício democrático, mas que também vise a proteção deste direito (de escolher de forma livre).

3 O CONTEÚDO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA: FONTE E DIREITO

Embora existam outras possibilidades de se definir o conteúdo materialmente protegido pelas Constituições como sua reserva de moralidade, a dignidade até então é o mais próximo que se pode obter de um consenso sobre o tema proposto. Esse parâmetro aparenta ser mais fidedigno à ideia de autopreservação mencionada.

Não obstante, a autodeterminação também estar inserida em um conceito de dignidade, apesar de a democracia ser garantida em um modelo constitucional que tem como pilar a dignidade, aquela é limitada por esta, na medida em que a dignidade abrange um sopesamento entre a liberdade coletiva e a proteção do indivíduo. Isso comprova ser a dignidade um melhor pressuposto para definição do conteúdo de reserva de justiça do que a própria definição de democracia aqui utilizada, quando se tem por objetivo uma proteção mais estendida como é o caso

²² Ibidem. p. 26.

²³ WOLFGANG SARLET, Ingo. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 127.



pretendido para padrões de justiça moralmente mais complexos, como a justiça ecológica.

Mencione-se que “[...] quase nenhuma das constituições nacionais incluíram alguma menção da dignidade antes da Primeira Guerra Mundial [...]”²⁴ quando o termo era utilizado em raros documentos constitucionais relevantes e quando usado tinha um significado tanto quanto distante do contemporâneo. Como exemplo, cite-se que na Declaração Universal do Homem e do Cidadão resultante da Revolução Francesa o termo dignidade era designado a um grupo social restrito.²⁵

A definição teve seu conteúdo transformado e a “[...] dignidade Humana se tornou o fator central do discurso dos direitos humanos depois da segunda guerra mundial”²⁶. Somada à Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948 e à Lei Fundamental de Bonn de 1949, deixou de ser um conceito estritamente moral e passou a integrar o âmbito jurídico servindo de liame entre a moralidade e o Direito. As experiências bélicas do século XX demonstraram a necessidade que o Estado tem de acolher um parâmetro moral e principiológico de respeito à humanidade.

Ressalte-se que a dignidade consiste um meio de internalização dos direitos humanos nos Estados, o que reforça o porquê de ser ela um caminho de melhor consenso de escolha sobre o que deve ser protegido. Cite-se como exemplo a Constituição alemã – uma das quais consistiu em modelo de referência na matéria para diversas experiências ocidentais, incluindo o Brasil,

²⁴ Lê-se no original: “Almost none of the nacional constitutions included any mention of human dignity before de First Word War.”. BARAK, Aharon. *Human Dignity: The Constitutional Value and the Constitutional Right*. Cambridge: Cambridge University Press, 2015. p. 49.

²⁵ HUNT, Lynn. *A Invenção dos Direitos Humanos*. Trad.: Rosaura Eichenberg. São Paulo: Companhia das Letras, 2009. p. 17.

²⁶ Lê-se no original: “Human dignity became a central feature of human rights discourse after the Second World War.” BARAK, Aharon. *Human Dignity: The Constitutional Value and the Constitutional Right*. Cambridge: Cambridge University Press, 2015. p. 51.



onde “[...] a dignidade humana é a razão do porque o povo alemão se compromete entre eles com os direitos humanos”.²⁷

Considerando-se os pontos e contrapontos elencados a dignidade consiste no mais longe que até o momento se pode alcançar de um valor moral instituído como preceito jurídico – sem que se confunda em valores morais arbitrários – que de tal forma se consolidou passando a ser parâmetro de legitimidade constitucional nas sociedades ocidentais contemporâneas.

Não obstante ser possível estabelecer um consenso quanto a sua existência e relevância, o conteúdo em que consiste e a maneira no qual é aplicada dependerá de muitos fatores. Sendo assim, propõe-se aqui um conceito aberto de dignidade como sendo *o direito a ter direitos*.²⁸ Partindo-se deste conceito: “A regra constitucional de dignidade humana não contém uma garantia legal, porque esta qualidade dos indivíduos é constitucional a priori e não pode ser objeto de regulações legais.”²⁹

A dignidade passa a ser não apenas um direito mas também uma característica do indivíduo que lhe garante ter direitos. Através desse parâmetro, efetivado pela Constituição alemã, é possível se desenvolver um conceito de dignidade mutável e flexível, que se adequa às necessidades da sociedade na qual está sendo aplicada.

Isso porque apesar de por vezes ser utilizada como um conceito autoevidente³⁰, se assim o fosse não seria necessária sua afirmação e tampouco sua consolidação em normas internacionais e constitucionais, como bem pondera Hunt, sobre os

²⁷ Lê-se no original: “[...] human dignity is the reason why the German people commit themselves to human rights.” ENDERS, Christoph. O direito a ter direitos: o conceito de dignidade humana no direito alemão básico. *Revista de Estudos Constitucionais, hermenêutica e Teoria do Direito*. v. 2, n. 1, p. 2, jan./jun.2010.

²⁸ Ibidem. p. 3.

²⁹ Ibidem. p. 3.

³⁰ Algo que se define sem necessidade de explicações ou argumentos. A construção pode ser encontrada em: HUNT, Lynn. *A Invenção dos Direitos Humanos*. Trad.: Rosaura Eichenberg. São Paulo: Companhia das Letras, 2009. p. 17.



direitos humanos.³¹ Conclui-se, assim, ser um valor de conceitualização construída que corresponde a sociedade em que se encontra inserida. Não fosse assim, não seria aplicável em tantos países com culturas tão diferentes que apesar de acolherem a dignidade da pessoa humana, conceituam-na e aplicam-na exercendo sua autonomia de distintas formas.

Pelos motivos expostos o meio de escolha do que será reservado se dará, em um primeiro momento, a partir de uma ideia de dignidade (da pessoa humana) e esta ideia será protegida por meio de direitos denominados fundamentais. Isso porque, pela própria semântica, uma Constituição como ordem fundamental em sentido qualitativo, é uma Constituição que decide sobre questões que são fundamentais para a comunidade.³² Ou seja, “[...] os direitos fundamentais devem criar e manter condições elementares para assegurar uma vida em liberdade e a dignidade humana.”³³

4 RESERVA DE JUSTIÇA E UM MODELO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Esclarecido o parâmetro e importância de inserção de valores morais no âmbito constitucional, o próximo ponto a se desenvolver é de que modo essa inserção e aproximação ocorrem. Observa-se nas Constituições ocidentais contemporâneas que o meio de normatização de valores tem sido amplamente realizado por meio de direitos fundamentais, ou seja: a dignidade é protegida por meio de valores instituídos na forma de princípios constitucionais, e estes são denominados direitos fundamentais.³⁴ Saliente-se que os direitos fundamentais – materialmente

³¹ Idem.

³² ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 583.

³³ HESSE, Konrad. *Temas Fundamentais do Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 33.

³⁴ Leonardo Martins e Dimitri Dimoulis explicam que: “Uma parte dos autores

considerados³⁵ - consistem, retomando a metáfora de Ulisses, no mastro no qual se prende. Ou seja, é por meio deles que o Estado se auto-protege “[...] contra aquelas inconsistências temporais, protegendo as metas de longo prazo que são constantemente subavaliadas por maiorias ávidas por maximizar seus interesses imediatos, conforme Hume.”³⁶ Ressalte-se que esses interesses imediatos quase sempre têm teor econômico.

Consubstanciando-se a ideia de que os direitos fundamentais são os princípios invioláveis do Estado que tem status pétreo perante o exercício democrático, a teoria dos princípios-moldura de Alexy explica de que maneira essas limitações ocorrem.

Ao considerar os direitos fundamentais como princípios-moldura, quer-se dizer que estes traçam um *modus operandi* do Estado, ou por outro lado, um norte de criação e aplicação das normas, visto que as normas-princípios são sopesadas e consubstanciam-se diante do caso concreto – diante de certas condições - como mandamentos de otimização.³⁷

Os princípios nesse sentido “[...] exigem que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes.”³⁸ Propõe-se que este algo realizado seja a dignidade, em um primeiro momento, da pessoa humana.

alemães vê nos direitos fundamentais garantidos na constituição simples desdobramento da dignidade da pessoa humana”. MARTINS, Leonardo. DIMOULIS, Dimitri. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 114.

³⁵ Distinguindo-se direitos materialmente fundamentais de direitos formalmente fundamentais. Os primeiros consistem em princípios que de fato constituem o fundamento do Estado de Direito, os segundos consistem naqueles que são denominados nas cartas como fundamentais. Sendo que estes últimos podem ou não ser materialmente fundamentais a depender de seu teor. Os direitos que possuem status pétreo são os que tem a materialidade descrita. WOLFGANG SARLET, Ingo. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 74-75.

³⁶ VIEIRA, Oscar Vilhena. A Constituição como Reserva de Justiça. *Lua Nova*. Revista de Cultura e Política. n. 42, p. 54, 1997.

³⁷ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 102.

³⁸ Ibidem. p. 104.



Isso porque, ao definir a dignidade como parâmetro de escolha não está se dizendo que ela constitui um princípio-moldura do Estado, que conforme lições de Alexy podem ser sopesados de acordo com a realidade fática.

A dignidade aqui é o preceito pelo qual se escolhe a moldura, consistindo em fonte, apesar de poder, a depender do caso concreto, ser aplicada como norma-princípio.

Para Alexy a dignidade consiste um direito fundamental que por vezes tem caráter de regra e por vezes de princípio, justificando assim, o fato de, a depender do caso ela ser ou não sopesada perante o Tribunal Constitucional Alemão.

Em contrapartida, ao analisar o mesmo Tribunal, Enders dirá que: “[...] a dignidade humana não contém uma garantia legal, porque esta qualidade dos indivíduos é a priori constitucional e não pode ser objeto de regulação legal.”³⁹ A dignidade uma é característica que serve de norte para a definição da moldura do Estado, ou, para se escolher o mastro de Ulisses.

Diferenciadas as teorias, o conceito de norma-princípio para os direitos fundamentais é de grande relevância para o modelo de Constituição como reserva de justiça. Ele define que os direitos fundamentais devem ser os limitadores do exercício do poder, servindo como a figura de linguagem retrata, de moldura, mas não coibindo o Estado de agir, já que o que está dentro da moldura dependerá da atuação dos poderes.

Desse modo, os direitos fundamentais devem ser seletamente instituídos, com vistas a não suprimir o exercício dos poderes do Estado. O objetivo aqui é apenas desenvolver preceitos-base de atuação que visem à proteção a longo prazo da dignidade, não obstante o fato de que instituir uma grande quantidade de direitos fundamentais levaria a falência da proposta de um modelo intergeracional, já que uma grande quantidade de

³⁹ ENDERS, Christoph. O direito a ter direitos: o conceito de dignidade humana no direito alemão básico. *Revista de Estudos Constitucionais, hermenêutica e Teoria do Direito*. v. 2, n. 1, p. 3, jan./jun.2010.



fundamentos não se adaptaria às mutações sociais. Outro ponto relevante reside em considerar que, instituir muitos princípios leva a uma abertura constitucional demasiada que possibilitaria uma discricionariedade demasiada dos tribunais.⁴⁰

Delimitar que a dignidade não é passível de sopesamento não resulta em dizer que este seria um conceito fechado pois partindo-se do conceito já explicitado de Enders - de ser a característica do indivíduo possuir um *direito a ter direitos* - trata-se de um conceito de conteúdo aberto. Seu conteúdo é conferido pelas escolhas dos direitos fundamentais, os quais consistem em normas-princípios e, portanto, estão passíveis de sopesamento.

Em suma, propõe-se que o conteúdo da dignidade humana seja aberto, sopesado através dos direitos fundamentais, mas obstando-se que ela seja relativizada. Em outras palavras, o Estado não poderá escolher aplicá-la ou não. Poderá escolher e definir conforme as necessidades sociais seu conteúdo e forma de aplicação, mas não a sopesar diante de outros direitos, já que sendo fonte sempre gozará de prioridade.

Corroborando com este entendimento Sarmento afirma que:

se, por um lado, é certo que o sistema constitucional e as cláusulas pétreas impõem limites à mutação constitucional, não é menos correto, por outro, que dito sistema e as referidas cláusulas também se abrem, em alguma medida, a processo informais de mudança da Constituição.⁴¹

Assim, entende-se por processos informais a atuação, principalmente do Poder Judiciário, que se utilizando da abertura possibilitada pela moldura, aplique de acordo com o caso concreto uma escolha que consiga alcançar dentro das possibilidades jurídicas e fáticas a máxima concretização da dignidade (humana).

⁴⁰ SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Claudio Pereira. *Direito Constitucional: Teoria, história e métodos de trabalho*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 380.

⁴¹ Ibidem. p. 359.



5 JUSTIÇA ECOLÓGICA E DIREITOS FUNDAMENTAIS NA ORDEM CONSTITUCIONAL BRASILEIRA

As Constituições dirigentes - na qual se inclui a Constituição da República Federativa do Brasil - CF/88 - “[...] prescrevem objetivos a serem seguidos [...] oferece às futuras gerações um plano de desenvolvimento econômico e social.”⁴² Nesse sentido, o legislador originário propôs um Estado de Direito fundado na proteção e exercício da dignidade da pessoa humana. Esse caminho já se evidencia em seu artigo 1º, inciso III, por meio do qual a dignidade surge como um dos fundamentos do próprio Estado.

Sob diversos títulos a Constituição define direitos e garantias que tem como fim a dignidade humana, entre estes um direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, nos moldes da prescrição do artigo 225, *caput*. Nesse texto há a definição de um direito de todos a algo que *somente pode ser acessível coletivamente*, além de impor ao Estado e à coletividade, deveres de proteção em nome das futuras gerações.

Ressalte-se que o constituinte (originário) previu que os destinatários desta proteção são as presentes e futuras gerações, vinculando o Estado e os particulares a um dever prestacional, dever geral que propõe mudanças substanciais na ordem social brasileira.⁴³ No entanto, tais mudanças dependem por vezes de fatores externos sobre os quais a Constituição tem influência limitada. Hesse argumenta que, “Entre eles podem-se citar as circunstâncias da realidade histórica [...] e o nível de desenvolvimento espiritual, social, político e econômico.”⁴⁴

⁴² SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Claudio Pereira. *Direito Constitucional: Teoria, história e métodos de trabalho*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 61.

⁴³ AYALA, Patryck Araújo. Direito fundamental ao ambiente e a proibição do retrocesso nos níveis de proteção ambiental na Constituição brasileira. In: SENADO FEDERAL. Comissão de Meio Ambiente, Defesa do Consumidor, Fiscalização e Controle. *O Princípio da Proibição de Retrocesso Ambiental*. Brasília: Senado Federal, 2012. p. 213.

⁴⁴ HESSE, Konrad. *Temas Fundamentais do Direito Constitucional*. São Paulo:



Apesar de a dignidade da pessoa humana ser elencada como fundamento de um modelo de Estado Constitucional e apesar de ainda haver dentro do corpo constitucional cláusulas que possibilitem a interpretação sobre uma preocupação quanto à necessidade de proteger bens ambientais com vistas a manter a qualidade de vida, a aplicabilidade de tais garantias têm sua eficácia fragilizada. Em que pese o direito a um meio ambiente equilibrado seja um direito fundamental este está passível de sopesamento por instâncias infraconstitucionais de modo que, em sua aplicação, nem sempre se pode garantir a prevalência de um imperativo e proteção de seu conteúdo intergeracional, em detrimento de outras garantias em conflito.

A abertura para uma interpretação intergeracional dos direitos fundamentais tem ganhado espaço, mas o sopesamento e eficácia de tais direitos ainda está longe de encontrar uniformidade. Isto porque “[...] o conteúdo dos direitos fundamentais para um Estado dependem de diversos fatores extrajurídicos, especialmente da idiosincrasia, da cultura e da história dos povos.”⁴⁵

Sua consideração pelos tribunais nacionais representa importante colaboração nesse processo de consolidação do conteúdo de um modelo de justiça que priorize as futuras gerações por meio de uma fórmula de direitos fundamentais, admitindo-se que nessa fórmula, devem estar incluídos direitos ambientais.

Reconhecer que as funções estatais possuem protagonismo na consecução de metas intergeracionais indica, também, a necessidade de que o sopesamento de direitos em conflito se realize, igualmente, sob uma ótica intergeracional. Isso se justifica “[...] para o fim de assegurar uma proteção reforçada aos elementos naturais e a todas as formas de vida [preponderantemente, por iniciativa de funções legislativas, ou através de

Saraiva, 2009. p. 12.

⁴⁵ Ibidem, p. 26.



escolhas e decisões de políticas públicas].”⁴⁶ Admitindo-se que o dano é um evento que deve ser evitado, considerar que o sopesamento de direitos exija uma consideração intergeracional, expõe a necessidade de que o uso dos recursos naturais considere a necessidade de também se proteger o exercício a longo prazo da dignidade humana.

Uma tentativa de se desenvolver um constitucionalismo que consiga se relacionar adequadamente com novas demandas existenciais passa, necessariamente, pela consideração de que, para além de um contrato social, o Estado tem como desafio lidar com um contrato geracional, que é um contrato com a humanidade. Haberle explica que este contrato é, ao mesmo tempo, um contrato com a cultura e com a natureza.⁴⁷ É, portanto, um contrato *inclusivo*, estando incluídos no conceito de humanidade, a natureza e a cultura. Uma *cultura constitucional de longo prazo*⁴⁸ é amparada em um *contrato geracional*.

Em um *contrato geracional*, que inclui as futuras gerações como parte dos interessados que devem ter suas demandas existenciais alcançadas pelas tarefas de um Estado de Direito, também se deve poder justificar padrões de justiça que melhor favoreçam a proteção desses interesses.

Embora seja possível considerar um alargamento dos conteúdos materiais associados à dignidade, fazendo-a acolher, também, os interesses das futuras gerações, recorrer-se à noção de reserva de justiça também pode permitir que se alcance a

⁴⁶ AYALA, Patryck Araújo. Direito fundamental ao ambiente e a proibição do retrocesso nos níveis de proteção ambiental na Constituição brasileira. In: SENADO FEDERAL. Comissão de Meio Ambiente, Defesa do Consumidor, Fiscalização e Controle. *O Princípio da Proibição de Retrocesso Ambiental*. Brasília: Senado Federal, 2012. p. 241.

⁴⁷ HABERLE, Peter. A constitutional law for future generations - the other form of the social contract: the generation contract. In: TREMMEL, Joerg Chet. (Ed.). *Handbook of Intergenerational Justice*. London: Edgar Elgar, 2006. p. 218-219.

⁴⁸ Sobre o constitucionalismo de longo prazo, consultar: FERRAJOLI, Luigi. *Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais*. Trad. de: Alexandre Salim, Alfredo Coppetti Neto, Daniela Cadernatori, Hermes Zaneti Júnior e Sérgio Cadernatori. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 80-86.



proteção para outro segmento do padrão ecológico de justiça, sem o qual, esta, a justiça ecológica, ainda se apresentaria *in-completa*, porque limitada à uma orientação *restritivamente antropocêntrica*.

Bosselmann argumenta, nesse sentido, que normalmente dois elementos éticos são aceitos em uma idéia de desenvolvimento sustentável, a saber, a preocupação com os pobres, e a preocupação com o futuro, remetendo-se aqui, a padrões de justiça (ou equidade) intrageracional e de justiça (ou equidade) intergeracional.⁴⁹

Uma referência de justiça necessitaria, entretanto, de um terceiro elemento ético, o qual agregaria para além de padrões de justiça intra e intergeracional, um padrão de justiça interespecies, incluindo no centro das preocupações da justiça, a preocupação com o mundo não humano natural.⁵⁰

Trata-se, portanto, da inclusão, também, da natureza e dos interesses da comunidade não humana, como partes de um padrão de justiça ecológica, ao lado, dos interesses humanos do presente, e dos interesses das futuras gerações.

Dessa forma, se a dignidade é um elemento moral e jurídico relevante para a justificação de reservas de justiça, quando restrita ao seu conteúdo humano, sustenta-se que tal restrição tende propor um modelo de justiça incompleto. Isso porque justificaria que, no contexto das sociedades contemporâneas, seria importante para uma comunidade tão somente os valores existenciais que pudessem ser explicados sob uma dimensão *antropocêntrica*, presente ou futura.

A próxima seção justificará que a inclusão da natureza na comunidade de justiça é parte da própria identidade de um Direito para um contexto de transformação geológica assim denominado como Antropoceno. Sustenta-se na ocasião, que um

⁴⁹ BOSSELMANN, Klaus. *The principle of sustainability: Transforming Law and Governance*. London: Ashgate, 2008. p. 97.

⁵⁰ Ibidem. p. 99.



modelo de justiça ecológica define a identidade de um Direito que pretenda proteger a natureza, no Antropoceno. Também se sustenta que a inclusão da natureza também colabora para expandir o sentido de dignidade, o qual justificaria o modelo de reserva de justiça, para alcançar, agora, um modelo de reserva de justiça mais completo: uma reserva de justiça ecológica.

6 JUSTIÇA ECOLÓGICA E O LUGAR DA NATUREZA EM UM DIREITO PARA O ANTROPOCENO

Na época geológica compreendida como Antropoceno, os sistemas ecológicos ficaram mais vulneráveis. Se é uma época jovem (Antropoceno), não é possível saber-se como lidar com os impactos que serão trazidos⁵¹, inclusive, para a regulação jurídica, aspecto que suscita indagações sobre a utilidade do próprio Direito em uma época geológica que foi iniciada pelas intervenções do próprio homem e pelas transformações que este submeteu a natureza e os processos ecológicos.

A humanidade transformou uma era geológica e fragilizou os sistemas ecológicos.⁵² O homem seria o *único causador* mas não seria, por outro lado, a *única vítima* das transformações por si infligidas, na medida em que submete todas as demais formas de vida a fragilização de sua integridade. Por essa razão, surge com evidência, a necessidade de recomposição do valor que se atribui à natureza no contexto da própria comunidade moral.

Se não é desconhecido que se deva enfrentar os problemas ambientais de forma global, é necessário que se compreenda que esta postura é antes de tudo, uma postura que não justifica uma norma global, senão uma ética global, ética que neste momento exerce relevante influência sobre a capacidade do Direito

⁵¹ O conceito de antropoceno foi exposto por Paul Krutzen, estando o problema sob análise em: HAMILTON, Clive. *Defiant Earth*. The fate of humans in the anthropocene. Cambridge: Polity, 2017. p. 7.

⁵² Ibidem. p. 5.



se relacionar com aqueles problemas.

O Direito do Antropoceno se apresenta, assim, como um Direito da *justiça ecológica*, como um direito que lida com sistemas ecológicos cada vez mais fragilizados e um Direito que exige, portanto, que aqueles que não tenham voz possam e devam ser integrados em uma comunidade de justiça.

O Direito de uma época do Antropoceno se apresenta, desse modo, como um Direito de *reconexão da natureza e com a ciência*, e os atores não estatais seriam os responsáveis pela capacidade de colaborar com normas jurídicas mais próximas das leis naturais.

Nesse sentido, sustenta-se, nesta oportunidade que as normas de proteção jurídica normalmente protegem o meio ambiente na medida em que se protege a dignidade. Por sua vez, seu conteúdo encontra-se atualmente expandido, conforme foi desenvolvido na seção anterior, na medida em que também devem ser alcançados os interesses das futuras gerações.

Essa não é, entretanto, a proteção que deseja justificar nesta oportunidade mediante uma definição completa e integrativa de justiça ecológica, na qual os interesses das gerações presentes, das futuras gerações, e da própria natureza, devem fazer parte de uma *comunidade de justiça*.

Se a proteção do meio ambiente ocorre na medida em que se protege a dignidade, a proteção da natureza (e dos processos ecológicos) impõe desafios diferenciados e se dá pela integridade ecológica.

A definição de meio ambiente pode ser flexível e pode admitir distintas acomodações pelas ordens jurídicas. Entretanto, não é possível transigir com a definição de natureza, a qual se encontra representada pela integridade dos sistemas e dos processos ecológicos (integridade que não significa, entretanto, estabilidade).⁵³

⁵³ Para uma abordagem sobre as dificuldades de se compreender os sistemas ecológicos pela ciência, sob a incisiva crítica sobre os mitos que ainda a posicionam como



Uma vez que o escopo da proteção do Direito se aproxima da natureza, não se pode admitir que esta proteção seja a proteção de interesses ou de grupos, senão a proteção dos processos que sustentam todas as formas de vida, valor este que *não pode ser objeto de negociação em qualquer arena democrática*.

Tal como salienta Kotzé, reposicionar o objetivo de proteção (e assim, recuperar a utilidade do Direito e o seu lugar na regulação de conflitos) passa pela consideração de uma assim denominada segunda revolução copernicana. Nesta se faz necessário retirar a posição do homem como superior aos demais seres vivos e recursos naturais. Em detrimento de ser superior, é apenas parte do contexto da vida.⁵⁴

No Antropoceno, o Direito precisa observar e dialogar com a ciência para enfrentar os problemas de tal época geológica, onde o homem é o responsável por transformações geológicas. O Direito precisa entender o que é e o que pode ser a natureza. O que se tem normalmente são normas socialmente instituídas e definidoras do que seja meio ambiente, e que não correspondem à realidade do que é a natureza.

Conforme explicam Mattei e Capra: “[...] a natureza sustenta a vida por meio de um conjunto de princípios ecológicos que são generativos e não extrativistas.”⁵⁵

O Antropoceno demonstra que o homem tem condições de, para além de interferir sobre os processos climáticos, transformar eras geológicas.⁵⁶ No Antropoceno verifica-se - apesar de não haver consenso, há segurança científica - que o homem

sistemas estáveis, conferir: BOTKIN, Daniel. *The moon in the nautilus shell*. Discordant harmonies reconsidered. New York: Oxford University Press, 2012. p. 8-10.

⁵⁴ KÓTZE, Louis. Sustainable development and the rule of law for nature: a constitutional reading. VOIGT, Chritina (Ed.). *Rule of Law for Nature*. New dimensions and Ideas in Environmental Law. Cambridge: Cambridge University Press, 2013. p. 130-145.

⁵⁵ CAPRA, Fritjof; MATTEI, Ugo. *A revolução ecojurídica*. O direito sistêmico em sintonia com a natureza e a comunidade. São Paulo: Cultrix, 2018. p. 25.

⁵⁶ HAMILTON, Clive. *Defiant Earth*. The fate of humans in the anthropocene. Cambridge: Polity, 2017. p. 5.



Propõe problemas de justiça ecológica porque o Direito que lide com tal estado de ameaças oriunda desta nova era geológica, é ou pelo menos deve ser um Direito que se ocupe de propor caminhos ou direções que permitam assegurar a existência dos processos ecológicos, proteger as futuras gerações contra a aceleração dos processos de degradação, e garantir que a coexistência dos valores humano e natural possam ter lugar nos

⁵⁷ KÓTZE, Louis. Sustainable development and the rule of law for nature: a constitutional reading. VOIGT, Chritina (Ed.). *Rule of Law for Nature*. New dimensions and Ideas in Environmental Law. Cambridge: Cambridge University Press, 2013. p. 130-145.



processos de decisão desta geração.

O Direito do Antropoceno é ou deve ser, portanto, um Direito que tem por escopo lidar com problemas de justiça ecológica. O Direito do Antropoceno lida com problemas de justiça ecológica porque é um Direito que também precisa proteger aqueles que não tem voz.⁵⁸

Um Direito que lide com os desafios do Antropoceno – e o maior de todos eles é, sem dúvida, o de impedir o ciclo de exaurimento dos sistemas ecológicos, e o ciclo de fragilização dos processos ecológicos – é um Direito que precisa reposicionar a relação entre homem e natureza - tal como foi proposto por Kotzé – e que leva em consideração não apenas a vida da condição humana, senão o valor de todas as formas de vida. Nessa perspectiva, indica-se que todas elas, e não apenas a vida humana, possuem valor moral e fazem parte de uma comunidade de justiça, e sendo assim, tanto a vida humana quanto a vida não humana, são problemas de justiça.

Considerando-se que os desafios propostos para a regulação jurídica da natureza exigem transformações profundas sobre o modo como o Direito se relaciona com a natureza, já se faz possível enfrentar a indagação sobre o modo pelo qual a natureza se apresenta perante os arranjos constitucionais do poder.

Capra e Mattei observam que:

Precisamos repensar nossas leis e suas relações com as leis que regem a ecologia de um planeta vivo. Esse repensar, uma espécie de revolução copernicana no direito, deve usar a natureza como mentora e modelo, colocando os commons e uma concepção de longo prazo no centro do palco.⁵⁹

Conforme salienta Grimm, a Constituição possui um efeito integrador, e o seu êxito depende da capacidade de seus valores ser percebida pela comunidade, sendo os direitos

⁵⁸ BOSSELMANN, Klaus. *The principle of sustainability: Transforming Law and Governance*. London: Ashgate, 2008. p. 97-101.

⁵⁹ CAPRA, Fritjof; MATTEI, Ugo. *A revolução ecojurídica*. O direito sistêmico em sintonia com a natureza e a comunidade. São Paulo: Cultrix, 2018. p. 40-41.

fundamentais o melhor veículo capaz de o viabilizar.⁶⁰

Se durante muito tempo o direito fundamental ao meio ambiente teve sua concretização associada fortemente a um imperativo jurídico de não poluir (porque poluir implica a superação dos limites para a acumulação e para a exploração), a consideração de que a dignidade de vida é um imperativo que beneficia todas as formas de vida (não se restringindo à vida humana), suscita reflexão de maior envergadura sobre qual é ou qual pode ser a extensão dos compromissos com a proteção da vida. Sendo assim, colocar-se em evidência a necessidade de se determinar o lugar da natureza em uma teoria constitucional corresponderia em simetria, à necessidade de se determinar *com que sentido de vida se compromete uma teoria constitucional*.

Se se deseja viver em um mundo melhor e em uma sociedade mais justa (nos planos ecológico, social e econômico), as pessoas devem estar dispostas a considerar ao lado de suas expectativas sobre a satisfação de suas necessidades por meio de direitos, a coexistência destes com seus deveres.

Uma ideia de moralidade, de sociedade e de justiça passam, na leitura formulada pro Dworkin, por uma ênfase para a responsabilidade, em conjunto com os direitos desta mesma sociedade. Aqueles que conseguem satisfazer suas necessidades e se sentem confortáveis nesta sociedade, devem ter igual consideração pelos pobres, assim como pelos doentes quando escolhem e quando exigem respostas das autoridades políticas. Se não se faz isso, não se está apenas correndo o perigo de se privar de nossa decência como pessoas, senão de nossa própria legitimidade enquanto sociedade política. Corre-se o risco de perder a própria identidade enquanto humanidade.⁶¹

Nesse sentido, se buscar-se reposicionar o lugar da

⁶⁰ GRIMM, Dieter. *Constitutionalism*. Past, Present and Future. Oxford: Oxford University Press, 2016. p. 148.

⁶¹ Trata-se aqui de caracterizar que a dignidade é indivisível. Cf. DWORKIN, Ronald. *A raposa e o porco-espinho*. Justiça e valor. Trad. de: Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 645.



natureza em uma teoria constitucional suscita efeitos sobre o significado da vida com que se compromete a teoria constitucional, qualquer resposta para a indagação sobre o que significa viver bem deve passar, necessariamente por considerar que os padrões de justiça necessários são distintos.⁶²

O caminho proposto nesta oportunidade descreve uma teoria constitucional que estabelece vínculos com padrões de justiça ecológica. Descreve a coexistência de relações entre pessoas que possuem direitos e responsabilidades, entre pessoas que possuem apenas responsabilidades perante o futuro, e entre pessoas e uma comunidade moral distinta, a não-humana.

Uma vez que foi exposto nesta seção, a necessidade de se remover os obstáculos que tornam invisível a natureza para as instituições e para o Direito, o desafio suscitado para o constitucionalismo se concentra na apresentação de caminhos para tornar visíveis os interesses vinculados aos processos ecológicos, entre os quais, sustenta-se neste trabalho, estar o caminho de sua inclusão nos modelos de justiça, ao lado dos interesses humanos, estendendo-se o sentido de uma definição de dignidade, compreendida esta como uma referência justificadora de reservas de justiça.

CONCLUSÕES

A partir do estudo proposto pôde-se concluir que um conceito de dignidade atua como fator de justificação do que se deve considerar importante por uma determinada comunidade, cujo conteúdo, entretanto, deve ser protegido contra a própria liberdade de se poder escolher livremente, sem restrições.

⁶² Neste trabalho os compromissos com a natureza são admitidos como compromissos com a vida, e não apenas com a vida humana, favorecendo a consideração de dois princípios especialmente relevantes para um conceito de justiça ecológica, os princípios de integridade ecológica e de sustentabilidade. Sobre o tema, cf. BOSSELMANN, Klaus. *The principle of sustainability: Transforming Law and Governance*. London: Ashgate, 2008. p. 97-101.



O trabalho apresentou um modelo de reserva de justiça como um modelo que trata, *prima facie*, de uma relação entre liberdades e democracia.

Um modelo de reserva de justiça consiste em um modelo constitucional em que determinados valores não podem ser desconstituídos em arenas democráticas, valores estes que se constanciam em direitos fundamentais, cuja justificativa fundante é a dignidade.

Visualizar a dignidade não como elemento temporário mas como elemento que deve ser exercido sem limitações temporais possibilita um novo campo de escolhas no que concerne aos direitos a serem protegidos por cláusulas de reserva de justiça. Isso porque, se a democracia - compreendida aqui como um direito de autodeterminação social - merece ser exercida pereneamente, exercê-la exige, necessariamente, proteger justamente a possibilidade de se poder escolher.

Percebe-se, no entanto, que a exploração desmedida de recursos colabora decisivamente para o esgotamento dos *bens comuns* (artigo 225, *caput*, Constituição brasileira). Tomar decisões sem limites sobre o uso de bens comuns ostenta potencial de limitar o próprio exercício democrático das comunidades futuras (futuras gerações) tendo em vista não ser possível escolher-se a partir do inexistente (meio ambiente degradado).

Em breve conceituação, o meio de escolha do que será reservado se vale, nas democracias contemporâneas, de uma vinculação à dignidade (em um primeiro momento, humana) e esta ideia será protegida por meio de direitos chamados fundamentais. Entretanto justificar-se a reserva de justiça por meio da dignidade não implica que se considere que o sentido desse conteúdo (dignidade) não tenha condições de ser transformado no contexto de novas necessidades existenciais.

Se é certo afirmar que devem existir consensos mínimos do que deve ser protegido, e nessa perspectiva, serão protegidos



perante maiorias parlamentares os direitos fundamentais, o conteúdo de tais direitos deve estar aberto à sua definição e adaptação.

É por essa razão que se sustentou que um modelo de reserva de justiça que se funde na dignidade da pessoa humana, embora expandido para alcançar os interesses das futuras gerações, não define um modelo completo de justiça ecológica.

A inclusão da preocupação com o mundo não-humano como parte de uma comunidade de justiça ilustra, em uma época geológica assim denominada por Antropoceno, a transformação dos compromissos do Direito e do Estado de Direito em tal contexto.

Da mesma forma que proteger e expandir as liberdades é importante, também o é proteger as condições básicas a partir das quais as liberdades são e poderão ser exercitadas, e as condições básicas a partir das quais as escolhas são ou poderão ser realizadas.

Portanto, como fator resultante da investigação proposta, pode-se também constatar que a proteção de necessidades e do valor da vida não-humana (situada aqui no contexto do meio ambiente), faz-se necessária não só para a garantia da manutenção democrática do direito de continuar escolhendo, como também, para manter outros direitos decorrentes da dignidade como o direito à vida e a saúde, entre outros, sempre com vistas à proteção destas, das futuras gerações, e dos próprios processos ecológicos e dos sistemas naturais.



REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011.



- AYALA, Patrick Araújo. Direito fundamental ao ambiente e a proibição do retrocesso nos níveis de proteção ambiental na Constituição brasileira. In: SENADO FEDERAL. Comissão de Meio Ambiente, Defesa do Consumidor, Fiscalização e Controle. *O Princípio da Proibição de Retrocesso Ambiental*. Brasília: Senado Federal, 2012. p. 207-246.
- BARAK, Aharon. *Human Dignity: The Constitutional Value and the Constitutional Right*. Cambridge: Cambridge University Press, 2015.
- BOSSELMANN, Klaus. *The principle of sustainability: Transforming Law and Governance*. London: Ashgate, 2008.
- BOTKIN, Daniel. *The moon in the nautilus shell*. Discordant harmonies reconsidered. New York: Oxford University Press, 2012. p. 8-10.
- BRANDÃO, Rodrigo. *Direitos Fundamentais, Democracia e Cláusulas Pétreas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- CAPRA, Fritjof; MATTEI, Ugo. *A revolução ecojurídica*. O direito sistêmico em sintonia com a natureza e a comunidade. São Paulo: Cultrix, 2018.
- DWORKIN, Ronald. *A raposa e o porco-espinho*. Justiça e valor. Trad. de: Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2014.
- ENDERS, Christoph. O direito a ter direitos: o conceito de dignidade humana no direito alemão básico. *Revista de Estudos Constitucionais, hermenêutica e Teoria do Direito*. v. 2, n. 1, p. 1-8, jan./jun.2010.
- FERRAJOLI, Luigi. *Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais*. Trad. de: Alexandre Salim, Alfredo Copetti Neto, Daniela Cadermatori, Hermes Zaneti Júnior e Sérgio Cadermatori. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.
- GRIMM, Dieter. *Constitutionalism*. Past, Present and Future. Oxford: Oxford University Press, 2016.



- HABERLE, Peter. A constitutional law for future generations - the other form of the social contract: the generation contract. In: TREMMEL, Joerg Chet. (Ed.). *Handbook of Intergenerational Justice*. London: Edgar Elgar, 2006. p. 215-229.
- HAMILTON, Clive. *Defiant Earth*. The fate of humans in the anthropocene. Cambridge: Polity, 2017.
- HESSE, Konrad. *Temas Fundamentais do Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- HUNT, Lynn. *A Invenção dos Direitos Humanos*. Trad.: Rosaura Eichenberg. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.
- KOTZÉ, Louis. Sustainable development ant the rule of law for nature: a constituional reading. VOIGT, Chritina (Ed.). *Rule of Law for Nature*. New dimensions and Ideas in Environmental Law. Cambridge: Cambridge University Press, 2013. p. 130-145.
- MARTINS, Leonardo. DIMOULIS, Dimitri. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2012.
- PIEROTH, Bodo. O desenvolvimento do Estado de Direito na Alemanha. *Revista eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região*, p. 48-50, 2015.
- SENADO FEDERAL. Comissão de Meio Ambiente, Defesa do Consumidor, Fiscalização e Controle. *O Princípio da Proibição de Retrocesso Ambiental*. Brasília: Senado Federal, 2012.
- SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Claudio Pereira. *Direito Constitucional: Teoria, história e métodos de trabalho*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.
- VIEIRA, Oscar Vilhena. A Constituição como Reserva de Justiça. *Lua Nova*. Revista de Cultura e Política. n. 42, p. 53-9, 1997.
- WOLFGANG SARLET, Ingo. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado,



2012.

_____. *Dignidade (da pessoa) Humana e Direitos Fundamentais na Constituição de 1988*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA E COISA JULGADA MATERIAL (SOBRE A POSSIBILIDADE DE EXECUÇÃO DA PENA DEPOIS DE JULGADO O RECURSO DE APELAÇÃO)

Paulo JB Leal*



processo penal tem um problema complexo para resolver. Ele precisa estabelecer critérios seguros para determinar o exato momento em que uma sentença transita em julgado. Não que isso seja difícil, ou que não haja acúmulo teórico suficiente para a resolução dessa questão, mas como esse exame acaba sempre sendo pautado por discussões relativas à natureza moral da ação humana, o debate que ele provoca não permite que sejam tratadas unicamente as questões relativas à lógica do processo penal.

Por isso, a escolha do título deste estudo. Conquanto haja fundadas razões para sustentar a ineficácia da pena no combate ao crime, ainda não foi anunciada a descoberta de outro meio que tenda a esse fim, e considerando que cabe ao direito penal pôr em ordem a racionalidade utilizada na determinação das matérias que compõem os fatos típicos e das situações subjetivas que colocam alguém na condição de imputável, estabelecer critérios seguros para que tão logo tenha sido estabelecida, em definitivo e com legitimidade, a responsabilidade penal de uma pessoa, dar início ao cumprimento da sanção é o meio mais adequado para a eficácia ao direito criminal.

Essa questão é muito relevante, pois sempre que alguém, com sua conduta, incide nas hipóteses descritas em fatos típicos

* Advogado e professor. Membro efetivo do IAB – Instituto dos Advogados Brasileiros.



do direito criminal¹, toda a sociedade humana é afetada em razão de tal comportamento colocar o processo civilizatório sob condição suspensiva até que sejam efetivadas as consequências estabelecidas apenas enquanto ameaça pelo direito penal.

Assim, ciente da imensa dificuldade que oferece a tarefa de escrutinar o ambiente de inteligência utilizado pelo jurista na busca de critérios seguros para permitir que sejam executadas as sentenças antes de encerrado o exame de todas as questões que dizem respeito ao processo penal, dá-se seguimento a este estudo na esperança de poder contribuir na qualificação do debate, mesmo sabendo que, no atual estágio de desenvolvimento das nossas instituições, além das dificuldades ínsitas dos sistemas processuais será preciso considerar, ainda, a existência de uma parcela, cada vez mais expressiva, de operadores jurídicos culturalmente toscos, eticamente desonestos e politicamente medievais.

a) DIREITO E SISTEMA JURÍDICO

Conquanto direito e sistema jurídico pertençam ao universo das instituições produzidas pela razão humana para organizar a vida em sociedade, ambos tratam de temas que, para ser possível examiná-los em ordem, precisam ser distinguidos.

O âmbito do direito é mais amplo do que o das suas instituições. O direito é um modo peculiar de inteligência normativa do mundo da natureza, produzido pela razão humana durante o processo de transição do poder de fato, tribal e familiar para o poder político, racionalmente organizado e mediado por expressões linguísticas que descrevem fatos, ou atos humanos,

¹ Há de se examinar a natureza do fato típico, dos limites do poder estatal na qualificação das condutas antijurídicas e sobre as diferentes espécies de penas, mas o certo é que a criminologia, enquanto evolui para patamares aceitáveis de adequação social, precisa distinguir as sanções estabelecidas em razão de delitos que atentem contra a vida das pessoas, das aberrações culturais que normalmente são fundamentadas unicamente em noções de natureza moral.



seguidos de imputações.

Já o sistema jurídico é a parte desse universo que produz as instituições² e os meios utilizados pelo jurista para dar eficácia ao direito. Enquanto o direito faz parte da ciência, da racionalidade utilizada para ordenar o conhecimento do jurista, o sistema jurídico é o modo pelo qual o direito atua. O certo é que essa distinção evidencia a ciência que ordena a razão humana, diferenciando-a das instituições que o jurista utiliza para disciplinar as ações e as imputações jurídicas.

b) FATO E ATO NO DIREITO

Todo o evento natural tomado em consideração pela linguagem em uma proposição jurídica compõe um dado relevante que a ciência do direito atribui a particularidade de constituir-se, como tal, em fato jurídico. O fato jurídico, nesse sentido, é uma das partes do silogismo que o jurista faz uso para descrever eventos da natureza na fundamentação do sistema de imputação utilizado pelo direito.

Quando o fato jurídico prescinde de ação humana, ele é simples, mas, quando entra em consideração, na sua composição, o exame da volição de qualquer pessoa, ele ingressa na categoria de fato complexo e passa a pertencer a outro plano da juridicidade com uma qualidade especial: de constituir-se como ato jurídico³.

Ato jurídico é, portanto, todo o fato que se insere no plano da fenomenologia jurídica quando a volição humana é tomada em consideração na composição de uma proposição linguística que seja parte do sistema de imputação utilizado pelo direito.

² Estado e seus órgãos, leis, processo, tudo são instituições do direito.

³ Todo o fato da objetividade que ingressa no âmbito da fenomenologia do direito como ato é porque existe algo na sua constituição que decorre da vontade humana.



c) PROCESSO E AÇÃO HUMANA

Processo é um complexo de atos ordenados no espaço e no tempo, com o propósito de produzir instituições e de coordenar ações tendentes à realização de objetivos relevantes para os seres humanos. Toda a ação, individual ou coletiva, que tenha um objetivo a cumprir, precisa ordenar os atos a serem executados com vistas a esse fim.

Quando a atividade do processo é de responsabilidade de uma única pessoa, a dinâmica dos atos tende a ser simples, mas quando ela exigir a participação de diferentes sujeitos, se não forem previamente definidas as habilidades exigidas de cada participante, os papéis que devem cumprir, a forma e a ordem dos atos no processo, ele tende ao anfigúrico e ao caos.

Vários são os enfoques possíveis para o processo. Do ponto de vista funcional, ele trata das qualidades objetivas e das aptidões subjetivas das pessoas que dele participam, estabelece a forma dos atos, dos procedimentos e das instituições processuais. Sob a perspectiva espacial, o processo disciplina as diferentes posições subjetivas de seus sujeitos e os locais onde as ações e os atos devam ser praticados. Do ponto de vista temporal, o processo trata dos momentos, das oportunidades e dos ônus relativos às ações e omissões dos que dele participam, de modo a permitir que seus procedimentos se desenvolvam, progressivamente, entre fases e momentos até que sejam reunidas, ao influxo dos objetivos a serem atingidos, as condições para que a tarefa a ser cumprida por meio dele possa ser dada por concluída.

d) PROCESSO JUDICIAL E RAZÃO

Se processo, em sentido lato, é método racional de organização de atos e ações com vistas a um determinado fim; no âmbito do sistema judicial, ele tem por escopo investir órgãos de poder com o propósito de promover a atuação do direito do



Estado, cujo objetivo é julgar demandas e de resolver conflitos sociais.

O método a ser utilizado para submeter o processo à razão vem sendo desenvolvido ao longo do curso da história. Entre os diversos e importantes exames a respeito desse tema, destaca-se a contribuição de *Oscar von Bülow*⁴ em seu conhecido estudo sobre exceções e pressupostos processuais. Foi com ele que demonstrou a autonomia científica do processo em face das relações de direito material que servem de fundamento à ação processual. Também concluiu que o processo, ao seu proposto em juízo, constitui um complexo sistema autônomo de relacionamentos entre o autor, o juiz e o réu (“*iudicium est actus trium personarum*”, na conhecida expressão de Búlgaro) produzidos por vínculos jurídicos, tendentes à angularização⁵, ligados pelo escopo da pretensão de obter uma sentença definitiva sobre a matéria veiculada na demanda judicial.

Esse estudo teve o mérito de pôr em evidência, e de forma muito clara, que as relações jurídicas estabelecidas entre os integrantes do processo são distintas e autônomas das relações jurídicas decorrentes dos fatos e dos atos que constituem objeto da pretensão das partes na demanda.

Esse método tem a virtude de diferenciar, no exame do processo, os requisitos que dizem respeito às partes e ao juiz dos que se referem aos procedimentos e à demanda, de modo a permitir que o Estado possa emitir provimentos a respeito do conflito que subjace da narrativa apresentada como fundamento da ação⁶ somente depois de verificar a regularidade da própria

⁴ Giessem, 1868.

⁵ Nenhum estudo de direito processual pode ser iniciado sem que seja demonstrado que todos os atos do processo devem, sempre, ser examinados tomando-se em consideração o fato de constituírem relações jurídicas entre os seus sujeitos e entre demais participantes dos procedimentos que promovem seu curso (testemunhas, peritos, serventuários, etc.). Isso é fundamental. Qualquer vício – ou defeito – na conformação dessas relações (jurídicas) afeta o processo todo (e por consequência os provimentos que a eles estejam relacionados).

⁶ Discussões posteriores aos estudos de *Bülow* apontam outros enfoques para



investidura, a qualidade dos sujeitos da relação processual e dos procedimentos do processo.

É da perfeita separação do exame sobre a regularidade das relações que se estabelecem entre os sujeitos do processo, dos dados que compõem as diferentes narrativas utilizadas para o exame das pretensões e exceções, que se situa a questão fundamental de identificar e de delimitar em um pronunciamento do Estado, o que é possível de ser tomado como definitivo em um processo judicial.

e) PROCESSO E VERDADE PROCESSUAL

Sendo o processo um método de ordenação de atos e de ações que investe órgãos com poderes para resolver conflitos e promover a atuação do direito objetivo do Estado, pôr em evidência os fundamentos ideológicos e funcionais de legitimação do processo judicial é a mais importante tarefa a ser cumprida pelo processualista.

O processo judicial, além de constituir-se no instrumento de ações, de defesas e de exceções daqueles que demandam ou que são demandados em juízo, é também a instituição de ordenação das atividades dos juízes e dos tribunais⁷. É ele que estabelece as regras a serem observadas nos procedimentos; os casos em que deve haver declaração de impedimento e de suspeição

o processo. *Goldschmidt* tomava-o em exame a partir da sua dinâmica. Para ele, a ação coloca o juiz em uma situação na qual necessariamente ele precisa despachar a petição inicial. Citado o réu, este fica submetido a um sistema de ônus no qual deve contestar a demanda, pois sua inércia significa aceitar a narrativa do autor. Assim, encadeando atos e fases, o processo avança no tempo até o trânsito em julgado da decisão que deve ser proferida pelo juiz depois de encerrado o contraditório. Já *Guasp*, imaginou ser possível estudá-lo apenas como uma instituição criada pelo Estado para resolução de conflitos. Há, também, quem o tratasse como um conjunto de formalidades a serem cumpridas em juízo até tornar possível o julgamento da demanda (entre nós, *Alvaro de Oliveira*).

⁷ Em uma República, nenhum poder é maior que o do juiz. Suas decisões são fundamentadas unicamente na palavra. Basta dizer-se convencido de algo verdadeiro e legal para legitimar-se a emitir provimentos tutelados pela força bruta do Estado.



dos julgadores; as condições a serem observadas para higidez do material produzido para fundamentar decisões judiciais; as oportunidades e os momentos a serem assegurados às partes em conflito a fim de garantir que o processo contenha as informações que são necessárias para o efetivo conhecimento das ações e defesas, entre outras questões relevantes para os procedimentos processuais.

Como complexo de atos, o processo é imaterial. A sua materialidade são apenas documentos, declarações das partes e das demais pessoas envolvidas na demanda. Também não há fatos no processo, apenas relatos escritos ou orais a respeito de fatos que são trazidos ao processo por meio de narrativas de pessoas.

Portanto, não é possível falar em verdade no processo judicial. A verdade será sempre o resultado daquilo que ficar asentado no espírito do juiz, ou dos membros do tribunal, a respeito dos dados tomados em consideração a partir de documentos, ou dos relatos feitos pelas diferentes pessoas, utilizados como justificativa para acolher ou para rejeitar pretensões, exceções e para justificar provimentos de expropriação de bens ou a aplicação de penas em relação às partes do processo.

f) MATÉRIA E FORMA NOS JULGAMENTOS JUDICIAIS

O processo judicial tem início quando alguém, alegando encontrar-se em uma determinada posição, ou dizendo-se titular de direitos, dirige ao juiz uma manifestação formal na qual descreve relações entre pessoas e fatos, e apresenta uma pretensão. Há, em todo processo judicial, dois momentos: um material, em que são narrados fatos da natureza ou atos de pessoas e outro formal, em que são produzidas imputações jurídicas a serem utilizadas como fundamento para o acolhimento de pretensão.

No primeiro momento, o processo tem como matéria os dados do mundo natural veiculados na narrativa do autor, com o



propósito de constituir a verdade do processo. No segundo, o processo tem como objeto o ato de inteligência que atribui sentido às relações jurídicas descritas na ação, ou à forma pela qual o direito objetivo deve atuar em face da narrativa do demandante.

Assim, tomando-se em consideração a amplitude da cognição judicial, é possível perceber a existência de duas fases ou etapas lineares, sequenciais, nos pronunciamentos dos juízes e tribunais, que são constitutivos das bases da racionalidade utilizada para legitimar a função de julgar. O primeiro, que examina e decide sobre a matéria do processo e o segundo, que atua sobre a forma da imputação quando o órgão julgador explicita os fundamentos jurídico-rationais utilizados para produzir o provimento de atuação do direito objetivo do Estado em face das partes do processo.

g) DOS RECURSOS ORDINÁRIOS E EXTRAORDINÁRIOS

Os sistemas processuais tratam, de diferentes maneiras, a possibilidade de revisão das decisões de juízes e de tribunais no julgamento de demandas. No entanto, independentemente do modo de ordenação desses sistemas, em praticamente todos eles, há o direito da parte que for sucumbente em suas pretensões recorrer ordinariamente das sentenças que lhe forem desfavoráveis.

O direito de interpor recurso de decisões proferidas por juízes e tribunais no julgamento de demandas é resultado de um sistema que ficou conhecido como a garantia do duplo grau de jurisdição. Tal garantia assegura a todo litigante judicial o direito de recorrer de sentenças de primeiro grau, desfavoráveis aos seus interesses, simplesmente qualificando-as de ilegais ou de injustas.

Além da garantia ao duplo grau de jurisdição, há também a possibilidade da impugnação de decisões proferidas no



julgamento dos recursos de natureza ordinária. Nesse caso, o recurso não é mais fundado na alegação de injustiça da decisão, mas no argumento de que o recurso visa assegurar a intangibilidade do direito objetivo do Estado.

No primeiro sistema, o âmbito recursal é de natureza ordinária⁸, diz respeito ao direito subjetivo da parte e não há limites a respeito das matérias e dos temas que podem ser invocados para provocar novo julgamento. Já, no segundo, o âmbito da cognição é de natureza extraordinária⁹, diz respeito ao direito objetivo do Estado e a possibilidade de revisão da decisão fica restrita apenas a temas que se referem à amplitude e ao alcance das disposições do direito que incidiram sobre os fatos tomados como matéria no processo.

h) PROCESSO E COISA JULGADA

Coisa julgada é uma qualidade que se agrega a todo o pronunciamento definitivo proferido por juízes e tribunais por meio de processos regulares a respeito de matérias em relação às quais não seja mais possível impugnar por meio de recurso. De todas as instituições produzidas no processo para legitimar o uso do poder de fato do Estado, nenhuma é mais importante do que a da coisa julgada. É dela que emanam os comandos que permitem o uso da força bruta na execução de decisões proferidas em processos regulares.

A coisa julgada é uma instituição de natureza ideológica, técnica e política. É ideológica porque dirige às partes e à sociedade um pronunciamento judicial com a qualidade de ser imutável. É técnica porque estabelece o exato momento em que cessam os procedimentos de exame de demandas judiciais. Também é política porque encerra as atividades dos órgãos de Estado

⁸ Recurso de apelação nos processos civil, penal, eleitoral, militar e recurso ordinário no processo do trabalho.

⁹ Recurso extraordinário ao STF, recurso especial ao STJ, recursos de revista e de embargos ao TST, entre outros.



depois de serem definidas as posições subjetivas das partes em relação às pretensões e interesses em conflito, no âmbito do processo.

Embora possa parecer simples determinar o momento em que as decisões de juízes e de tribunais tornam-se definitivas, há casos em que essa questão oferece dificuldade. Como o processo, em sentido lato, é complexo de atos organizados no espaço que se desenvolve no tempo, um exame desatento poderia indicar que a coisa julgada ocorreria no instante imediatamente posterior ao do transcurso do prazo estabelecido em lei para a prática de ato com objetivo de impugnar as disposições de uma decisão judicial.

Todavia, o objeto do processo não se exaure apenas no exame das matérias veiculadas na pretensão do autor e nas exceções do réu. Ele é mais amplo do que isso. Do ponto de vista formal, por ser instrumento de poder do Estado, o processo tem a si mesmo como objeto e há exames que precisam ser feitos a respeito dos seus pressupostos e da sua constituição formal que estão de tal modo intrínsecos em sua substância que, havendo qualquer irregularidade em relação a eles, somente será possível tomar o processo como válido com a única finalidade de veicular a declaração da sua própria invalidade.

É o caso do requisito formal-substancial da investidura ou da capacidade subjetiva dos juízes. Em circunstâncias de serem instituídos tribunais de exceção, ou de o processo ser conduzido perante juízes subjetivamente engajados, comprometidos com o resultado da demanda, podem ter-se encerrado todos os prazos, ultrapassadas todas as fases, mesmo assim não será possível sustentar ter havido a coisa julgada no processo¹⁰.

Esse requisito é de tal relevância que, mal comparando, a parcialidade do juiz equivaleria à construção de um edifício sem o alicerce. Nesse caso, por mais majestosa que seja a obra,

¹⁰ E nem processo. No caso do juiz parcial, ou que abandona o fundamento da sua investidura para tornar-se justiceiro, engajado.



O CPC de 1973, diferentemente do que dispõe o código de processo civil atualmente em vigência, era explícito ao dispor que a coisa julgada somente ocorria quando houvesse o esgotamento dos recursos de natureza extraordinária.

Nos sistemas que adotam o princípio do duplo grau de jurisdição para ordenar o sistema de impugnação de decisões judiciais, quando o juiz decide e o tribunal reexamina em recurso ordinário a narrativa utilizada na fundamentação da demanda, uma etapa importante do processo encerra em definitivo de modo a não mais permitir que as partes controvertam sobre os dados do mundo tomados na fundamentação da decisão judicial. Com isso, algo novo, significativo, surge no processo: a coisa



julgada material.

A coisa julgada material é a parte da decisão que constitui a verdade do processo, uma ficção produzida racionalmente pelos juízes e por membros de tribunais ordinários, a partir dos documentos e das narrativas das pessoas que participam da relação processual. Isso serve como matéria para compor a primeira parte do silogismo utilizado pelo Estado na justificativa ideológica das decisões judiciais.

Embora a coisa julgada material encerre a discussão na demanda sobre os fatos, ela não põe fim ao processo. Nos casos em que houver recurso com objetivo de reexaminar a imputação jurídica da decisão, o processo se prolonga até que seja estabelecido, na demanda, e em definitivo, o âmbito de eficácia do direito objetivo do Estado.

Por isso, há necessidade de distinguir a coisa julgada material da coisa julgada formal, pois enquanto aquela é consequência de julgamento da matéria no recurso ordinário e é relativa aos dados do mundo da natureza, esta é o que resulta da decisão final a respeito da imputação jurídica produzida pelo juízo em relação aos dados do processo.

No primeiro caso, a decisão resolve em definitivo a controvérsia sobre fatos e, como o interesse tutelado é o direito subjetivo da parte, a coisa julgada ocorre depois de encerrada a oportunidade de reexame da decisão judicial em segundo grau de jurisdição¹¹. No segundo, como a deliberação tem por escopo resolver questões relacionadas ao sistema normativo e ao direito objetivo do Estado, a coisa julgada formal somente se consolida quando forem encerradas as oportunidades recursais estabelecidas em lei para tratar desse tema.

¹¹ Ciência é linguagem. Embora esteja consagrado o emprego da expressão “segunda instância”, que são diversas nos sistemas de organização piramidal do poder judiciário, trata-se de um erro grosseiro, pois confunde instância judicial com graus de jurisdição. Também, esperar o quê de uma época em que se usa, em todas as instâncias, e sem constrangimentos, inclusive em leis, expressões como “destrancar” ou “trancar” recursos!



j) CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como pode ser constatado até aqui, coisa julgada material e coisa julgada formal não podem ser confundidas, pois são temas com objetos distintos. Uma diz respeito à matéria conhecida no processo e a outra ao percurso lógico-racional deduzido a partir do sistema jurídico, pelo juízo, para decidir a respeito da demanda no processo.

Portanto, embora haja relevantes razões para não serem executadas sentenças antes do encerramento do processo, é preciso reconhecer que ao cessar as oportunidades de controverter sobre os fatos que fundamentam as ações judiciais, a parte mais significativa da demanda chega ao fim. Desse momento em diante, as presunções de inocência do acusado, da ausência de culpa, de dolo, desaparecem e já não é mais possível negar, no processo, a base material que fundamenta a ação do Estado na persecução penal.

Por óbvio que, como ocorre em tudo o que envolve o homem, há situações excepcionais a serem consideradas, como os casos em que pendam recursos que digam respeito a fraudes processuais, dolo do julgador, entre outros, envolvendo as garantias em julgamentos e sobre a regularidade do processo judicial. Mas o certo é que a execução de sentença judicial, depois de encerradas as oportunidades recursais da instância ordinária, não ofende o que dispõe o art. 5º, LVII¹², da Constituição Federal, tendo em vista que, salvo os casos aqui registrados, a sentença penal condenatória transita materialmente em julgado logo após o julgamento do recurso de apelação.

¹² Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.



A CRISE DA DEMOCRACIA EM TEMPOS DE COVID-19: POSSÍVEIS PERSPECTIVAS A CAMINHO DE ESTABILIDADE SOCIAL E ECONÔMICA NA PÓS-MODERNIDADE

Pedro Coelho Marques*

Resumo: O mundo se viu em choque quando uma doença viral espalhou-se rapidamente. Dessa rápida propagação, resultaram crises econômicas, sanitárias e sociais, bem como foi dada a oportunidade de reflexão sobre o que nos leva a tais crises. A democracia se vê em crise já há algum tempo, e, como outros campos, também se viu afetada pela COVID-19. No presente trabalho, pretende-se expor argumentos a partir dos quais se vislumbra um futuro no qual crises como a que se apresentou não impactem tanto na sociedade de forma geral. Na direção desta mudança, alguns fatores como o sistema sob o qual se submete a sociedade, a dificuldade em lidar com a globalização e a agressividade com que se age perante os recursos naturais são levados em conta quando da tentativa de elaboração de proposições aptas a mudar este panorama. A democracia na pós-modernidade tem seu papel acentuado quando se percebe a importância dessa mudança, no sentido de que a participação popular deve ser calcada na solidariedade, na sustentabilidade e na proteção dos bens finitos e dotados de economicidade. Para a elaboração do trabalho utilizou-se o método indutivo operacionalizado pela técnica de revisão bibliográfica.

Palavras-Chave: Democracia. COVID-19. Pós-modernidade. Sustentabilidade.

* Mestrando em Direito pela Universidade Federal de Pelotas. Graduado em Direito pela Universidade Federal de Pelotas. Advogado.



THE DEMOCRACY CRISIS IN TIMES OF COVID-19: POSSIBLE PERSPECTIVES FOR SOCIAL AND ECONOMIC STABILITY IN POSTMODERNITY

Abstract: The world was in shock when a viral disease spread rapidly. This rapid spread resulted in economic, health and social crises, as well as the opportunity to reflect on what leads us to such crises. Democracy has been in crisis for some time, and, like other fields, it has also been affected by COVID-19. In the present essay, it is intended to expose arguments from which a future is envisaged in which crises such as the one presented do not have as much impact on society in general. For this change, some factors such as the system under which society is subjected, the difficulty in dealing with globalization and the aggressiveness with which it acts in relation to natural resources are taken into account when trying to elaborate proposals capable of changing this panorama. Democracy in post-modernity plays an important role when one realizes the importance of this change, in the sense that popular participation must be based on solidarity, sustainability and the protection of finite and endowed goods. For the elaboration of the work, the inductive method used by the literature review technique was used.

Keywords: Democracy. COVID-19. Postmodernity. Sustainability.

INTRODUÇÃO



 anseio pelo desenvolvimento em nome do lucro e do poder norteiam o sistema que rege a sociedade no mundo contemporâneo. Usualmente, esse anseio traz consigo propriedades que, por si sós, têm suas consequências verificadas no modo através do qual o Estado se estrutura e o povo se organiza.



O que se pretende no presente estudo é rever problemas que desencadeiam crises no mundo, e em especial na América do Sul, como também propor e estudar possíveis alternativas que se constatem viáveis para um desenvolvimento social praticável, sem que para isso sejam necessárias permanentes conjunturas caóticas, quaisquer que sejam seus cernes e motivos. Para isto, é essencial que se analise a democracia e os sistemas que estruturaram os Estados.

A partir do que se tem por democracia pós-moderna, destaca-se suas características, influências e consequências. Conquanto não se pretenda definir a democracia como um simples conceito, vez que o termo se demonstra interpretativo por natureza, a COVID-19 e a crise — principalmente econômica — que se instalou com a pandemia gerada pela rápida expansão da doença ao redor do globo, oportuniza uma reflexão sobre o sistema sob o qual a vasta maioria do mundo se submete. Tal sistema é basicamente fundado na concentração de riqueza e na exploração do homem pelo homem, fatores que acarretam uma crise eterna.

Na tentativa da elaboração de alternativas viáveis, levando em consideração aspectos do meio ambiente como a ecologia, o ecossocialismo, a sustentabilidade e o *buen vivir*, bem como aspectos econômicos que alicercem o convívio social equilibrado, como a adoção pelos Estados de atos transnacionais, o presente estudo expõe teorias e reflexões das quais se retira pontos centrais e se produz, conforme dito, novas possibilidades.

No entanto, é certo que as proposições aqui expostas não se encontram livres de limitações e incertezas — estas últimas, principalmente, pela dificuldade que se tem em implementar sistemas não aceitos por grande parcela das populações —, vez que se tratam de apresentações destacadas e concluídas a partir das teorias e questões sociais e econômicas levantadas no decorrer do trabalho.



Para a elaboração do trabalho utilizou-se o método indutivo operacionalizado pela técnica de revisão bibliográfica. O artigo está estruturado em três partes: na primeira, avalia-se a democracia em seu aspecto pós-moderno; na segunda, expõe-se a democracia ambiental, o ecossocialismo e suas relações com a COVID-19; a terceira é direcionada à democracia na América do Sul e suas especificidades a partir do olhar descolonial, principalmente conforme exposto por Dussel em sua Filosofia da Libertação.

1. CRISE DA DEMOCRACIA E PÓS-MODERNIDADE

Cunhada como "mito" por Dussel (1993), a modernidade clássica é considerada por Deleuze & Guattari (1997, p. 33) como um espaço rugoso, e sendo assim pode ser comparada metaforicamente com um tecido de estrias horizontais e verticais. No mesmo sentido, o complemento é feito por Bauman (2001, p. 33) quando a classifica como “pesada”, “sólida”, “condensada” e “sistêmica”.

Ainda que não se tenha consenso quanto ao marco e as circunstâncias, com o passar do tempo as mudanças civilizacionais ocasionaram a transformação do cenário para o que se tem por pós-modernidade. Sobre essa sutil transição, argumenta-se que não seria uma completa destruição da modernidade para adotar-se a pós-modernidade em seguida. Houve, isto sim, uma manutenção das bases da primeira, com uma tomada de consciência de suas limitações, para o desenvolvimento da segunda a partir, em verdade, dos postulados da modernidade (ALMEIDA, 2006, p. 6).

Acompanhando o raciocínio exposto, que preza pela manutenção do alicerce posto pela modernidade, adota-se no presente trabalho a perspectiva em que a transição da modernidade para a pós-modernidade é melhor traduzida quando da modificação da noção de “sujeito”, alinhado ao teorizado por Descartes



Com a difusão do modelo de Estado-nação, começou-se



a retratar, segundo Habermas (2000, p. 13), o Estado Democrático de Direito, baseado na democracia como núcleo universalista fundamental, e, sob uma democracia denominada “liberal”, iniciou-se — fidedignamente aos ideais liberais — um projeto de garantia de igualdade formal e liberdade de atuação econômica.

Ocorre que a democracia, conforme analisado aqui, não demonstrava os atributos de um instituto que pretenda ser global e acolhedor, basta que se perceba o fato de diferentes grupos, cada qual com seus objetivos igualmente distintos, não terem vez ou voz para exercerem seus anseios. Tal situação origina uma crise de representatividade. Chauí (2001, p. 212) ressalta que “[...] seria preciso que as diferenças de classe e de grupos interferissem diretamente nas decisões, o que supõe, pelo menos, igualdade de participação e não de representação.”

Com a dominação social e cultural exercida através dos diversos meios ligados ao capitalismo global durante um período de transição do Estado Liberal para o Estado Social, passando de um *laissez-faire* a um Estado-providência (NOVAIS, 2006), o poder administrativo passa a ser o principal executor e produtor das normas estatais, motivo pelo qual a democracia atinge um status de suma importância ao definir os responsáveis pelos atos da administração pública.

A democracia tem como essência a pressuposição de igualdade e, importa ressaltar, não tem como consequência direta o sufrágio universal. Por isso, é salutar que se compreenda que o movimento democrático, no sentido que Rancière (2014, p. 55) menciona, compreende um duplo movimento de transgressão de limites, atuando um deles no sentido de estender a igualdade do homem público a outros domínios da vida comum e, em particular, a todos que são governados pela ilimitação capitalista da riqueza, também um movimento que procure reafirmar o pertencimento dessa esfera pública incessantemente privatizada a todos.



Ao abordar a democracia e a transição da modernidade para a pós-modernidade, Santos (2012, p. 83) menciona que a sociedade moderna sustenta-se sobre dois pilares²: o da regulação e o da emancipação. Segundo o autor, o problema da democracia estaria em suma contido no encobrimento do pilar da emancipação pelo pilar da regulação dado nas sociedades capitalistas. Neste sentido, deve ser intentada, portanto, uma nova teoria da democracia, que leve em conta a possibilidade de reconstrução do conceito de cidadania e abarque os indivíduos excluídos por qualquer que seja o motivo. Ao desenvolver este ponto, o autor, de forma clara, expõe uma tensão entre democracia e capitalismo.

Levando em conta especialmente o problema que classifica como a crise de representatividade — eis que esta última é tida em modelos de democracia como a única solução possível em democracias de grande escala, causando assim a ausência de identidades minoritárias nos parlamentos e a consequente dificuldade de reconhecimento de direitos —, percebe-se que Santos (2003, p. 50-51) propõe uma teoria contra-hegemônica de democracia, que teria como cerne uma mudança no critério de participação política, que passaria a ser uma efetiva articulação entre democracia representativa e democracia participativa, o que demandaria uma ressignificação que abranja a superação da democracia enquanto mero e simples ato de votar. Um movimento neste sentido representa uma ressignificação do real sentido da democracia quando posta dentro do panorama atual da sociedade.

² O primeiro (regulação) seria constituído pelo princípio do Estado (teoria de Hobbes), pelo princípio do mercado (incurso por Locke) e pelo princípio da comunidade (presente em Rousseau). Por sua vez, o pilar da emancipação (o segundo pilar) seria constituído por três “lógicas da racionalidade”, a saber: (1) a racionalidade estético-expressiva da arte de da literatura, que estaria ligada diretamente ao princípio da comunidade no pilar da regulação; (2) a racionalidade moral-prática da ética e do direito, que se articularia com o princípio do Estado; e (3) a racionalidade cognitivo-instrumental da ciência e da técnica, que seria ligada privilegiadamente com o princípio do mercado (SANTOS, 2012, p. 83)



Impende ressaltar, em adição ao que foi exposto, que Santos (2003, p. 51), a partir da teoria contra-hegemônica, pretende o cânone democrático para além do que se concebe com a democracia liberal, o que demonstra sua simpatia — ainda que com ressalvas — à Habermas (2000), que aposta em um projeto incompleto da modernidade, o qual poderia, a qualquer momento, ser completado.

A hegemonia do sistema capitalista desencadeia fatores que o tornam "não suficientemente democrático", fato que faz com que se pense, segundo Santos (2012, p. 270), em "uma ruptura, ou melhor, uma sucessão de micro-rupturas que apontem para uma ordem social pós-capitalista".

Ressalte-se que não se pretende aqui definir a democracia como um simples conceito, vez que o termo se demonstra interpretativo por natureza. Inúmeras elaborações de diversas concepções são possíveis quando da análise da democracia. Em uma dessas interpretações, Mann (1938, p. 21) afasta da democracia sua adoção enquanto governo do povo, ou majoritário. O autor, inclusive, alerta para o fato de que se assim procedermos, estaremos aproximando a democracia do fascismo.

A partir de 1974 instaurou-se o que Huntington (1993) se refere como a terceira onda da democratização. Naquele ano, segundo Diamond (2015, p. 141), apenas 30% dos Estados independentes, no mundo, praticavam a democracia eleitoral. No ano de 2006, este percentual subiu para 60%, retratando um aumento significativo, principalmente quando consideramos a dificuldade de transformação de uma sociedade ao longo de um curto período histórico.

A partir de 2006, percebe-se o que Diamond (2015, p. 144) chama de recessão democrática, a que ele atribui a quatro fatores: a aceleração das taxas de colapsos democráticos; o declínio da qualidade e da estabilidade da democracia em importantes países emergentes; o autoritarismo que se aprofundou em grandes países; a diminuição da promoção da democracia por



parte de países como os Estados Unidos da América no cenário internacional.

Seguido a isto, e paralelamente corroborando tal tese, obras sobre a crise pela qual a democracia passa foram agraciadas com grande interesse público, fazendo com que o tema ganhasse notoriedade popular durante os últimos anos³. Neste trabalho, o que se pretende é dar uma leitura atual e alternativa à democracia conforme a temos em tempos atuais, os quais são permeados pelas incertezas ocasionadas pela ação humana, da qual o último grande acontecimento se demonstra através da pandemia do vírus que ocasiona a COVID-19⁴.

2. DEMOCRACIA AMBIENTAL, ECOSSOCIALISMO E A COVID-19

A Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, ocorrida no Rio de Janeiro em 1992 deixou postos 27 princípios básicos para a concretização do desenvolvimento sustentável global. Dentre eles, destaca-se no presente trabalho o de número 10, que dispõe:

A melhor maneira de tratar as questões ambientais é assegurar a participação, no nível apropriado, de todos os cidadãos interessados. No nível nacional, cada indivíduo terá acesso adequado às informações relativas ao meio ambiente de que disponham as autoridades públicas, inclusive informações acerca de materiais e atividades perigosas em suas comunidades, bem como a oportunidade de participar dos processos decisórios. Os Estados irão facilitar e estimular a conscientização e a participação popular, colocando as informações à disposição de todos. Será proporcionado o acesso efetivo a mecanismos

³ e.g. "Como as democracias morrem", de Steven Levitsky e Daniel Ziblatt e "O povo contra a democracia", de Yascha Mounk.

⁴ Também conhecido como Coronavírus, o vírus já contaminou, até o momento da elaboração da pesquisa (13 de junho de 2020), mais de sete milhões de indivíduos e causou a morte de aproximadamente 400 mil pessoas ao redor do mundo (OMS, 2020). O único método de combate ao vírus comprovadamente eficaz, até o momento, é o isolamento social.



judiciais e administrativos, inclusive no que se refere à compensação e reparação de danos (ONU, 1992).

O princípio dá aos Estados a possibilidade de garantir aos cidadãos a participação efetiva nas questões ambientais, com a facilitação e a estimulação da conscientização da população. Com a positivação desse princípio, portanto, sinalizou-se a vinculação da democracia com o meio-ambiente, de forma a apontar a efetiva participação popular na temática ecológica como fundamento a ser seguido pelo Estado.

A democracia ambiental, por si só, concentra os pressupostos do princípio apresentado, e quando se analisa o binômio democracia-meio-ambiente, conforme Sampaio (2018, p. 150), se projeta a reciprocidade do fazer democrático para dentro das deliberações sobre meio ambiente. Ao mesmo tempo, ecologiza-se a democracia. Isso porque de um lado percebe-se a legitimação dos processos decisórios sob pena de não serem eficazes, e de outro lado, tem-se uma elevação de importância das questões ambientais no processo de escolha política da sociedade.

Em tempos de crise, como o que foi apresentado pela pandemia da COVID-19, costuma-se considerar suas possíveis causas, meios de alívio e prováveis consequências. Através deste exercício, é possível que se pense no porquê de uma crise afetar tão fortemente a sociedade. Deve-se, para tanto, ter em mente que pelo fato de ser necessário o isolamento social, pelas mortes ocorridas e pelo medo que se instaurou, é inevitável que a economia sofra um baque que se imagina sem precedentes. A Comissão Econômica para a América Latina e o Caribe - CEPAL (2020, s/p) estima uma contração regional média de -5,3% na região que abrange América Latina e Caribe. Este número seria comparável com as médias da Grande Depressão de 1930 (-5%) ou do ano de 1914 (-4,9%), quer dizer, de um período de 100 anos atrás.

Sobre essa questão, percebe-se a emergência de um fator



destacado por inúmeros autores⁵, qual seja a dependência da sociedade apoiada majoritariamente no sistema econômico capitalista, com poucas exceções de espaços territoriais nos quais procura-se manter sistemas não baseados na propriedade privada e na acumulação do capital.

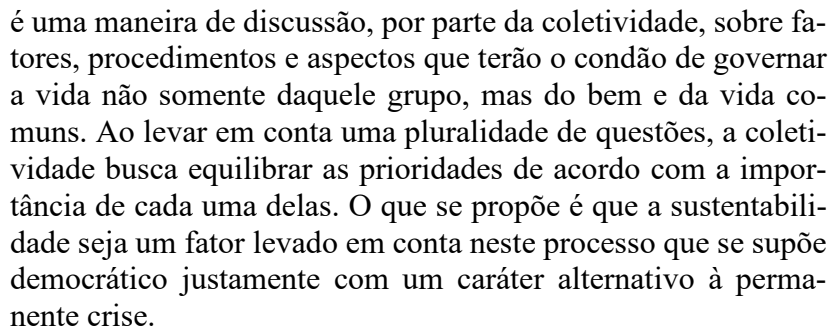
O impacto de uma crise sanitária como a gerada pela COVID-19, em consonância com o anteriormente exposto, é maximizada não somente pela dependência da sociedade em relação ao capitalismo, como também pela falta de opções de um indivíduo quando assolado por situações que o atingem de maneira a colocar em cheque sua subsistência, que costuma depender de seu esforço pessoal e individual.

Neste sentido, Santos (2020, p. 14) aduz que o capitalismo pode, sim, subsistir. Uma subversão total para outro sistema não seria sequer recomendável, qualquer que seja, mas sim da subsistência do capitalismo enquanto um dos sistemas econômicos de produção, distribuição e consumo, não como o único e, muito menos, como aquele que dita a lógica da ação do Estado e da sociedade. O modelo de negócio do capital põe de lado qualquer lógica de serviço público e ignora princípios como os da cidadania e dos direitos humanos, que estão intrinsecamente conectados à democracia.

Pensando na lógica da democracia ambiental, pode-se perceber a exploração dos recursos ambientais justamente pelo modelo capitalista, que tem na pandemia, segundo Santos (2020, p. 15), sua clara manifestação, a qual leva, inevitavelmente, à situações de catástrofes ecológicas. O autor diz, ainda, não estarmos em uma situação de crise claramente contraposta a uma situação de normalidade, mas sim que a crise — ainda que aparentemente estejamos frente a um oxímoro — se sobressai atualmente com um caráter de permanência (SANTOS, 2020, p. 4).

Importa ressaltar que em um sentido geral, a democracia

⁵ e.g. ŽIŽEK, Slavoj (2020); SANTOS, Boaventura de Sousa (2020); WRIGHT, Erik Olin (2019).



O que deve ser entendido no caminho para esta possível solução ambiental democrática é que, conforme expõe Lenzi (2009, p. 23), é necessário que se considere a sustentabilidade como um bem público. Tratando de recursos comuns — acessíveis, ao menos em tese, a todos os membros da sociedade — a democracia ambiental pode proporcionar o pluralismo necessário para que seja possível pensar em um futuro sustentável.

Para que as proposições não parem na barreira de um mero aforismo, deve-se atentar para o que Jacobs (1997, p. 25) propôs como impedimento de decidir de maneira a ameaçar a sustentabilidade. Isto quer dizer que a sustentabilidade deve ser alçada a condição semelhante à que detêm os direitos humanos no debate democrático. Desta forma, a democracia passaria a ter a sustentabilidade como condição para a prosperidade.

De fato, não parece simples a tarefa de se pensar a democracia em uma via ambiental e ecológica, e muito disto se deve a um fator de razoável facilidade de entendimento: o interesse da elite. Chomsky (2017, p. 84) afirma que no mundo real impera uma norma que se traduz em uma aversão das elites pela democracia. Só há o apoio à democracia por parte dos mais poderosos quando seus próprios interesses são também envolvidos e homenageados, pelo que, caso contrário, possivelmente a medida restará condenada ao desproveito.

Seguindo esta linha de raciocínio, se revela difícil pensar que uma elite comandada pelo capital, focada no lucro, possa



agir em consonância com uma agenda que mire a conservação dos recursos naturais, constantemente atingidos e usados no interesse dos mais poderosos para a manutenção do *status quo*.

No mesmo sentido, afirma Habermas (2000) que o capitalismo é o dono da cena política desde os anos 1980, de maneira que a contraposição do regime capitalista à democracia é um dos objetos que o autor explorou com mais afinco em suas contribuições. Alinhando-se a uma posição marxista, Habermas (2000, p. 50) defende que a crise — que invariavelmente será ocasionada por regimes capitalistas, influencia na organização da sociedade e gera acumulação — deve ser legitimada através do sistema político.

Ao analisar o pensamento habermasiano e o debate sobre a questão, Pereira (2015, p. 307) dispõe que as crises do capitalismo contemporâneo devem ser aprofundadas, mas que isso não pode ocorrer sem uma renovação de seu diagnóstico. Há, no entanto, segundo Pereira (2015, p. 303), que se ter em mente que talvez esta tensão entre o capitalismo e a democracia seja irremediável e caminhe inevitavelmente para o desenvolvimento de um modelo normativo no qual os dois princípios sociais sejam equilibrados.

Com as ideias expostas, podemos considerar como alternativa às crises identificadas, "um modelo que consagra uma política econômica visando às necessidades sociais e ao equilíbrio ecológico e, portanto, se funda em critérios não-monetários e extra-econômicos" (LÖWY, 2009, p. 35-36). O ecossocialismo, que se fundamenta no movimento ecológico e na crítica marxista à economia política, aborda a questão ecológica, que para Löwy (2014, p. 41) é o grande desafio para a renovação do pensamento marxista no século XXI.

Enquanto crítica à ecologia de mercado, procura fundar uma nova sociedade em valores como "a racionalidade ecológica, o controle democrático, a igualdade social e a supremacia do valor de uso sobre o valor de troca" (O'CONNOR, 1998, p.



286). Adicione-se aqui as contribuições de Löwy (2009, p. 36) a tais fundamentos, eis que o autor menciona também como meios de se chegar ao objetivo, os seguintes:

- a) a propriedade coletiva dos meios de produção (o termo “coletivo” aqui significa propriedade pública, comunitária ou cooperativa), b) um planejamento democrático que possa permitir à sociedade a possibilidade de definir seus objetivos no que concerne ao investimento e à produção e c) uma nova estrutura tecnológica das forças produtivas.

Com a finalidade de simplificar o que expõe, o autor coloca a transformação como de cunho revolucionário social e economicamente. De fato não se pode imaginar as transformações ecológicas que se pretende verem concretizadas quando se pensa em uma ideia conjunta aos efeitos da dinâmica capitalista como a expansão ilimitada do capital e a acumulação contínua dos lucros. O meio ambiente inevitavelmente será atingido pelo produtivismo enquanto o antropocentrismo for a lógica massivamente dominante.

Para que o panorama de mudança seja possível, todavia, é necessária uma transição acompanhada de algumas especificidades. Segundo Löwy (2009, p. 37), se a mudança das formas de propriedade não for seguida por uma gestão democrática e uma reorganização ecológica do sistema de produção, um impasse será instaurado.

Pode-se pensar em um planejamento democrático⁶ no qual conste uma perspectiva de mudança. No entanto, ainda que o povo tome consciência de que com maior racionalidade nas decisões democráticas, poderá cometer erros e fazer más escolhas. Neste ponto, há de se ressaltar, como lembra Löwy (2009, p. 42), que os próprios especialistas também o fazem, motivo pelo qual este não deve ser um impedimento para a construção de uma nova sociedade.

⁶ Segundo Löwy (2009, p. 38), é condição indispensável não somente para responder às exigências da justiça social, mas também para assegurar o apoio da classe operária, sem o qual o processo de transformação estrutural das forças produtivas não pode ser efetuado.



Por estar inserido no ambientalismo, constituindo-se como uma de suas vertentes, o ecossocialismo aplica o socialismo às questões protecionistas do meio ambiente, e tem sua transição colocada como uma transformação qualitativa do desenvolvimento das forças produtivas. A partir dessa concepção é possível “colocar fim ao desperdício monstruoso de recursos provocado pelo capitalismo, o qual está fundado numa produção em grande escala de produtos inúteis e/ou danosos” (LÖWY, 2009, p. 45).

Não é difícil concluir que através do ecossocialismo planeja-se delimitar uma oposição ao capitalismo. No entanto, Löwy (2009, p. 49) deixa claro que a utopia que conecta o socialismo à ecologia traduz-se como uma possibilidade objetiva, não como um resultado inevitável das contradições capitalistas. Trata-se de um debate para que seja possível abranger uma evolução gradual e comedida.

A democracia direcionada ao atendimento da proteção aos bens finitos e dotados de economicidade detém merecido protagonismo no necessário debate que se propõe através desta pesquisa, envolvendo inclusive o acesso à justiça, tema que se conecta intrinsecamente com a democracia pós-moderna.

Neste sentido, a Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento expõe um direito substantivo a um meio ambiente equilibrado e sustentável, representando mais do que meramente um norte ou uma estratégia de desenvolvimento, mas também uma espécie de "reconhecimento da dimensão processual do direito, por meio do acesso à informação, à participação e à Justiça ambiental" (SAMPAIO, 2018, p. 158).

3. UMA PERSPECTIVA SUL-AMERICANA: SUSTENTABILIDADE E TRANSNACIONALIDADE

Fritjof Capra (1982, p. 22) conecta a deterioração ambiental com um correspondente aumento nos problemas de saúde



dos indivíduos, em uma relação de causa e efeito. O autor profeticamente diz, há aproximadamente 40 anos, que as doenças nutricionais e infecciosas predominam no terceiro Mundo e, nos países industrializados, o protagonismo é das doenças crônicas e degenerativas. Acompanhando o que salientou o autor à época, a pandemia da COVID-19 direciona seus piores efeitos aos mais vulneráveis — isto porque negros tem maior propensão a morrerem por causa da doença (GOES; RAMOS; FERREIRA, 2020, p. 3) —, motivo pelo qual devemos voltar nossa atenção ao fato de que a pandemia é acentuada pelos efeitos da globalização que, sobremaneira, se demonstram nocivos ao meio ambiente.

Dentro do contexto exposto, Cruz (2008, p. 262) ressalta os riscos aos quais se expõem o ecossistema global e a futura evolução da vida no planeta, eis que o perigo que correm aumenta proporcionalmente aos interesses de Estados que consolidaram-se como sociedades civis do Estado Constitucional Moderno e se utilizam do capitalismo e do liberalismo econômico para sustentar pretensos avanços. Tal linha de atuação pode resultar em um desastre ecológico em grande escala, impossível de ser remediado ou reconstruído. Tudo em nome da centralização dos interesses no antropocentrismo e, conforme dito, no liberalismo econômico.

A partir disto, pode-se pensar em uma possível alternativa a partir da transnacionalização e do direcionamento a uma atuação mais abrangente da democracia, que inclua um sistema que demonstre mais pertencimento de seus atores, em oposição à característica que Cruz (2008, p. 260) atribui à democracia representativa moderna: um “sistema frio”.

Para isto, é necessário que se olhe para os movimentos descoloniais desenvolvidos por filósofos sul americanos que enfrentam em seus estudos perspectivas que compreendem o imperialismo que atuou sobre a América Latina e analisam seus efeitos, para que só assim seja possível visualizar a democracia



em um novo panorama não somente no continente, mas também no mundo.

A necessidade de uma tomada de consciência que possibilite a libertação é exposta por Dussel (1977, p. 5) como fator indispensável ao indivíduo latino-americano. Ocorre que, segundo ele próprio, a vítima é explorada em um sistema em que, ao mesmo tempo, a educa para ser conivente com tal exploração, o que por si só tem o condão de impossibilitar a necessária libertação.

De acordo com esta narrativa, como é possível concretizar a democracia enquanto conceito que abranja aspectos multi-culturais e pluralistas e o fato de que considera-se o povo latino-americano como “anormal”, em oposição ao povo europeu que seria “normal”? Esse pensamento, de destruição do “outro”, em alta nos tempos atuais⁷, vincula-se ao que Dussel (1993, p. 15) salienta como um movimento imoral, e engloba ainda outros povos como os asiáticos, índios, africanos, etc. É a negação do “outro” em sua essência.

A realidade latino-americana é retratada na Filosofia da Libertação de Dussel, vez que através dela podemos vislumbrar um horizonte alternativo ao histórico de violência ao qual seu povo esteve submetido e que o acompanha até os dias atuais. Desde a formação do que temos por Estado, o povo latino-americano foi silenciado, tanto no que diz respeito à formação do conhecimento quanto das estruturas de poder.

Importa, da mesma forma, adicionar ao exposto as lições de Santos (2010, p. 38) quando menciona o sul global — dominado e oprimido ao longo da história pelo capitalismo e pelo colonialismo — como uma zona povoada por quem teve uma lógica de exclusão aplicada contra si. A divisão, feita pelo que ele chama de linha abissal, atribui ao sul global uma negação

⁷ Basta que se olhe para discursos elaborados por parte de governos e atos de órgãos governamentais que, direcionados à parcelas específicas da população, geralmente mais vulneráveis e minoritárias, sistematicamente as excluem do debate público e, consequentemente, diminuem seu poder de atuação na sociedade.



radical, com ausência de humanidade e sub-humanidade moderna.

A democracia amparada nos ideais de libertação da dominação conforme relatados, vão ao encontro do que propõe Löwy (2009, p. 46) através do ecossocialismo. Segundo o autor,

O odioso sistema atual da dívida e da exploração imperialista dos recursos do Sul pelos países capitalistas e industrializados daria lugar a um ímpeto de apoio técnico e econômico do Norte em direção ao Sul. Não haveria nenhuma necessidade – como parecem acreditar alguns ecologistas puritanos e ascéticos – de reduzir, em termos absolutos, o nível de vida das populações européias ou norte-americanas. Seria necessário simplesmente que essas populações se livrassem de produtos inúteis, aqueles que não satisfazem nenhuma necessidade real e cujo consumo obsessivo é sustentado pelo sistema capitalista. Reduzindo seu consumo, redefiniriam a noção de nível de vida para dar lugar a um modo de vida que é na realidade mais rico.

Em verdade, não é necessário que adotemos as posições possivelmente tidas como mais radicais de Žižek (2020, p. 8), que diz precisarmos de solidariedade incondicional e de uma resposta globalmente coordenada, o que seria, para ele, uma nova forma do que certa vez se chamou de comunismo.

Podemos encontrar diversos pontos de contato entre ecossocialismo, a necessária libertação e o pensamento abissal com um conceito que tem raízes definidas e intrinsecamente ligadas aos povos latino-americanos: o *buen vivir*. Tal conceito é tido como um objetivo em busca de uma nova forma de convivência cidadã em diversidade e harmonia com a natureza. Consta, inclusive, na Constituição do Equador, promulgada em 2008. Enquanto norte para o desenvolvimento nacional sustentável, o *buen vivir* se destaca como possibilidade à "democratização da democracia", como pretende Santos (2003).

Nos termos do exposto, urge que se pense na construção, ou reconstrução, do que se tem por um bem comum e do que se percebe como o sentido de viver em sociedade. Para que se pense em chegar ao possivelmente utópico objetivo

mencionado, Cruz (2008, p. 259) propõe que ocorra uma reabilitação do político, do social e do cultural contra a hegemonia da razão econômica. Neste sentido, é necessária uma configuração do Poder Público de maneira a englobar termos regionais, mundiais e transnacionais, a incluir todas as pessoas, sem exceção ou distinção, como detentoras de um mínimo de bem-estar.

Para chegarmos em tal ponto, a teoria da democracia não necessita de uma reinvenção, mas sim de uma reorientação. Através desse processo, a democracia se demonstrará mais robusta, sendo que a aparência formal de comunidade passa a dar lugar à sua própria materialidade. Neste sentido, Cruz (2008, p. 261) afirma que esta Sociedade Democrática Global a ser criada, "deve ser pautada nas diferentes concepções humanas, baseada na paz, na preservação da vida, na justiça social, no acesso de todos ao bem-estar".

Em que pese o reforço da soberania e de Estados em tese mais fechados, a confiança entre os países é importante no momento de crises globais, e os cidadãos precisam confiar nos poderes públicos. Ao ultrapassar a barreira de Estados fechados e o sentimento de nacionalismo — que certamente foram fortalecidos com a incidência da crise gerada pela disseminação da COVID-19, vez que os discursos populistas e a aproximação da população em solidariedade ao momento delicado —, construindo uma possibilidade de Poder Público pós-moderno, este sim verdadeiramente democrático, a elaboração de um modelo que substitua o atual, que exclui e concentra riquezas, pode, na verdade, colaborar para que o meio ambiente seja preservado e crises como a que a pandemia originou possam ser contornadas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Considera-se neste trabalho que a democracia é inatingível quando não prepondera a ideia de que entre os governados e os governantes devem existir instituições intermediárias, e.g.



imprensa livre, associações, sindicatos, poderes judiciário e legislativo, partidos políticos e entidades não governamentais. A crise da democracia passa justamente pelo enfraquecimento destes órgãos, que vêm sendo constantemente atacados por líderes de países como o Brasil⁸, os Estados Unidos da América⁹, a Turquia¹⁰ e Hungria¹¹. Estas nações vem sendo consideradas por pesquisadores como países ocupantes de uma “zona cinzenta” democrática, eis que neles foram instauradas verdadeiras autocracias.

O fato é que, conforme exposto no texto, é difícil pensar que em uma conjuntura que consagra a elite comandada pelo capital, focada primordialmente no lucro, aja em consonância com uma agenda que mire a conservação dos recursos naturais, meio que é constantemente atingido e usado no interesse dos mais poderosos para a manutenção do status quo. Neste sentido seria necessária uma mudança no sistema de estruturação da sociedade.

Não parece haver utilidade nas transformações ecológicas se estas forem utilizadas como manobras para a conservação da dinâmica capitalista de destruição não somente do meio ambiente, senão também do “outro”, tido como inimigo. Nesta conjuntura, o meio ambiente inevitavelmente será atingido pelo produtivismo enquanto o antropocentrismo for a lógica massivamente dominante.

Conforme foi ressaltado, é possível que se pense em um planejamento democrático que contenha uma perspectiva de mudança a partir das decisões democráticas do povo, vez que quando tais escolhas são confrontadas com as decisões dos especialistas, percebe-se que tanto umas quanto outras são

⁸ <https://www.poder360.com.br/governo/bolsonaro-manda-reporter-calar-a-boca-e-diz-que-nao-interferiu-na-pf/>

⁹ https://brasil.elpais.com/brasil/2017/07/01/internacional/1498917523_477827.html

¹⁰ <https://www1.folha.uol.com.br/mundo/2018/06/imprensa-livre-sofre-com-repressao-de-erdogan-e-vira-animal-raro-na-turquia.shtml>

¹¹ <https://internacional.estadao.com.br/noticias/nytiw,destino-de-site-de-noticias-da-hungria-mostra-como-uma-imprensa-livre-morre,70002641825>

Ao considerar a possibilidade de Poder público pós-moderno, se pode pensar em um modelo que, em substituição ao atual, deixe de ser excludente e encorajador da acumulação de riquezas e caminhe na direção da preservação do meio ambiente e, conseqüentemente, de uma maneira mais estável de se viver frente a iminência de crises como a que a COVID-19 desencadeou.



ALMEIDA, Onésimo Teotónio. Modernidade, pós-



- modernidade e outras nublidades, Cultura, Vol. 22, 2006. Disponível em <http://journals.openedition.org/cultura/2147>. Acesso em 30 mai. 2020.
- BAUMAN, Zygmunt. Modernidade Líquida. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001
- CEPAL. Pandemia de COVID-19 levará à maior contração da atividade econômica na história da região: cairá -5,3% em 2020. Disponível em: <https://www.cepal.org/pt-br/comunicados/pandemia-covid-19-levara-maior-contracao-atividade-economica-historia-regiao-caira-53>, acesso em 23 mai. 2020.
- CHAUÍ, Marilena. Convite a Filosofia. São Paulo: 12ª Ed Editora Ática, 2001.
- CHOMSKY, Noam. Quem manda no mundo? tradução Renato Marques. 1. ed. São Paulo: Planeta, 2017.
- CRUZ, Paulo Márcio. Democracia e pós-modernidade. Pensar, Fortaleza, v.13, n. 2, jul./dez., 2008.
- DELEUZE, Gilles. & GUATTARI, Felix. Mil Platôs: Capitalismo e Esquizofrenia, vol. 5. São Paulo: Editora 34, 1997.
- DESCARTES, René. Discurso do Método. Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1996.
- DIAMOND, Larry. Facing Up to the Democratic Recession. Journal of Democracy, 26, 2015.
- DUSSEL, Enrique. Filosofia na América Latina: filosofia da libertação. São Paulo: Loyola, 1977.
- DUSSEL, Enrique. 1492 o encobrimento do outro: a origem do mito da modernidade. Tradução Jaime A. Clasen. Petrópolis: Vozes, 1993
- GOES, Emanuelle; RAMOS, Dandara; FERREIRA, Andrea. Desigualdades raciais em saúde e a pandemia da Covid-19. Trabalho, Educação e Saúde, Rio de Janeiro, v. 18, n. 3, 2020.
- HABERMAS, Jurgen. O discurso filosófico da modernidade.



- democracia em Habermas: do pós-guerra aos dias de hoje. Revista de Filosofia, Natal, v. 22, n. 38, maio-ago. 2015.
- RANCIÈRE, Jacques. O ódio à democracia [recurso eletrônico]: la haine de la démocratie. Tradução Mariana Echalar. 1. ed. São Paulo: Boitempo, 2014.
- SAMPAIO, José Adércio Leite. Democracia Ambiental como Direito de Acesso e de Promoção ao Direito ao Meio Ambiente Sadio. Conpedi Law Review v. 4, n. 2, 2018.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa. 2. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. Para além do pensamento abissal: das linhas globais a uma ecologia dos saberes. In SANTOS, B. S.; MENESES, M. P. Epistemologias do Sul. São Paulo: Cortez, 2010.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. Pela mão de Alice. O social e o político na pós-modernidade. Coimbra: Almedina, 2012.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. A cruel pedagogia do vírus [recurso eletrônico]. 1. ed. São Paulo: Boitempo, 2020.
- WRIGHT, Erik Olin. Como ser anticapitalista no século XXI? [recurso eletrônico]. Tradução Fernando Cauduro Puerza. 1. ed. São Paulo: Boitempo, 2019.
- ŽIŽEK, Slavoj. Pandemia [recurso eletrônico]: Covid-19 e a reinvenção do comunismo. Tradução Artur Renzo. 1. ed. São Paulo: Boitempo, 2020.



razão das consequências negativas que poderá acarretar sua concretização. O NRF reduziu o montante obrigatório a ser despendido com educação pela União. Os gastos realizados pela União, até o momento, têm superado os valores mínimos estabelecidos tanto na nova regra, como na regra antiga. Nada impede, todavia, que doravante esse cenário seja alterado em desfavor do direito à educação. O núcleo essencial e o mínimo existencial sempre gravitarão em torno da problemática referente aos limites dos limites dos direitos fundamentais, quer se análise a questão na perspectiva das “cláusulas pétreas”, quer sob o olhar da proibição de retrocesso. Diante da impossibilidade de se delimitar conteúdos *a priori* no que se refere a direitos fundamentais, a proporcionalidade desponta como ferramenta imprescindível para tal análise. A reforma promovida pela EC nº 95/16, que instituiu o NRF, não observa os limites aos limites do direito fundamental à educação.

Palavras-Chave: Limites aos Limites dos Direitos Fundamentais; Direito Fundamental à Educação; Financiamento; Novo Regime Fiscal.

THE RIGHT TO EDUCATION IN THE CONTEXT OF THE NEW FISCAL REGIME: THE LIMITS TO THE LIMITS OF FUNDAMENTAL RIGHTS

Abstract: In this paper it is evaluated whether the New Tax Regime (NTR) fills the so-called limits to the limits of fundamental rights, regarding the derogation from the system of financing the fundamental right to education, provided for in article 212 of the Constitution, by the provisions of article 110 of the Transitional Constitutional Provisions Act, which established a new constitutional boundary of expenditures, in addition to submitting to the individualized limit of the Executive's primary expenditure. The objective dimension of the fundamental right to education,



in its effects and functions of driving effectiveness, institutional guarantee and protection duties, allows to question the change perpetrated by the NTR, which corresponds to an authentic restriction to fundamental right, which can be contrasted by the limits to the limits of such rights. Although the NTR does not bring a frontal restriction to the essential core of the fundamental right to education, such a limitation may be considered unconstitutional because of the negative consequences it might entail. The NTR reduced the mandatory amount to be spent on education by the Union. The expenditures made by the Union, so far, have exceeded the values defined in both the new rule and the old rule. However, nothing prevents this scenario from being altered to the detriment of the right to education. The essential core and the existential minimum will always gravitate around the problematic concerning the limits of the limits of the fundamental rights, whether one examines the question from the perspective of the "immutable rule clause" or under the perspective of the prohibition of retrogression. Given the impossibility of delimiting content a priori with regard to fundamental rights, proportionality emerges as an essential tool for such analysis. The reform promoted by the Constitutional Amendment nº 95/16, which established the NTR, does not observe the limits to the limits of the fundamental right to education.

Keywords: Limits to the Limits of Fundamental Rights; Fundamental Right to Education; Financing; New Tax Regime.

Sumário: Introdução. 1 O financiamento do direito fundamental à educação na Constituição de 1988. 2 O Novo Regime Fiscal: aspectos gerais e o impacto no custeio do direito fundamental à educação. 3 O Novo Regime Fiscal como uma limitação do direito fundamental à educação: uma análise no contexto de sua dimensão objetiva. 4 Os limites aos limites do direito fundamental à educação: análise da compatibilidade material da restrição

imposta pelo Novo Regime Fiscal com a Constituição. 4.1 A limitação dos limites pelo respeito ao núcleo essencial e as “cláusulas pétreas”. 4.2 A limitação dos limites pela proibição de retrocesso. 4.3 A limitação dos limites pelo princípio da proporcionalidade. Considerações Finais. Referências Bibliográficas.

INTRODUÇÃO



os últimos anos, o país vem registrando sucessivos déficits orçamentários, com grave repercussão no equilíbrio das contas públicas. O montante do déficit primário na esfera federal, previsto nos cinco exercícios financeiros anteriores, alcançou a cifra de aproximadamente R\$ 650 bilhões. A expectativa para este ano está consolidada em outro déficit, na ordem de R\$ 118 bilhões.¹ Nos Estados a situação não é melhor. Informações apuradas pela Instituição Fiscal Independente, vinculada ao Senado Federal, apontam que dos 27 Estados, dez teriam encerrado o exercício de 2016 com déficit primário, totalizando um montante de R\$ 13,7 bilhões (SENADO, 2017, p. 4). Caso fossem

Para 2015, a Lei nº 13.080/15 (Lei de Diretrizes Orçamentárias – LDO) previu um superávit primário de R\$ 66.325.000.000,00 (sessenta e seis bilhões, trezentos e vinte e cinco milhões de reais). Posteriormente, a Lei nº 13.199/15 transformou a expectativa de superávit em um déficit primário de R\$ 48.908.400.000,00 (quarenta e oito bilhões, novecentos e oito milhões e quatrocentos mil reais). Para 2016, a Lei nº 13.242/15 (LDO) também previu um superávit primário de R\$ 30.554.000.000,00 (trinta bilhões, quinhentos e cinquenta e quatro milhões de reais), alterado, em seguida, para um déficit primário de R\$ 163.942.000.000,00 (cento e sessenta e três bilhões, novecentos e quarenta e dois milhões de reais), conforme a Lei nº 13.291/16. Para 2017, a Lei nº 13.408/16 (LDO) já previu um déficit primário de R\$ 143.100.000.000,00 (cento e quarenta e três bilhões e cem milhões de reais). Para 2018, a Lei nº 13.473/17 (LDO) previu, inicialmente, um déficit primário de R\$ 131.300.000.000,00 (cento e trinta e um bilhões e trezentos milhões de reais), posteriormente revisto, pela Lei nº 13.480/17, para R\$ 161.300.000.000,00 (cento e sessenta e um bilhões e trezentos milhões de reais). Para 2019, a Lei nº 13.707/18 previu um déficit primário de R\$ 132.000.000.000,00 (cento e trinta e dois bilhões de reais). Já para o exercício de 2020, a Lei nº 13.898/2019 prevê um déficit primário de R\$ 118.910.000.000,00 (cento e dezoito bilhões, novecentos e dez milhões de reais).



incluídos os demais Estados, que alcançaram resultado positivo, o déficit conjunto seria acrescido em R\$ 4,1 bilhões (SENADO, 2017, p. 4). Ademais, há Estados com situação fiscal ainda mais gravosa, em razão do elevado índice de endividamento.²

Tais números têm servido de justificativa para a condução de diversas reformas no âmbito do Estado brasileiro, com o objetivo de obter um resultado fiscal favorável, seja pela limitação dos gastos públicos, seja pela adoção de medidas que resultariam na retomada do crescimento econômico. Algumas ainda estão em discussão no âmbito do Congresso Nacional, enquanto outras já lograram obter a aprovação legislativa, como no caso do Novo Regime Fiscal (NRF), imposto pela Emenda Constitucional (EC) nº 95, de 2016, do Regime de Recuperação Fiscal dos Estados e do Distrito Federal, consubstanciado na Lei complementar nº 159, de 2017, além das reformas previdenciária e trabalhista.

Todas essas medidas adotadas ou em via de adoção suscitam importantes questionamentos relacionados à possibilidade de limitação de direitos fundamentais. Não é de hoje que se reconhece que todos os direitos têm custos, sejam os assim denominados direitos negativos ou de primeira geração, sejam aqueles de índole prestacional, comumente atrelados aos direitos sociais (HOLMES; SUNSTEIN, 1999, p. 48). É justamente em períodos de crise econômica que os direitos fundamentais correm maior risco de comprometimento quanto à sua eficácia, em especial aqueles que demandam uma atuação positiva (prestacional) do Estado. Em momentos de agravamento da escassez de recursos, há uma tendência a se reduzir o papel do Estado, de modo mais forte naquelas searas que demandam a entrega de prestações, do que propriamente na redução das estruturas e do

² O Senado Federal fixou o limite máximo possível da dívida consolidada líquida (DCL) em 200% da receita corrente líquida (RCL). Em 2016, três Estados alcançaram patamar de endividamento superior ao referido limite. Nos Estados do Rio Grande do Sul (RS), Minas Gerais (MG) e Rio de Janeiro (RJ), a DCL corresponde, respectivamente, a 212,9%, 203,1% e 201,9% da RCL (SENADO, 2017, p. 5. Tabela 8).



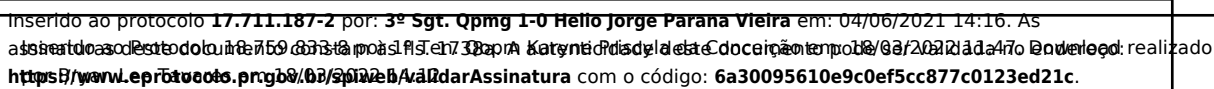
aparato necessário a assegurar os direitos de cunho negativo.

Neste cenário de reformas, chama atenção a mudança promovida no histórico regime de financiamento de áreas socialmente sensíveis. Desde 1934, o Constituinte reservou montantes mínimos de recursos a serem destinados à educação, com exceção apenas nos textos de 1937 e de 1967/1969, marcadamente não democráticos (PINTO, 2015, p. 48). Na Constituição da República de 1988 (CR), procurou-se não apenas assegurar o direito à educação de forma abrangente, mas delimitar o quantitativo mínimo de recursos a serem destinados a tais áreas. Com a adoção do NRF pela União, a sistemática de financiamento do direito fundamental à educação restou severamente modificada e o tratamento privilegiado, aparentemente, suprimido ou, ao menos, agudamente limitado.

Além do fato de ter conferido maior relevância a diversos tipos de despesas como ao pagamento da dívida pública, aumento de capital de empresas estatais e com a Justiça Eleitoral em detrimento das escolhas formuladas pelo próprio Constituinte, que elevou os gastos com educação³ a um patamar privilegiado, questiona-se a possibilidade de haver a redução dos recursos públicos destinados à referida área, impondo-lhe um teto e reduzindo-lhe o montante mínimo de gastos (piso), quando ainda não se logrou alcançar patamares adequados de concretização de tais direitos. Com a redução dos recursos públicos a serem investidos daqui por diante, surge a fundada preocupação com a estagnação ou até mesmo o retrocesso em conquistas sociais já alcançadas e que ainda se encontram em patamar insuficiente de satisfação. Como é cediço, o Brasil encontra-se distante dos patamares mínimos esperados no que se refere ao desenvolvimento da educação.⁴

³ Não se desconhece o tratamento privilegiado concedido pelo Constituinte também ao direito à saúde, de modo que grande parte das observações aqui apontadas poderão ser estendidas àquele. Não obstante, diante dos limites deste trabalho, o seu escopo restringiu-se apenas ao direito à educação.

⁴ No Programme for International Student Assessment (PISA), programa





qualificação para o trabalho (art. 205, *caput*, CR), definindo como um entre seus vários princípios a garantia de padrão de qualidade (art. 205, inciso VII, CR), prescrevendo diversos deveres para o Estado, entre os quais a garantia de educação básica obrigatória e gratuita dos quatro aos 17 anos de idade, inclusive com a oferta a quem não teve acesso em idade própria (art. 208, inciso I, CR), qualificada como um direito público subjetivo (art. 208, § 1º, CR) e cuja oferta irregular importa em responsabilidade da autoridade competente (art. 208, § 2º, CR), para além de todos esses aspectos, que apenas revelam uma parcela do rico regime jurídico do direito fundamental à educação estabelecido no texto constitucional, consagrador das mais diversas posições jurídicas, o Constituinte definiu claramente as fontes de financiamento necessárias para fazer frente a tais expectativas.

A principal característica desse modelo especial de financiamento correspondia à vinculação de um percentual significativo da receita resultante de impostos, compreendida a proveniente de transferências, à manutenção e ao desenvolvimento do ensino (MDE). A União era obrigada a aplicar anualmente nunca menos que 18% (dezoito por cento) das referidas receitas em ações relacionadas à educação (art. 212, *caput*, CR),⁵ observando o disposto nos artigos 70 e 71 da Lei de Diretrizes e Bases da Educação (Lei nº 9.394/96 – LDB), que definem quais despesas podem ou não ser consideradas como voltadas à manutenção e ao desenvolvimento do ensino.⁶

Dada a relevância da referida disposição, o Poder Constituinte Reformador buscou reforçar o atendimento da referida regra ao ampliar, por meio da EC nº 14/96, a hipótese de

⁵ Os Estados e os Municípios também estão sujeitos a essa sistemática, e o percentual estipulado corresponde a 25% de suas receitas, não havendo nenhuma modificação após o NRF, que é restrito à esfera federal.

⁶ Além disso, o artigo 60 do ADCT estabelece que parte desses recursos deve ser destinada à manutenção e ao desenvolvimento da educação básica e à remuneração condigna dos trabalhadores da educação, estabelecendo diversas regras específicas para a composição do Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação (Fundeb), de natureza contábil.



intervenção pelo descumprimento da aplicação do mínimo exigido para a manutenção e o desenvolvimento do ensino, originalmente prevista apenas em detrimento dos Municípios (art. 35, inciso III, CR), para alcançar, igualmente, os Estados (art. 34, inciso VII, alínea “e”).

Percebe-se, portanto, a preocupação do Constituinte com a eficácia material do direito fundamental à educação, revelando-se a partir das referidas regras (art. 212 da CR e 60 do ADCT) “uma objetiva garantia material, não apenas financeiro-orçamentária, de que a política pública de educação deveria se desenvolver de forma progressiva” (PINTO, 2015, p. 50). É inegável, destarte, “que o Constituinte tratou de garantir a destinação de recursos para viabilizar a realização do dever do Estado com a educação, de modo especial com o ensino fundamental” (SARLET, 2015, p. 351), a revelar “que saúde e educação são direitos sociais que assumem uma posição preferencial no ordenamento constitucional brasileiro” (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2017, p. 622).

O NRF alterou a referida sistemática do piso constitucional estabelecido no artigo 212 da Constituição, estabelecendo um novo critério para a aferição da aplicação mínima exigida da União em educação, além de estabelecer um limite de gastos (teto). A seguir, tratar-se-á dessas repercussões no financiamento da educação, decorrentes da EC nº 95/16.

2 O NOVO REGIME FISCAL: ASPECTOS GERAIS E O IMPACTO NO CUSTEIO DO DIREITO FUNDAMENTAL À EDUCAÇÃO

O Novo Regime Fiscal foi aprovado com o objetivo de contornar os sucessivos déficits orçamentários apurados nos últimos exercícios financeiros pela União. Estabelece a limitação das denominadas despesas primárias, correspondentes, em linhas gerais, a todas aquelas não relacionadas com o pagamento



da dívida pública, propiciando, assim, um aumento do superávit primário, que “representa o quanto o governo conseguiu economizar para pagamento da dívida pública” (FURTADO, 2014, p. 124).

Ao todo foram estabelecidos cinco limites individualizados de gastos primários para cada grupo de Poderes e/ou órgãos.⁷ O projeto de lei orçamentária deve demonstrar os valores máximos de programação compatíveis com os limites individualizados de gastos (art. 107, § 3º, ADCT), admitindo-se, no máximo, uma compensação mediante a redução do limite de gastos do Poder Executivo, até o limite de 0,25%, em favor dos demais grupos de Poderes e órgãos submetidos ao teto, nos três primeiros exercícios de vigência do NRF (art. 107, §§ 7º e 8º, ADCT), ou entre os Poderes e órgãos integrantes do mesmo grupo, submetidos, portanto, a um limite comum de gastos (art. 107, § 9º, ADCT).

A limitação das despesas primárias perdurará por um período de vinte anos (art. 106, ADCT). No primeiro ano (2017), o limite de gastos corresponderá à despesa primária paga em 2016, incluídos os restos a pagar e as demais operações que afetem o resultado primário, acrescidos de 7,2%. Nos exercícios financeiros subsequentes, o limite será o valor do exercício anterior corrigido pelo IPCA (art. 107, § 1º, incisos I e II, ADCT).

A mudança do método de correção, para além do critério exclusivo da variação inflacionária, de modo a abranger, v.g., a ampliação da demanda por serviços públicos essenciais, somente poderá ser proposta após dez anos de vigência do NRF, sendo admitida apenas uma alteração por mandato presidencial (art. 108, *caput* e parágrafo único).

Importante destacar que nem todos os gastos públicos se

⁷ (1) O Poder Executivo Federal; (2) o Poder Judiciário Federal e Tribunais Superiores (STF, STJ, CNJ e as Justiças do Trabalho, Federal, Militar, Eleitoral e do Distrito Federal e Territórios); (3) o Poder Legislativo Federal (Senado Federal e Câmara dos Deputados) e o Tribunal de Contas da União; (4) o Ministério Público da União e o CNMP; e (5) a Defensoria Pública da União (art. 107, incisos I a V, ADCT).



submetem ao referido teto (art. 107, § 6º, ADCT). Algumas despesas não o integram por uma razão lógica, como no caso daquelas custeadas com créditos extraordinários, destinados a situações imprevisíveis e urgentes, como guerra, comoção interna ou calamidade pública. Outros gastos não são incluídos por motivos, até certo ponto, justificáveis, como os relacionados às despesas não recorrentes da Justiça Eleitoral com a realização de eleições, fundamentais para a manutenção da democracia – embora tais despesas pudessem ser submetidas a um teto específico, que tomasse como parâmetro não o exercício imediatamente anterior, mas o último exercício em que tenha havido eleição para um pleito semelhante –, e as transferências da parcela da arrecadação constitucionalmente destinada aos demais entes da federação,⁸ em decorrência do respeito ao pacto federativo.

Diferentemente, a retirada das despesas com o aumento do capital de empresas estatais não dependentes do teto, em princípio, não se justificaria, sendo necessário um grande esforço argumentativo para admitir a maior liberdade destinada a esses gastos do que a outros relacionados, *v.g.*, com a concretização de direitos fundamentais. Nesta mesma linha, os pagamentos destinados à amortização da dívida pública, por serem a “alma” do NRF, também estão situados fora do teto, embora seja discutível esse privilégio diante de outros interesses tão ou mais relevantes à luz da Constituição. As despesas relacionadas com a educação, portanto, não foram excluídas do novo limite de gastos.

⁸ Em linhas gerais, correspondem aos *royalties* de petróleo, gás natural, recursos hídricos etc. (art. 20, § 1º, da CR); distribuição das receitas decorrentes do regime diferenciado e favorecido às microempresas e empresas de pequeno porte (art. 146, parágrafo único, inciso III, da CR); receitas da tributação do ouro (art. 153, § 5º, da CR); transferências do Fundo de Participação dos Municípios e do Fundo de Participação dos Estados (art. 158, incisos I e II, e art. 159, da CR); cotas estaduais e municipais do salário-educação (art. 212, § 6º, da CR); despesas obrigatórias com o Distrito Federal (art. 21, inciso XIV, da CR); e a complementação federal destinada ao Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação – Fundeb (art. 60, incisos V e VI, do ADCT).



Para assegurar a eficácia do teto de gastos, em caso de descumprimento dos limites, o NRF estabelece uma série de vedações, que somente serão afastadas no final do exercício financeiro de retorno das despesas aos respectivos limites (art. 109, *caput*, ADCT). Em sua maior parte, referem-se a restrições de gastos com pessoal (art. 109, incisos I a VIII, ADCT).⁹ Caso violado o teto, nem mesmo a revisão geral anual estabelecida no artigo 109, inciso X, da Constituição poderá ser deferida aos servidores (109, § 3º, ADCT). Somente duas vedações não focam especificamente em gastos dessa natureza; são as que proíbem a criação ou a expansão de programas e linhas de financiamento, bem como a remissão, renegociação ou refinanciamento de dívidas que impliquem ampliação das despesas com subsídios e subvenções; e a concessão ou a ampliação de incentivo ou benefício de natureza tributária (art. 109, § 2º, incisos I e II, ADCT).¹⁰

⁹ Art. 109. No caso de descumprimento de limite individualizado, aplicam-se, até o final do exercício de retorno das despesas aos respectivos limites, ao Poder Executivo ou a órgão elencado nos incisos II a V do *caput* do art. 107 deste Ato das Disposições Constitucionais Transitórias que o descumpriu, sem prejuízo de outras medidas, as seguintes vedações: I - concessão, a qualquer título, de vantagem, aumento, reajuste ou adequação de remuneração de membros de Poder ou de órgão, de servidores e empregados públicos e militares, exceto dos derivados de sentença judicial transitada em julgado ou de determinação legal decorrente de atos anteriores à entrada em vigor desta Emenda Constitucional; II - criação de cargo, emprego ou função que implique aumento de despesa; III - alteração de estrutura de carreira que implique aumento de despesa; IV - admissão ou contratação de pessoal, a qualquer título, ressalvadas as reposições de cargos de chefia e de direção que não acarretem aumento de despesa e aquelas decorrentes de vacâncias de cargos efetivos ou vitalícios; V - realização de concurso público, exceto para as reposições de vacâncias previstas no inciso IV; VI - criação ou majoração de auxílios, vantagens, bônus, abonos, verbas de representação ou benefícios de qualquer natureza em favor de membros de Poder, do Ministério Público ou da Defensoria Pública e de servidores e empregados públicos e militares; VII - criação de despesa obrigatória; e VIII - adoção de medida que implique reajuste de despesa obrigatória acima da variação da inflação, observada a preservação do poder aquisitivo referida no inciso IV do *caput* do art. 7º da Constituição Federal.

¹⁰ Interessante notar que o controle do atendimento das regras do NRF abrange também as proposições legislativas (art. 109, § 4º, ADCT). Caso busquem criar ou alterar despesa obrigatória ou renúncia de receita, deverão ser acompanhadas da estimativa do seu impacto orçamentário e financeiro (art. 113, ADCT). Além disso, a tramitação dessas proposições – ressalvadas apenas as medidas provisórias (abrange as emendas



públicos ou de particulares que venha a dificultar, reduzir ou eliminar o acesso ao bem jurídico protegido, seja afetando o seu exercício (aspecto subjetivo), seja diminuindo os deveres estatais de garantia e de promoção (aspecto objetivo) (2015, p. 409).

Importante destacar que Novais adota uma concepção ampla de limites, abarcando “quaisquer comportamentos estatais, independentemente de qual seja o ramo de poder de onde provenham [...] ou a fase em que ocorram” (2003, p. 157). A única condição estabelecida pelo autor português é a de que a restrição, de alguma forma, afete desvantajosamente o bem jusfundamentalmente protegido, produzindo, do ponto de vista do titular real ou potencial, efeitos ablativos, restritivos ou impeditivos do acesso individual ao bem, ou que reduza as obrigações e deveres que o âmbito de proteção de tal direito impunha, podendo, a seu ver, afetar tanto a dimensão objetiva quanto a subjetiva do direito fundamental (NOVAIS, 2003, p. 157-158).

Nesta toada, convém enfatizar que, além da perspectiva subjetiva individual, os direitos fundamentais podem ser concebidos como elementos objetivos fundamentais da comunidade. Sarlet destaca que o desenvolvimento desse aspecto – objetivo – remonta ao primeiro pós-guerra, mas ganha força a partir da Lei Fundamental de Bonn e com a decisão do caso Lüth, de 1958, em que fora consignada a eficácia dos direitos fundamentais em relação a todo o ordenamento jurídico – e não apenas como direitos subjetivos individuais em face do Estado –, indicando diretrizes aos Poderes do Estado (2015, p. 147-149).

Nesse julgado, o Tribunal Constitucional Federal alemão assentou que “às normas de direito fundamental incorpora-se também um ordenamento axiológico objetivo, que vale para todas as áreas do direito como uma fundamental decisão constitucional” (DIMOULIS; MARTINS, 2014, p. 117). Refere-se, basicamente, a uma dimensão dos direitos fundamentais cuja percepção é independente de seus titulares (DIMOULIS; MARTINS, 2014, p. 259), consistindo, portanto, num “conjunto de



valores objetivos básicos e fins diretivos da ação positiva dos poderes públicos, e não apenas garantias negativas (e positivas) dos interesses individuais” (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2017, p. 349-350).

Neste contexto, Sarlet destaca, na perspectiva objetivo-axiológica dos direitos fundamentais, a denominada eficácia dirigente, correspondente a uma ordem direcionada ao Estado no sentido de uma obrigação permanente de concretização e de realização dos direitos fundamentais (2015, p. 152). Ainda na perspectiva objetiva dos direitos fundamentais, o autor aponta para a existência de efeitos potencialmente autônomos – por não estarem necessariamente ligados a direitos fundamentais subjetivos –, entre os quais a figura jurídica das garantias institucionais, relacionadas à existência de instituições ou institutos que devem ser resguardados da ação erosiva do legislador, e os chamados deveres de proteção do Estado (*Schutzpflichten*), concernentes aos deveres de zelar, até preventivamente, pela proteção dos direitos fundamentais contra a atuação do poder público, dos particulares e até de outros Estados,¹¹ assegurando-lhes, pois, efetiva proteção, ideia essa consubstanciada num imperativo de tutela (SARLET, 2015, p. 153-155). Além desses aspectos, demonstra que a concepção dos direitos fundamentais como normas de direito objetivo permite a ampliação de seu programa normativo por meio de uma autêntica mutação dos direitos fundamentais (*Grundrechtswandel*), pela interpretação (SARLET, 2015, p. 157).

A partir desta análise, é possível afirmar que a dimensão objetiva dos direitos fundamentais fornece instrumentos

¹¹ Merece registro a existência de entendimentos mais restritivos quanto ao dever estatal de tutela, como sustentam Dimoulis e Martins, compreendendo-o como um dever do Estado de proteção dos direitos fundamentais contra ameaças de violação perpetradas sobretudo por particulares, impondo-se uma atuação preventiva que evite tal violação. Para os autores, o dever estatal de tutela corresponderia à dimensão subjetiva – e não objetiva – dos direitos fundamentais, por se fundamentar numa ameaça proveniente de particulares, criando uma posição jurídico-subjetiva. Cf. DIMOULIS; MARTINS, 2014, p. 120-121 e 125.



relacionados à maximização da sua eficácia e controle da atuação do poder público no caso de uma restrição indevida. Por referirem-se ao ordenamento axiológico objetivo, é possível, pela interpretação, ir além do viés subjetivo da titularidade do direito fundamental. Essa percepção guarda relação e pode contribuir para a análise e o controle de eventuais reformas constitucionais que venham a enfraquecer os direitos fundamentais, não tanto por limitarem direta e imediatamente sua fruição na perspectiva subjetiva, mas ao enfraquecerem a arquitetura constitucional estabelecida para permitir a sua concretização e, num segundo momento, como consequência, vir a afetar a dimensão subjetiva desses direitos, seja no aspecto quantitativo, seja no qualitativo.

Aqui se está a referir mais propriamente ao direito fundamental à educação e à Reforma Constitucional relativa ao NRF, que tem por escopo modificar a fórmula de financiamento prevista pelo Constituinte para viabilizar a concretização daquele direito. Reforma essa que, sem limitar ou suprimir direta e imediatamente o direito público subjetivo ao ensino obrigatório e gratuito, teria o potencial de, indiretamente, reduzir a eficácia desse direito, seja diminuindo o acesso (viés quantitativo), seja baixando seu padrão de qualidade (viés qualitativo). A partir da concepção anteriormente referida, é possível conceber a mudança da sistemática de custeio do direito fundamental à educação, perpetrada pelo NRF, como uma autêntica restrição a direito fundamental, passível de contraste, portanto, à luz dos limites aos limites de tais direitos.

A dimensão objetiva do direito fundamental à educação, em seus efeitos e funções de eficácia dirigente, garantia institucional e deveres de proteção, antes mencionados, permite questionar se é possível reduzir os meios (recursos) destinados pelo Constituinte com o objetivo primordial de conferir efetividade a tal direito, sem definir, v.g., salvaguardas que assegurem a sua progressividade ou, ao menos, a preservação dos patamares atuais de desenvolvimento. Isto porque as limitações a direitos



Adentra-se, a seguir, na temática dos limites aos limites dos direitos fundamentais, ou seja, às barreiras à sua limitação e garantias de eficácia.

No Brasil, diferentemente do que ocorre em outros países, o Constituinte não delimitou um regime jurídico expresso quanto aos limites e limites aos limites dos direitos fundamentais, salvo em relação às reservas de lei e à vedação de abolição efetiva ou tendencial dos conteúdos previstos no art. 60, § 4º, da Constituição (SARLET, 2015, p. 403-405). Não obstante, o tema da limitação dos direitos fundamentais possui diversos estudos doutrinários que permitem delinear seu contorno. Neste trabalho não serão analisados todos os aspectos relacionados aos limites às medidas restritivas de direitos fundamentais (limites aos limites), tão só aqueles que já despontam como possíveis óbices à implantação do Novo Regime Fiscal, por meio da EC nº 95/16. O foco recairá, portanto, nos limites materiais aos limites do direito fundamental à educação. Assim, a constitucionalidade do NRF será examinada a partir das perspectivas do núcleo essencial dos direitos fundamentais e das “cláusulas pétreas”, da proibição de retrocesso e da proporcionalidade.

4.1 A LIMITAÇÃO DOS LIMITES PELO RESPEITO AO NÚCLEO ESSENCIAL E ÀS “CLÁUSULAS PÉTREAS”



A garantia de proteção do núcleo essencial corresponde à ideia de que há uma parcela do conteúdo de cada direito fundamental sem a qual ele perde sua mínima eficácia, de modo que eventuais limitações a esse direito não poderão avançar sobre esse núcleo protegido, que é, portanto, inviolável, ainda quando haja autorização constitucional expressa para a edição de normas restritivas (SARLET, 2015, p. 420-423). Sua definição não se dá em abstrato, mas como resultado de uma análise feita em cada caso concreto. Diferentemente do que ocorre em outros países, no Brasil o direito positivo constitucional não previu uma proteção expressa do núcleo essencial, fato que não impediu a doutrina e o próprio STF de acolherem essa ideia (SARLET, 2015, p. 420-423). Não se deve, contudo, confundir o núcleo essencial com a maior ou menor correspondência de determinado direito fundamental a seu conteúdo em dignidade da pessoa humana, nem com a ideia de mínimo existencial, que tampouco lhe confere uma salvaguarda de conteúdo mínimo (SARLET, 2015, p. 420-423).¹²

Na doutrina pátria, também se tem invocado a noção de núcleo essencial para demarcar os limites materiais de reforma constitucional estabelecidos no artigo 60, § 4º, da Constituição da República. Como é cediço, o texto constitucional veda não apenas emendas voltadas à abolição dos princípios estabelecidos no referido rol, mas, também, aquelas *tendentes* à abolição. Destarte, encontra acolhida o entendimento que considera como tendente à abolição de uma “cláusula pétrea” a emenda que viole o seu núcleo essencial (SARLET, 2015, p. 420-423 e 446-451).

Conforme destaca Sarlet, um dos elementos da fundamentalidade dos direitos fundamentais, em sentido formal, seria a sua elevação à condição de cláusula pétrea, a partir de sua

¹² Tal compreensão não é unânime na doutrina. A conferir: “O âmbito de proteção positiva obrigatória coincide com o núcleo essencial dos direitos sociais, que, tocado pelos interesses fundamentais, se metamorfoseia em direito fundamental social ou mínimo existencial” (TORRES, 2008, p. 364).

integração ao rol do artigo 60, § 4º, da CR,¹³ constituindo um limite material à reforma da Constituição e um dos elementos de sua eficácia “protetiva” (2015, p. 423). Nesta perspectiva, seria inconstitucional emenda que alcançasse a essência do direito fundamental, mas não seus elementos meramente circunstanciais, não havendo óbice, contudo, quanto à sua regulamentação, alteração ou até restrição, desde que o núcleo seja preservado (SARLET, 2015, p. 446-451). Ademais, não há uma absoluta intangibilidade em relação às cláusulas pétreas, e a delimitação de seu núcleo só é possível no caso concreto, observadas as respectivas peculiaridades (SARLET, 2015, p. 420-423 e 446-451).

Em relação ao direito à educação, Sarlet destaca que a definição de seu núcleo essencial é problemática diante das diversas disposições constitucionais a ele relacionadas, havendo um “complexo de posições jurídicas fundamentais da mais variada natureza”, devendo a delimitação ocorrer no âmbito de cada norma (2015, p. 450). Quanto ao direito à prestação do ensino público gratuito, o autor defende a existência de um direito subjetivo individual ao ensino fundamental¹⁴ obrigatório gratuito

¹³ Há divergências concernentes à extensão da terminologia “direitos e garantias individuais”, se compreenderia ou não todos os direitos previstos no Título II da Constituição. Aqui se adota o entendimento de Sarlet, para quem todos os direitos fundamentais – individuais, sociais e políticos – estariam abrangidos e protegidos pela referida expressão. Cf. SARLET, 2015, p. 440-446. Em outro sentido, de que as “cláusulas pétreas” protegem apenas os direitos materialmente fundamentais, mas com presunção relativa de fundamentalidade material daqueles incluídos no catálogo constitucional, cf. NETO; SARMENTO, 2017, p. 314.

¹⁴ Questão relevante a partir da EC nº 59/09 é definir se atualmente o ensino médio poderia ser caracterizado como um direito subjetivo definitivo a prestações, tal como sempre se considerou em relação ao ensino fundamental, exigível judicialmente e contra o qual o princípio da reserva do possível não seria oponível. Barcellos tratou da temática, registrando que o regime jurídico do ensino fundamental e o do ensino médio ainda não teriam sido inteiramente equiparados, a despeito do avanço introduzido pela emenda (2011, p. 610-611). Sem embargo, a autora associa essa diferença entre os regimes basicamente à regra de transição do artigo 6º da EC nº 59/09 (combinada com o disposto no inciso II do artigo 208 da CR), que previu até 2016 o prazo para a universalização da educação básica, reconhecendo, não obstante, que a partir da referida reforma o ensino médio e a pré-escola deveriam ser considerados como direitos públicos subjetivos, nos termos do § 1º do artigo 208 da CR (2011, p. 610-615). Sem



em estabelecimentos oficiais, entendendo que tal direito já se situaria num patamar mínimo em termos de exigências sociais, que não poderia ser suprimido ou restringido, nem por emenda constitucional, nem por lei (SARLET, 2015, p. 450).

Importante destacar que, para Sarlet, quando um direito fundamental a prestações estiver concretizado infraconstitucionalmente, o limite do núcleo essencial deve ser interpretado conforme esse novo patamar, considerando-se, portanto, os elementos essenciais desse novo nível prestacional definido por lei (2015, p. 451).

Aproximando a temática ora tratada do Novo Regime Fiscal, Sarlet sustenta a possibilidade de o Novo Regime Fiscal vir a ser considerado inconstitucional, caso se constate uma progressiva redução de investimentos em saúde e em educação, pois tais direitos poderão ter seu núcleo essencial colocado em sério risco (2017, p. 623). Na linha da argumentação por ele sustentada, enquanto não forem alcançados “patamares minimamente suficientes” que garantam a todos, ao menos, o mínimo existencial e uma posição internacional competitiva, “o congelamento dos gastos e mesmo a proibição de seu aumento devem ser censurados por inconstitucionais” (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2017, p. 623).

A partir do NRF, a aplicação mínima de recursos em educação (piso constitucional), prevista no artigo 212 da Constituição, que, em linhas gerais, correspondia a um percentual da receita arrecadada pela União, é “congelada”. O montante

o intuito de aprofundar demasiadamente o tema, em vista da proposta deste ensaio, entende-se que, diante da clareza do texto constitucional, ao estabelecer que o acesso ao ensino obrigatório e gratuito é um direito público subjetivo (art. 208, § 1º, CR), entende-se que a partir da EC nº 59/09, que passou a prever a *educação básica* (e não mais apenas o ensino fundamental) como sendo *obrigatória e gratuita*, e considerando, ainda, que compõem a educação básica a pré-escola, o ensino fundamental e o ensino médio (v. art. 208, inciso I, CR c/ EC nº 59/09 e arts. 4º e 5º da LDB, com Lei nº 12.796/13), transcorrido o prazo estabelecido no artigo 6º da EC nº 59/09, deve-se conferir à pré-escola e ao ensino médio o mesmo regime jurídico que a doutrina vinha assegurando em relação ao ensino fundamental.



Dados oficiais extraídos dos Relatórios Resumidos da Execução Orçamentária da União demonstram que, a partir do NRF, o mínimo exigido de aplicação na manutenção e desenvolvimento do ensino foi reduzido, quando comparado com a sistemática anterior. Todavia, é preciso reconhecer que os recursos

¹⁶ Há estimativa apontando que o modelo anterior teria possibilitado, desde 2008 até a sua revogação, a destinação de recursos à manutenção e ao desenvolvimento do ensino em patamar 117% superior à inflação do período (COM, 2016).



efetivamente aplicados na MDE têm superado o mínimo exigido, tanto quando considerado o montante exigido pelo regime atual, como aquele do regime anterior. Confira-se:

R\$ milhares

EVOLUÇÃO DA APLICAÇÃO NA MDE X LIMITES MÍNIMOS OBRIGATÓRIOS			
EXERCÍCIO	APLICAÇÃO NA MDE (DESPESAS REALIZADAS)	LIMITE MÍNIMO OBRIGATÓRIO	
		REGRA ANTIGA (ART. 212)	REGRA ATUAL (NRF)
2018	64.429.497	53.852.633	50.450.394
2019	63.023.432	57.995.796	52.665.166

Fonte: Relatórios Resumidos da Execução Orçamentária (RREO) do Tesouro Nacional.¹⁷

Em 2017, antes da vigência do NRF, a União aplicou em educação 23,22% da receita resultante de impostos, compreendida a proveniente de transferências, quando o limite mínimo era de 18%. Em 2018, já sob a vigência do NRF, o percentual de execução em relação ao novo limite mínimo foi de 127,71%, e em 2019 foi de 119,67%.¹⁸

Em outros termos, é possível afirmar que apesar de estar a obrigada a investir menos recursos do que antes do advento do NRF, a União investiu montantes que atendem às duas regras. Não obstante, a flexibilização da regra antiga abre margem para que, num contexto de grave crise fiscal, ocorram, proporcionalmente, menos investimentos em educação do haveria se fosse preservada a sistemática anterior ao NRF.

É razoável supor, portanto, que a partir da adoção do NRF e com o enfraquecimento do piso constitucional, ocorrerá uma redução dos recursos investidos em educação, até porque o objetivo dessa nova sistemática jamais consistiu em ampliar os investimentos, mas em reduzir gastos, inclusive os relacionados

¹⁷ TESOURO NACIONAL. Relatório Resumido da Execução Orçamentária (RREO). *Publicações*. Disponível em: < <https://www.tesourotransparente.gov.br/publicacoes/relatorio-resumido-da-execucao-orcamentaria-rreo/2020/10> >. Acesso em: 30 nov. 2020.

¹⁸ TESOURO NACIONAL. Relatório Resumido da Execução Orçamentária (RREO). *Publicações*. Disponível em: < <https://www.tesourotransparente.gov.br/publicacoes/relatorio-resumido-da-execucao-orcamentaria-rreo/2020/10> >. Acesso em: 30 nov. 2020.



com o ensino, não se tratando, pois, de uma medida voltada à concretização de direitos fundamentais, senão à redução de despesas.

Outro fator indicativo do risco ao núcleo essencial do direito à educação a partir do NRF, além da mitigação do piso constitucional, refere-se ao limite imposto pelo teto, que, em linhas gerais, diz respeito a despesas primárias pagas e não meramente autorizadas (art. 107, § 10). Neste aspecto, também é razoável que passe a ocorrer um forte embate intraorçamentário entre aqueles que pretenderão assegurar novamente recursos para despesas primárias da mesma natureza daquelas pagas no exercício anterior e os que desejarão modificar a destinação de tais recursos para investir em novas áreas, *v.g.*, na expansão do acesso à educação, em cumprimento às metas do Plano Nacional de Educação (Lei nº 13.005/14 – PNE).

Haverá, assim, uma dificuldade maior para a realização de despesas “novas”, obstaculizando enormemente a expansão do acesso à educação e a evolução de seus níveis de qualidade, em especial quando se tem em mente que compete à União exercer, em matéria educacional, função redistributiva e supletiva, de forma a garantir a equalização de oportunidades educacionais e o padrão mínimo de qualidade do ensino mediante assistência técnica e financeira aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios (art. 211, § 1º, CR).¹⁹ De outra sorte, tal disputa coloca

¹⁹ Merece registro o argumento, sustentado pelo governo federal, de que a principal contribuição da União para a educação básica estaria fora do limite de gastos, por força do artigo 107, § 6º, inciso I, do ADCT, que excepciona do teto a complementação da União para o Fundeb (cf. PERGUNTAS, 2016). Embora seja verdadeiro, é preciso ponderar que, com a mitigação do piso constitucional, não mais atrelado à variação da arrecadação tributária, mas apenas corrigido pela inflação, a tendência é que, ao longo dos anos, a União passe a investir menos do que os 18% previstos no artigo 212. Conforme dados oficiais, embora o percentual nos últimos anos esteja acima do mínimo exigido, alcançando mais de 25% em 2011, atualmente encontra-se em viés de queda (PERGUNTAS, 2016, tabela). Desta forma, o aumento real das complementações ficará ao alvedrio da União, que não estará mais compelida a investir nada além do que a correção da inflação do período. Então, embora a União “possa” aplicar na referida complementação valores superiores ao teto, não haverá a



em patamar de igualdade todas as despesas primárias, independentemente do grau de fundamentalidade do direito em disputa, dependendo, pois, das contingências políticas do momento, ao tempo que, paradoxalmente, retira dessa “disputa”, *a priori*, as despesas relacionadas com o pagamento da dívida pública e com o aumento de capital de empresas estatais não dependentes, conferido a elas certa “fundamentalidade”, superior à conferida pelo próprio Constituinte em relação ao direito fundamental à educação.

Desta forma, embora o NRF não desfira uma restrição frontal ao núcleo essencial do direito fundamental à educação – na medida em que restringe os meios (recursos), mas não suprime ou contém o direito em si –, tal limitação pode ser reputada inconstitucional em razão das consequências negativas que poderá acarretar em sua concretização, dado que o financiamento dos direitos sociais é essencial à sua efetividade.

Nem todas as normas integrantes do capítulo da ordem social podem ser consideradas elementos essenciais de determinado direito fundamental apenas por guardarem com ele uma relação direta (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2017, p. 647-648). Destaca Sarlet que tais normas, embora não sejam elementos essenciais, não terão, necessariamente, um nível de eficácia e de efetividade baixos, como ocorre com a regra do artigo 212 – relativa à vinculação de um percentual da arrecadação na manutenção e no desenvolvimento do ensino –, que não poderia

obrigatoriedade de investir mais do que o novo piso exige. Pela sistemática anterior, o aumento da arrecadação impulsionava, de certa forma, os gastos em educação e, por conseguinte, propiciava aumentos reais na complementação, embora, na prática, mesmo com esse “incentivo”, tais repasses, historicamente, venham sendo criticados pelos entes federativos beneficiários, em razão da alegada insuficiência para cobrir os seus custos. De fato, conforme dados levantados pela OECD, embora o percentual de gastos por instituições públicas em educação tenha alcançado 5,6% do PIB, em 2012, acima da média da OECD, de 4,7%, a média anual de gastos por aluno em instituições públicas no Brasil, no período de 2005 a 2012, ficou em apenas US\$ 3,441, abaixo da média da OECD, correspondente a US\$ 5,876 (ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT, 2015b, p. 6).



pura e simplesmente ser suprimida, seja pelas exigências da proporcionalidade, seja em decorrência da proibição de retrocesso, especialmente se estiverem sendo afetados, ainda que indiretamente, aspectos relacionados ao núcleo essencial do direito à educação, em sentido amplo (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2017, p. 647-648).

É o que se verá a seguir.

4.2 A LIMITAÇÃO DOS LIMITES PELA PROIBIÇÃO DE RETROCESSO

Em linhas gerais, a proibição de retrocesso tem relação com a ideia de segurança jurídica, a abarcar, em sentido amplo, uma proteção tanto em relação a atos retroativos como de medidas retrocessivas decorrentes de atos de efeitos prospectivos, que não correspondam necessariamente às violações ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e ou à coisa julgada (SARLET, 2015, p. 451-453).

O tratamento conferido à proibição de retrocesso pela doutrina tem levado em consideração a atuação do legislador infraconstitucional. Busca-se resguardar as conquistas sociais alcançadas a partir da concretização legal daquilo que estava previsto na Constituição, mas até então não suficientemente delimitado, em relação a futuras mudanças que resultem numa involução do patamar normativo já alcançado.²⁰ Para Sarlet, a proibição de retrocesso diz respeito à possibilidade de o legislador infraconstitucional e os demais órgãos estatais voltarem atrás no que se refere à implementação de direitos sociais, ainda que não se trate de efeitos retroativos ou de alteração do texto constitucional (2015, p. 453-456).

²⁰ Cumpre registrar o entendimento de Catarina Santos Botelho quanto à possibilidade de se analisar o retrocesso tanto quanto aos resultados de uma política pública (regressividade de resultados) como, também, a partir de uma redução referente à amplitude de direitos concedidos por uma norma (regressividade normativa). Cf. BOTELHO, 2015, p. 434.



Barroso, ao tratar da eficácia vedativa do retrocesso, aponta a “invalidade da revogação de normas que, regulamentando o princípio, concedam ou ampliem direitos fundamentais, sem que a revogação em questão seja acompanhada de uma política substitutiva ou equivalente” (2008, p. 379-380). Canotilho, igualmente, menciona as cláusulas de proibição de evolução reacionária ou de retrocesso social, quanto aos direitos derivados a prestações, naquilo em que constituem a densificação de direitos fundamentais, ensejando uma garantia em relação ao grau de concreção alcançado, de modo que não mais podem ser eliminados sem uma compensação ou alternativa quanto ao seu núcleo essencial já realizado (2003, p. 479).

Neste contexto, numa análise preliminar, apresenta-se a questão de definir se os problemas relacionados às consequências do NRF para o financiamento do direito fundamental à educação estariam relacionados ao tema dos limites dos limites dos direitos fundamentais na vertente da proibição de retrocesso, realçando, inclusive, a controvérsia relacionada à sua consideração como uma categoria própria (SARLET, 2015, p. 413). Isto porque, a rigor, a derrogação do artigo 212 da CR pelo artigo 110 do ADCT não corresponde a uma supressão ou restrição de direitos anteriormente densificados ou concretizados pelo legislador ordinário, mas a uma mudança da sistemática de financiamento (dos meios) estabelecida pelo Constituinte e que, num segundo momento, poderá repercutir em direitos concretizados legislativamente, de forma mediata.

A questão apresenta-se mais claramente quando analisado o Plano Nacional de Educação, que estabelece metas objetivas relacionadas à concretização do direito fundamental à educação. A Meta 1, por exemplo, referente à universalização, até 2016, da educação infantil na pré-escola para as crianças de quatro a cinco anos de idade (e as respectivas estratégias) constitui a densificação, pelo legislador infraconstitucional, do direito fundamental à educação. A supressão desse direito poderia



pessoa humana, tenha fundamentação consistente e seja adequada e proporcional ao prejuízo que impõe (2015, p. 444).

Em suma, o núcleo essencial e o mínimo existencial sempre gravitarão em torno da problemática referente aos limites dos limites dos direitos fundamentais, quer se análise a questão na perspectiva das “cláusulas pétreas”, quer sob o olhar da proibição de retrocesso. Diante da impossibilidade de se delimitar conteúdos *a priori* no que se refere a direitos fundamentais, a proporcionalidade desponta como ferramenta imprescindível para tal análise.

Sem embargo, a noção da proibição de retrocesso, feitas as devidas ressalvas, pode contribuir para o debate direcionando, ainda que num primeiro momento, o olhar da análise, no sentido de uma reprovação inicial de toda medida de viés retrocessivo.

Com razão, Sarlet assevera que (2015, p. 472)

[...] merece acolhida a tese de que uma medida restritiva em matéria de direitos sociais em princípio deve ser encarada com reservas, isto é, como uma medida “suspeita” e submetida a uma presunção (sempre relativa) de inconstitucionalidade, de tal sorte, que sujeita a controle no que concerne à sua proporcionalidade ou mesmo no que diz com a observância de outras exigências.

Trazendo essas noções para o exame do NRF, pode-se concluir que, num primeiro momento, o fato de repercutir negativamente sobre o direito fundamental à educação resulta numa presunção inicial de inconstitucionalidade da medida restritiva, a ser analisada, a fundo, a partir dos testes da proporcionalidade. Até porque, a rigor, não é possível supor uma neutralidade da EC nº 95/16 em relação ao direito fundamental à educação, como se o NRF não representasse uma mudança significativa no sistema de financiamento originalmente concebido para esse direito. A aprovação do artigo 110 do ADCT em si, específico para o financiamento da educação e da saúde, afastando o regime consagrado nos artigos 212 e 198, § 2º, inciso I, da Constituição,



afasta também, de plano, a tese da neutralidade.²¹

Outra consequência que se pode extrair da ideia de proteção da confiança, intimamente relacionada à proibição de retrocesso, além da proporcionalidade e da isonomia, é a adoção de regras razoáveis de transição e soluções suficientemente diferenciadas e proporcionais no âmbito das próprias regras de transição. Destaca-se que no âmbito da proporcionalidade há tanto a ideia de proibição de excesso, em relação aos deveres de proteção, quanto de vedação à proteção insuficiente, como se verá adiante (SARLET, 2015, p. 469-476).

A proteção da confiança, mormente por força dos compromissos assumidos a partir da vigência do PNE, impõe, ao menos, uma regra de transição razoável entre o regime anterior de custeio, do artigo 212 da CR, e o modelo do artigo 110 do ADCT, de forma a mitigar o impacto de uma mudança abrupta e resguardar os possíveis efeitos negativos que poderão ensejar no mínimo existencial em educação, em caso de descumprimento das metas estabelecidas no Plano. Tal aspecto ganha relevo em razão de o NRF não estipular disposição relativa ao necessário redimensionamento das necessidades sociais, que certamente sofrerão mudanças ao longo de duas décadas, desenca-deadas, por exemplo, pelo aumento da população em idade escolar, entre outros fatores relevantes e que exigirão uma maior atuação estatal.

²¹ A expectativa é de que, no longo prazo – o NRF tem vigência de vinte anos –, a arrecadação evolua proporcionalmente mais do que a variação da inflação, reduzindo, assim, a proporção dos investimentos em educação dentro do orçamento, fato esse preocupante diante da meta 20 do PNE, que regulamentou o inciso VI do artigo 214 da CR, incluído pela EC nº 59/09, ao prever a ampliação do investimento público em educação pública de forma a atingir, no mínimo, o patamar de 7% do PIB no quinto ano de vigência do PNE e, no mínimo, o equivalente a 10% ao final do decênio. Entre 2000 e 2012 – sob a vigência da sistemática do artigo 212, portanto –, o percentual de investimento público em educação evoluiu de 3,1% do PIB para 5,6% (ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT, 2015a, p. 234. Tabela B2.2). Daqui por diante há, portanto, o risco de ocorrer a estagnação ou até mesmo o retrocesso em relação ao patamar alcançado, com riscos para o alcance da referida meta.



É importante trazer a lume, pela pertinência com o tema, o alerta de Abramovich e Courtis, à luz do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC), do qual o Brasil é signatário, nos termos do Decreto nº 591, de 1992, de que embora algumas posições teóricas tendam a compreender as obrigações vinculadas aos direitos sociais como simples orientações, tal posição não seria correta, mas lesiva à potencialidade de tais direitos (2011, p. 116-120). Para os autores, a obrigação de não regressividade, que extraem do artigo 2.1 do PIDESC,²² ou seja, a “proibição de adotar políticas, medidas e, por consequência, sancionar normas jurídicas que piorem a situação dos direitos econômicos, sociais e culturais do que usufruía a população no momento de adoção do respectivo tratado ou também em cada melhora progressiva”, consiste num dos parâmetros de julgamento das medidas adotadas pelo Estado que seria diretamente aplicável pelo Judiciário (ABRAMOVICH; COURTIS, 2011, p. 116-120), não sendo lícito ignorar, no plano do direito positivo pátrio, a limitação relativa à proibição do retrocesso em face de medidas restritivas de direitos fundamentais.

4.3 A LIMITAÇÃO DOS LIMITES PELO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE²³

A proporcionalidade como critério para avaliar as limitações aos direitos fundamentais comporta duas análises distintas, relacionadas à proibição de excesso e à proibição de insuficiência. Essa dupla face do princípio da proporcionalidade permite o

²² Artigo 2º.1. Cada Estado Parte do presente Pacto compromete-se a adotar medidas, tanto por esforço próprio como pela assistência e cooperação internacionais, principalmente nos planos econômico e técnico, até o máximo de seus recursos disponíveis, que visem a assegurar, progressivamente, por todos os meios apropriados, o pleno exercício dos direitos reconhecidos no presente Pacto, incluindo, em particular, a adoção de medidas legislativas.

²³ Por fugir ao escopo deste trabalho, não se adentrará na problemática da distinção entre proporcionalidade e razoabilidade. Para maiores detalhes sobre o tema, ver SARLET, 2015, p. 418-420; e SILVA, 2002.

controle de medidas restritivas – o mais – e também das omissões ou da atuação insuficiente – o menos –, caracterizando-se, ambas, como violação ao referido princípio e, portanto, numa antijuridicidade (SARLET, 2015, p. 413-418).

Embora em sua origem a proporcionalidade estivesse mais relacionada à proibição de excesso, atualmente é admitida também como “instrumento contra a *omissão* ou contra a *ação insuficiente* dos poderes estatais” (SILVA, 2002, p. 28). Desdobra-se em três elementos ou subcritérios relacionados entre si pela subsidiariedade, analisados sequencialmente, a depender do caso concreto, não sendo imperativo o exame de todos eles sempre (SILVA, 2002, p. 34).

No primeiro teste, de adequação, verifica-se se a medida restritiva permite alcançar o fim desejado ou ao menos fomentá-lo.²⁴ No caso do NRF, consistiria em saber se o artigo 110 do ADCT, inserido pela EC nº 95/16, que derroga a fórmula de custeio do direito à educação, prevista no artigo 212 da CR – medida restritiva do direito fundamental –, permite alcançar ou, ao menos, fomentar o superávit primário em prol do equilíbrio das contas públicas – o fim almejado. Salvo melhor juízo, não há grande margem para dúvidas quanto à adequação do NRF ao referido propósito, pois impõe um limite rígido de gastos primários e “sanções” que, no caso de descumprimento do teto, reforcem o compromisso com o superávit primário pela imposição de restrições severas aos gastos com pessoal, ao menos em sua maior parte (v. art. 109, *caput* e § 2º, do ADCT).

O segundo teste consiste na necessidade, a saber se o ato estatal restritivo do direito fundamental é necessário, desde que não comporte uma substituição por outra medida que promova, com a mesma intensidade, a finalidade pretendida, porém com uma menor restrição do direito fundamental afetado. Comporta,

²⁴ “Adequado, então, não é somente o meio com cuja utilização um objetivo é alcançado, mas também o meio com cuja utilização a realização de um objetivo é fomentada, promovida, ainda que o objetivo não seja completamente realizado.” (SILVA, 2002, p. 36).



assim, uma análise em duas fases: a da igualdade na adequação dos meios e saber se o meio alternativo resultaria numa restrição menor (SARLET, 2015, p. 416). Aplicando esse teste ao NRF, a questão consistiria em apurar se o equilíbrio das contas públicas poderia ser alcançado por outro meio tão eficaz quanto a limitação proporcionada pelo artigo 110 do ADCT, mas que ensejasse uma menor restrição do direito à educação. Dito de outro modo, poder-se-ia analisar se os recursos que serão “economizados” em educação poderiam ser obtidos por outros meios, seja pela economia em outras áreas não relacionadas com a educação, seja pelo aumento da arrecadação em montante equivalente.

Nesta etapa já se encontram algumas questões relevantes oponíveis ao NRF, porquanto não se pode afirmar categoricamente não haver outros mecanismos ao dispor do Poder Reformador para alcançar seu objetivo de obtenção de superávit primário. Nesse sentido, Sarlet destaca como meios alternativos a instituição e a regulamentação do imposto sobre grandes fortunas, da tributação de lucros e dividendos, de impostos progressivos e mais elevados sobre a herança e do corte das renúncias fiscais (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2017, p. 623). A eles se poderia acrescentar a redução do número assombroso de cargos comissionados no Estado brasileiro, sem paralelo em outras democracias, e uma limitação mais rígida dos gastos com publicidade.

O último teste refere-se à proporcionalidade em sentido estrito. Aqui se exige um equilíbrio ou proporção entre os meios utilizados e os fins almejados. Com efeito, pode-se afirmar que “consiste em um sopesamento entre a intensidade da restrição ao direito fundamental atingido e a importância da realização do direito fundamental que com ele colide e que fundamenta a adoção da medida restritiva” (SILVA, 2002, p. 40). Ressalve-se, contudo, que tais colisões nem sempre envolvem apenas direitos fundamentais.

Com razão, Sarlet destaca que a análise de uma medida



restritiva deve partir do pressuposto de que ela se justifica perante a tutela de um bem jurídico constitucionalmente relevante, mas não necessariamente de um direito fundamental (2015, p. 416). No caso, vislumbra-se uma colisão entre o direito fundamental à educação e o princípio do equilíbrio orçamentário ou das contas públicas. Com efeito, “o equilíbrio orçamentário é princípio constitucional de legitimação porque penetra em todos os princípios específicos, do lado da receita e da despesa, que ser vinculem à justiça, quer derivem da segurança jurídica” (TORRES, 2008, p. 173-174). Quanto o seu conteúdo, Torres destaca que o “equilíbrio orçamentário é a equalização de receitas e de gastos, harmonia entre capacidade contributiva e legalidade e entre redistribuição de rendas e desenvolvimento econômico” (2008, p. 173-174).

Desta forma, caso se entenda que o NRF é uma medida adequada e necessária, dever-se-ia analisar se a promoção do equilíbrio das contas públicas justifica o enfraquecimento do sistema de financiamento do direito fundamental à educação, previsto originalmente pelo Constituinte no artigo 212. Certamente é uma análise extremamente delicada, caso se considere que a consistência de políticas públicas sociais depende, em linhas gerais, de um Estado fiscalmente equilibrado. Por outra via, em princípio, não se mostra razoável supor que o desequilíbrio fiscal do Estado tenha como causa única ou principal o custeio adequado da educação, até pela repercussão positiva que tais investimentos geram no longo prazo, a partir da qualificação da mão de obra, aumento da eficiência da produtividade, ganhos com inovação, entre outros aspectos de mensuração mais difusa. Além desses fatores, é relevante destacar que a potencial redução dos investimentos em educação está voltada primordialmente ao pagamento da dívida pública, tendo em vista ser esta a finalidade do superávit primário, fato que, em princípio, contraria a “posição preferencial” do direito à educação (e à saúde também) na arquitetura jurídica estabelecida pelo Constituinte

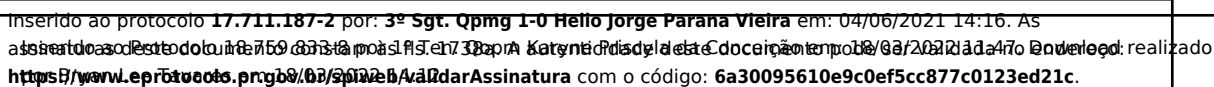


(SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2017, p. 622).

Outros argumentos possíveis nesta fase do teste de proporcionalidade, em prol da medida restritiva, poderiam versar sobre a ausência de resultados satisfatórios à luz do regime do artigo 212 da CR, somados à ideia de que a vinculação de receitas não teria relação necessária com a melhoria do direito fundamental à educação. Em primeiro lugar, embora o estágio atual não seja o ideal, são inegáveis os avanços experimentados nos últimos anos, havendo, certamente, muito a evoluir. Quanto ao segundo aspecto, se é correto afirmar que o financiamento a partir da fórmula de percentual sobre receita não é suficiente, por si só, para alcançar um nível de excelência educacional, isto não autoriza concluir que a solução para o problema da educação seja simplesmente a redução dos recursos previstos para a manutenção e o desenvolvimento do ensino sem qualquer outra salvaguarda que assegure uma melhoria da gestão, tal como ocorre no NRF.²⁵ A rigor, não há nada que assegure a melhoria da eficiência dos gastos públicos, no sentido de uma progressividade da concretização dos direitos fundamentais e da proibição de retrocesso, simplesmente pela redução dos recursos destinados a tal fim. O bom senso aponta para um sentido diametralmente oposto.

Sem embargo, nesta colisão deve-se levar em conta, também, a presunção inicial pela inconstitucionalidade de medidas propensas a mitigar a ideia de progressividade dos direitos sociais e, até mesmo, ensejar o retrocesso, conforme analisado anteriormente, a exigir uma fundamentação robusta em prol da

²⁵ Argumento deveras recorrente entre os defensores da desvinculação das receitas destinadas à saúde e à educação, ou da adoção da política de “orçamento base zero”. Entretanto, até hoje não se teve conhecimento de um Estado ou Município que tenha conseguido cumprir satisfatoriamente todos os seus deveres relacionados ao direito fundamental à educação obrigatória e gratuita, que, registre-se, abrange a garantia de um padrão de qualidade (art. 206, inciso VII, CR), sem que fosse necessário destinar todo o montante ao qual se encontra obrigado por força do artigo 212 da CR. De fato, a tese de que o artigo 212 “obriga” o gestor público a gastar desnecessariamente não encontra sustentação empírica.





assim, concretude ao referido direito.

A aplicação do método trifásico da proporcionalidade, adaptado à ideia de proteção insuficiente, conforme sugestão de Sarlet a partir da lição de Christian Calliless, resultaria na seguinte análise: adequação ou idoneidade, para apurar se a medida seria apta à proteção eficaz do bem protegido; necessidade, para verificar se haveria uma concepção de proteção mais eficaz que não resultasse numa intervenção mais rigorosa em bens fundamentais de terceiros ou da sociedade, é dizer, se haveria meios de proteção mais eficientes, porém menos interventivos em relação a terceiros; e o exame da proporcionalidade em sentido estrito, para investigar se os impactos das ameaças e riscos após a adoção das medidas de proteção seriam toleráveis diante da necessidade de preservação de outros direitos e bens fundamentais (SARLET, 2015, p. 417-418).

Transportando essa proposta para o NRF, analisar-se-ia, inicialmente, se a medida de proteção adotada – o artigo 110 do ADCT, inserido pela EC nº 95/16, que estabelece um novo piso constitucional em educação – seria eficaz para a tutela do direito fundamental à educação (adequação). O primeiro problema a ser enfrentado consiste no fato de que o artigo 110 do ADCT, a rigor, não tem por objetivo imediato a proteção do direito fundamental à educação, mas, sim, a limitação dos gastos públicos. Ocorre que para não deixar o direito fundamental à educação totalmente à mercê da vontade do legislador – o que seria um assombro se comparado ao regime histórico de vinculação de receitas –, o NRF estabeleceu um novo piso, correspondente ao que fora gasto em 2017, atualizado ano a ano pela inflação.

Superando-se este óbice e assumindo que, ao menos de forma mediata, o artigo 110 do ADCT tem o propósito de dar alguma proteção ao direito fundamental à educação, cumpre analisar se essa proteção seria adequada. Para o primeiro teste (de adequação), é possível assumir que, ao menos, a medida fomenta o direito fundamental à educação, já que estabelece um



patamar mínimo obrigatório de gastos na manutenção e no desenvolvimento do ensino (MDE), não deixando o administrador com ampla liberdade para definir o montante de investimentos.

Quanto ao segundo teste, cumpriria aferir se há uma concepção mais eficaz para a proteção do direito fundamental à educação e que não resulte numa maior intervenção em outros bens. Assumindo que o NRF reconhece o equilíbrio das contas públicas ou orçamentário como um princípio constitucional relevante, ainda que não se possa qualificá-lo como um direito fundamental, é necessário verificar se haveria alguma alternativa que pudesse potencializar a proteção ao direito à educação sem repercutir negativamente sobre o equilíbrio orçamentário. Em princípio e sem pretensão de exaurir esse aspecto, seria possível adotar outros mecanismos, não necessariamente correlacionados com o aumento do nível de gastos públicos, mas indutores da melhoria da gestão pública em educação, inclusive pelo estabelecimento de obrigações objetivas aos gestores, no sentido de não se permitir retrocessos nas conquistas já alcançadas, além de assegurar a progressividade. Uma alternativa seria o estabelecimento de metas objetivas e de penalidades, como proposto no projeto de lei nº 7.420/06, da Câmara dos Deputados (Lei de responsabilidade educacional), especialmente a estipulação de causa de inelegibilidade decorrente do retrocesso dos indicadores oficiais de avaliação da gestão em educação.

Por fim, no teste da proporcionalidade em sentido estrito, não há tantas diferenças entre o contexto da proibição de excesso e o da proteção insuficiente (SARLET, 2015, p. 418). Na perspectiva ora enfrentada, deveria ser questionado se as ameaças e riscos ao direito fundamental à educação – tais como a redução de investimentos em educação e o potencial descumprimento das metas assumidas no PNE –, remanescentes após a adoção da medida de proteção que ora se avalia quanto à insuficiência – no caso, o artigo 110 do ADCT – seriam toleráveis diante do princípio do equilíbrio orçamentário. Em princípio, afirma-se que



não, considerando que, diante do direito fundamental à educação concretizado no PNE, dificilmente os recursos a serem disponibilizados daqui por diante serão suficientes para atender a todos as suas metas, sem que salvaguardas claras sejam adotadas concomitantemente, a imporem a melhoria da gestão e a obtenção de maior eficácia nas políticas públicas educacionais, além de uma defesa dos investimentos necessários em educação nas disputas intraorçamentárias que, imagina-se, passarão a ocorrer a partir do NRF.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Novo Regime Fiscal representa uma quebra de paradigma ao modificar a sistemática de financiamento do direito fundamental à educação, pela redução da proteção do piso mínimo de gastos na manutenção e no desenvolvimento do ensino, além de submeter os gastos primários com educação ao limite anual de despesas (teto). A expectativa, para as próximas duas décadas, é de redução proporcional dos investimentos em educação, em relação ao crescimento econômico, com o potencial comprometimento desse direito fundamental, concretizado no âmbito do Plano Nacional de Educação. Dados oficiais comprovam a tese de que a partir da vigência no NRF o limite obrigatório de gastos em educação foi reduzido. Embora, na prática, os gastos tenham superado os valores mínimos exigidos pelo atual regime e, também, aqueles impostos pela regra anterior, não há empecilho para a redução desses gastos doravante, especialmente no cenário de grave crise fiscal que se avizinha.

Como se vislumbra um agravamento da situação de exclusão social, haverá, potencialmente, uma busca maior por uma intervenção judicial que viabilize a atuação do poder público para além dos limites impostos pela EC nº 95/16, de sorte que o Poder Judiciário certamente terá de enfrentar o argumento de

uma reserva do possível “qualificada” pelo NRF.²⁷

Neste contexto, a avaliação da EC nº 95/16 a partir da perspectiva dos limites aos limites dos direitos fundamentais é essencial, em especial quanto à dimensão objetiva desse direito, pois se trata de verdadeira restrição ao direito fundamental à educação. A análise do NRF, a partir das perspectivas da proteção ao núcleo essencial, da proibição de retrocesso e da proporcionalidade, demonstra que o Poder Constituinte Reformador não logrou atender, no caso, aos limites aos limites do direito fundamental à educação. Não foram sequer estabelecidas salvaguardas relacionadas à evolução – ou, ao menos, à manutenção – do patamar atual de acesso e de qualidade do direito fundamental à educação, com foco em ganhos de eficiência. Assim, é possível afirmar que a EC nº 95/16 reduziu indevidamente o grau de eficácia do direito fundamental à educação.



REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. *Direitos Sociais são exigíveis*. Porto Alegre: Dom Quixote, 2011.
- BARCELLOS, Ana Paula de. O Direito à Educação e o STF. In: SARMENTO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). *Os Direitos Fundamentais no Supremo Tribunal Federal: balanço e crítica*. Rio de Janeiro: Lumen

²⁷ Curioso o fato de que, pela literalidade da EC nº 95/16, nem mesmo judicialmente seria possível determinar a implantação de políticas públicas, ainda que relacionadas à concretização de direitos fundamentais, sem a observância do teto de gastos. A única ressalva expressa estabelecida pelo NRF diz respeito à concessão de vantagem, aumento, reajuste ou adequação de remuneração derivada de sentença judicial transitada em julgado (art. 109, inciso I, ADCT). Certamente, tal fato não configura um óbice suficiente a impedir a atuação do Poder Judiciário, mormente se estiver em jogo o mínimo existencial.



- Juris, 2011. p. 609-634.
- BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- BOTELHO, Catarina Santos. *Os Direitos Sociais em tempos de crise: ou revisitar as normas programáticas*. Coimbra: Almedina, 2015.
- CÂMARA DOS DEPUTADOS. Consultoria de Orçamento e Fiscalização Financeira – CONOF. *Informativo Técnico n. 6/2019-CONOF/CD*. Brasília, 14 fev. 2019. Gráfico 1. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/orcamento-da-uniao/estudos/2019/inf_6-2019-ministerio-educacao-despesas-primarias-pagas>. Acesso em: 6 fev. 2020.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- COM teto proposto por Temer, educação sofre freada mais brusca do gasto. São Paulo, Folha de S. Paulo, Dinheiro Público & Cia., 16 jun. 2016. Disponível em: <<http://dinheiropublico.blogfolha.uol.com.br/2016/06/16/com-teto-proposto-por-temer-educacao-sofre-freada-mais-brusca-do-gasto/>>. Acesso em: 17 jun. 2016.
- FURTADO, J. R. Caldas. *Direito Financeiro*. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014.
- DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. 5. ed. São Paulo: atlas, 2014.
- HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. *The Cost of Rights*. New York: W. W. Norton & Company, 1999.
- NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel. *Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017.
- NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra, 2003.
- ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND



DEVELOPMENT (OECD). *Education at a Glance 2015: OECD indicators*. OECD Publishing, Paris, 2015a. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1787/eag-2015-en>>. Acesso em: 14 jun. 2017.

ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). “Brazil”, in *Education at a Glance 2015: OECD Indicators*. OECD Publishing, Paris, 2015b. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1787/eag-2015-46-en>>. Acesso em: 20 jun. 2017.

ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). *Programme for International Student Assessment (PISA)*. Results from PISA 2012 – Brazil. OECD Publishing, Paris, 2012. Disponível em: <<https://www.oecd.org/pisa/home/>>. Acesso em: 17 jun. 2016.

PINTO, Élica Graziane. *Financiamento dos Direitos à Saúde e à Educação*. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

PERGUNTAS e respostas – Novo Regime Fiscal. *Ministério da Fazenda*, Assessoria de Comunicação Social, Brasília, 31 out. 2016. Disponível em: <<http://www.fazenda.gov.br/novo-regime-fiscal/pec-241/perguntas-e-respostas>>. Acesso em: 20 jun. 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SENADO (Brasil). Intuição Fiscal Independente. *Relatório de Acompanhamento Fiscal: A crise fiscal nos Estados e o novo acordo com a União*. Brasília: mar. 2017. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/ifi/public>>.



Acesso em: 13 mar. 2017.

SIFUENTES, Mônica. *Direito Fundamental à Educação: a aplicabilidade dos dispositivos constitucionais*. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2009.

SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, n. 798, p. 23-50, 2002.

TESOURO NACIONAL. Relatório Resumido da Execução Orçamentária (RREO). *Publicações*. Disponível em: <<https://www.tesourotransparente.gov.br/publicacoes/relatorio-resumido-da-execucao-orcamentaria-rreo/2020/10>>. Acesso em: 30 nov. 2020.

TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de Direito Constitucional, Financeiro e Tributário: o Orçamento na Constituição*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. v. V.

DOS TIPOS PENAIIS NO CONTEXTO DE PANDEMIA DO COVID-19*

Rocco Antonio Rangel Rosso Nelson*

Resumo: A pesquisa em tela, fazendo uso de uma metodologia de análise qualitativa, empregando os métodos de abordagem hipotético-dedutivos de caráter descritivo e analítico, em face de técnica de pesquisa bibliográfica, onde se visita a legislação, a doutrina e a jurisprudência, tem por fim analisar os diversos tipos penais possíveis de enquadramento no contexto da pandemia do COVID-19.

Palavras-Chave: Direito Penal. Tipos penais. Pandemia. COVID-19.

1. DAS CONSIDERAÇÕES INICIAIS



Organização Mundial de Saúde – OMS decretou status de pandemia mundial no dia 11 de março de 2020, em face da síndrome respiratória aguda grave 2 (Sars-Cov-2), nova espécie de coronavírus, o qual teve o seu primeiro diagnóstico na cidade de Wuhan, província de Hubei, na República Popular da China, em dezembro de 2019.

Em questão de pouco mais de dois meses um ser vivo microscópio conseguiu um fato único: parou o globo. O

* Artigo de investigação elaborado de estudo desenvolvido na linha de pesquisa “Democracia, Cidadania e Direitos Fundamentais”, inscrito no Grupo de Estudo e Pesquisa em Extensão e Responsabilidade Social, do Instituto Federal do Rio Grande do Norte – IFRN, Brasil.

* Mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte – UFRN. Professor efetivo de Direito do Instituto Federal do Rio Grande do Norte – IFRN, campus Natal-Central.



impensado, o surreal tornou-se factível. Tem-se a impressão de se está em um mundo bizarro.

O sistema de saúde é tomado de assalto pela incapacidade de receber uma massa de doentes que necessitavam de tratamento e em especial das unidades de terapia intensiva (UTIs), acarretando o colapso do mesmo. Esbarra-se em dilemas morais em que o profissional de saúde tem que escolher quem vive e quem morre, como sucedeu-se na Itália e Espanha.

Tem-se milhões de infectados e milhares de mortos.

Tabela 01 - Dados do coronavírus, pela OMS, em 15 de julho de 2020¹

Casos confirmados	Mortes confirmadas	Países, áreas e território com casos
13.119.239 pessoas	573.752 pessoas	216

Fonte: tabela elaborada pelos autores

No intuito de tentar preservar o sistema de saúde para que o mesmo continue funcionando adota-se, de forma geral, a medida forte, mas necessária, do isolamento social² e a quarentena.³ O sistema econômico, muitos deles desenhado em face de um perfil neoliberal, é solavancado, abruptamente, pela necessidade da letargia.

Os Estados nacionais, alguns pertencentes a blocos comunitários, tiveram que fechar suas fronteiras; 90% das operações da aviação, alguns países, estão suspensas; estabelecimentos comerciais fechados, salvos os tidos essências, como farmácias e supermercados; aulas canceladas e com sério risco de

¹ Disponível: <<https://www.who.int/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019>>. Acessado em: 15 de julho de 2020.

² Lei nº 13.979/20. Art. 2º. (...) I - isolamento: separação de pessoas doentes ou contaminadas, ou de bagagens, meios de transporte, mercadorias ou encomendas postais afetadas, de outros, de maneira a evitar a contaminação ou a propagação do coronavírus; e

³ Art. 2º. (...) II - quarentena: restrição de atividades ou separação de pessoas suspeitas de contaminação das pessoas que não estejam doentes, ou de bagagens, contêineres, animais, meios de transporte ou mercadorias suspeitos de contaminação, de maneira a evitar a possível contaminação ou a propagação do coronavírus.

perda do ano letivo; tem-se a suspensão dos campeonatos e copas de futebol, dos jogos da NBA, o adiamento de uma Olimpíada.

A economia desacelerou brutalmente (pior crise pós 1929)⁴ e com ela vem as consequências nefastas do desemprego. Queda vertiginosa das operações das bolsas de valores, bem como dos valores das ações transacionadas, além do câmbio disparando, vindo, assim, a necessidade de intervenção dos bancos centrais. Empresas e, principalmente, as microempresas e pequenas empresas liquidando suas operações, entrando em recuperação judicial ou mesmo com pedido de falência.

Em meio a todo um cenário caótico apresentado ainda se tem que lidar com teoria da conspiração com “roteiro de péssima qualidade” (o vírus foi criado em um laboratório na China e (...),⁵ vertentes negacionistas de que é apenas uma “gripezinha” e “histeria”⁶ ou que saunas e vodca seriam instrumentos hábeis a combater a COVID-19.⁷

Retornando a questão da saúde, no que tange ao Brasil, desenha-se o seguinte cenário, conforme dados do Ministério da Saúde, em 19 de abril de 2020:

4 Cf. Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/ultimas-noticias/afp/2020/04/09/fmi-preve-a-pior-queda-economica-desde-a-grande-depressao-por-covid-19.htm>>. Acessado em: 15 de abril de 2020. Cf. Disponível em: <<https://noticias.paginas.ufsc.br/files/2020/03/31.03.20-TD-NECAT-035-2020.pdf>>. Acessado em: 02 de junho de 2020.

5 Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/internacional/ultimas-noticias/2020/04/19/laboratorio-wuhan-coronavirus-china.htm>>. Acessado em: 10 de julho de 2020.

⁶ Disponível em: <<https://congressoemfoco.uol.com.br/governo/gripezinha-e-historia-cinco-vezes-em-que-bolsonaro-minimizou-o-coronavirus/>>. Acessado em: 02 de junho de 2020.

⁷ Disponível em: <<https://nypost.com/2020/03/30/belarus-president-believes-vodka-and-saunas-will-cure-coronavirus/>>. Acessado em: 15 de julho de 2020.

Tabela 02 – Dados do coronavírus, no Brasil, em 15 de julho de 2020⁸

<i>Unidade da Federação</i>	<i>Confirmados</i>	<i>Óbitos</i>	<i>%</i>
Rio de Janeiro	132822	11624	8,752
Pernambuco	73576	5715	7,767
Ceará	139437	6977	5,004
São Paulo	386607	18324	4,74
Pará	128570	5318	4,136
Mato Grosso	29279	1105	3,774
Amazonas	85641	3063	3,577
Rio Grande do Norte	40341	1432	3,55
Espírito Santo	65213	2082	3,193
Piauí	34156	992	2,904
Alagoas	47005	1314	2,795
Acre	16479	436	2,646
Sergipe	39167	1033	2,637
Rio Grande do Sul	40993	1060	2,586
Paraná	45363	1146	2,526
Maranhão	101467	2536	2,499
Rondônia	27528	663	2,408
Bahia	110029	2584	2,348
Goiás	37832	880	2,326
Paraíba	62462	1342	2,149
Minas Gerais	78643	1688	2,146
Roraima	22968	398	1,733
Tocantins	15723	267	1,698
Amapá	31885	483	1,515

⁸ Disponível: <<https://covid.saude.gov.br/>>. Acessado em: 15 de julho de 2020.

Distrito Federal	73654	960	1,303
Mato Grosso do Sul	13934	177	1,27
Santa Catarina	46050	534	1,16
<i>Brasil</i>	<i>1926824</i>	<i>74133</i>	<i>3,847</i>

Fonte: tabela elaborado pelos autores

Apesar do referido quadro apresentar preocupante, o mesmo não retrata a real dimensão da problemática, posto a incapacidade da realização dos testes, o que acarreta a subnotificação, de sorte que o quantitativo de pessoas infectadas e de mortes, provavelmente, deve ser muito maior.

Em face desse contexto fático imerso em conjunto valorativo vem por meio de um processo dialético refletir o direito penal nesse estado emergencial acarretado pela pandemia, analisando a dinâmica da norma penal em frente desses novos fatos nunca antes vivido na contemporaneidade.

Como nunca, verifica-se, dia após dia, no Brasil, de forma palmar, a mecânica do direito se movimentando conforme a teoria tridimensional do professor Miguel Reale, onde fato, valor e norma se imbricam dialeticamente em seus microcosmos de sorte que cada realidade afeta a outra impulsionando a dinâmica do direito de forma perpétua.⁹

⁹ “(...) entende o direito como síntese histórica de dois elementos pertencentes a realidades diferentes, ‘fato’ (econômico, geográfico, demográfico etc.) e ‘valor’ (justiça, ordem, garantia etc.), concretizados dialeticamente na norma jurídica. Assim, a norma jurídica, para ele, é a síntese ou unidade histórica resultante da integração, dinâmica e dialeticamente aberta a novas sínteses, de fato e valor, ou melhor, a norma resultante da ordenação do fato em função de valores. O direito, nesse modo de pensar, é processo normativo, de natureza dialética, que, disciplinando o “fato” segundo “valores”, cria modelos jurídicos provisórios”. (GUSMÃO, Paulo Dourado de. *Introdução ao estudo do direito*. 49ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, ps. 387-388).

“Em linguagem mais singela, ao fato social atribui-se um valor, o qual se traduz numa norma. Nesse triângulo ou, mais propriamente, nessa dimensão tridimensional, sob qualquer das faces que se analise, sempre haverá essa implicação recíproca. Analisando-se pelo lado da norma, por exemplo, esta é fruto de um fato social ao qual foi atribuído um valor. Esse valor pode não ser, inclusive, o mais adequado ou o que melhor atende à sociedade. Sob o entendimento de Reale, há um mundo do *ser* que avalia a realidade social como efetivamente é; há um mundo de idéias e valores e um



Em face do exposto, a pesquisa em tela, fazendo uso de uma metodologia de análise qualitativa, empregando os métodos de abordagem hipotético-dedutivos de caráter descritivo e analítico, em face de técnica de pesquisa bibliográfica, onde se visita a legislação, a doutrina e a jurisprudência, tem por fim analisar os diversos tipos penais possíveis de enquadramento no contexto da pandemia do COVID-19.

2. DO RESSURGIMENTO DOS TIPOS PENAIIS DE NATUREZA SANITÁRIA ESQUECIDOS

Quando do estudo dos crimes em espécies nas cátedras de direito penal há alguns bens jurídicos que tem a preferência do docente e alunos como os crimes contra a vida, contra o patrimônio, contra a honra e liberdade sexual.

Entretanto, na correria do semestre e em face de um quantitativo surreal de tipos penais a se estudar, os delitos contra a saúde pública não raras vezes acabam no esquecimento.

Com o reconhecimento do estado de calamidade pública

mundo do *dever-ser*, um modelo social almejado. A esse aparato técnico- jurídico-filosófico agrega-se a história. Nunca esses três elementos se apresentarão desligados do contexto histórico. (...)” (VENOSA, Sílvio de Salvo. *Introdução ao estudo do direito*. 2º ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 66).

“Miguel Reale demonstra-nos, situando o direito na região ôntica dos objetos culturais, que, pela análise fenomenológica da experiência jurídica, confirmada pelos dados históricos, a estrutura do direito é tridimensional, visto como o elemento normativo, que disciplina os comportamentos individuais e coletivos, pressupõe sempre uma dada situação de fato, referida a determinados valores. Se direito é a integração normativa de fatos e valores, ante a triplicidade dos aspectos do jurídico - fato, valor e norma, não há como separar o fato da conduta, nem o valor ou finalidade a que a conduta está relacionada, nem a norma que incide sobre ela.

Com isso assume, ele, um tridimensionalismo concreto, dinâmico e dialético, pois fato, valor e norma, como elementos integrantes do direito, estão em permanente atração polar, já que fato tende a realizar o valor, mediante a norma. Os três pólos entram em conexão mediante uma peculiar dialética cultural, denominada, por Miguel Reale, dialética da implicação e da polaridade. Deveras essa dialeticidade conduz à polaridade, visto que dá igual importância ao fato, ao valor e à norma na implicação das três dimensões”. (DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. 18º ed. Saraiva: São Paulo, 2006, p.141)



de comprovação da efetiva situação de perigo no qual o bem jurídico ficou exposto.

2.1. CRIME DE EPIDEMIA

2.1.1. DO NÚCLEO DO TIPO

O delito de pandemia dar-se pela propagação (disseminação, alastramento, proliferação, dispersão) de germes patogênicos (vírus, bactérias, fungos, protozoários), seja de forma direta, lançando o germe no meio ambiente (v.g., no ar, água), seja de forma indireta, comparecendo em ambientes públicos.

Epidemia distiguísse da endemia e da pandemia. A epidemia seria a contaminação simultânea de uma grande quantidade de pessoas. Já endemia consiste em doenças infecciosas que se manifestam em decorrência da região como a dengue, febre amarela e a malária, podendo atingir um quantitativo maior ou menor de pessoas. Por fim, a pandemia versa sobre uma epidemia transnacional que se propaga de forma acelerada e desproporcional, não conhecendo limites geográficos.

O delito em questão só versa sobre a propagação de doença em seres humanos. Caso de enfermidade que sobre caía em plantas e animais há tipo próprio na lei de crimes ambientais (Lei nº 9.605/98).

2.1.2. DO ELEMENTO SUBJETIVO DO TIPO

O presente tipo penal é perpetrado na modalidade dolosa da conduta, seja o dolo direto ou eventual,¹⁰ cujo fim é macular a sociedade em sua inteireza. Atentar que se o fito for atingir

¹⁰ “No caso do dolo eventual há representação de uma pluralidade de resultados, todavia, o sujeito dirige sua vontade em relação a um desses resultados (este não precisa ser ilícito), vindo assumir e aceitar o risco em relação ao outro. (...)”. (NELSON, Rocco Antonio Rangel Rosso Nelson. *Curso de Direito Penal – Parte Geral – Teoria Geral do Crime*. Curitiba: Juruá, 2016, V.1, p. 284).



Está previsto a modalidade culposa, a qual se dá por negligência, imperícia ou imprudência.

O sujeito ativo do delito seria qualquer pessoa, enquanto o sujeito passivo do delito seria a coletividade e de forma imediata as pessoas efetivamente contaminadas.

A consumação dar-se-ia quando se sucede a epidemia, ou seja, a contaminação de diversas pessoas, o qual pode ocorrer, pragmaticamente, quando se realiza aglomerações.

É fundamental ficar demonstrado a potencialidade epidêmica do germe contaminante e do meio para sua dispersão para podermos falar do delito de epidemia.

É público e notório que o COVID-19, o qual constitui em uma síndrome respiratória aguda – SARS, tem potencialidade epidêmica, vindo a assolar o mundo em uma dimensão de pandemia.

Por tratar-se de um crime cuja conduta divide-se em diversos atos, a tentativa é possível. Pode-se falar em tentativa quando apenas algumas pessoas se contaminam em razão da intervenção das entidades sanitárias em impedir sua propagação.

Trata-se de um delito de perigo concreto; doloso (vontade consciente de realizar o delito); culposo (encontra-se previsto a modalidade culposa), comissivo (praticados por meio de uma ação) ou omissivo impróprio (é a ação praticada por meio



da omissão por aqueles que têm o dever de garante); de forma livre (pode ser perpetrado qualquer forma de execução);¹¹ instantâneo (os efeitos do crime não se prolongam no tempo); material (só há consumação do delito com alteração da realidade fática); plurissubsistente (conduta dividida em vários atos); comum (pode ser perpetrada por qualquer pessoa); e unissubjetivo (pode ser cometido por uma ou mais indivíduos).

2.1.6. DAS PENAS

No preceito secundário do tipo penal do art. 267 o legislador fixou pena de 10 a 15 anos de reclusão. Sucedendo-se resultado morte tem-se uma nova pena base de 20 a 30 anos (crime preterdoloso),¹² posto que o legislador determinou sua aplicação em dobro. Lembrar que quando o presente delito resulta em morte, o mesmo é considerado crime hediondo,¹³ sujeitando-se, assim, as consequências penais respectivas.

No caso de o delito ser perpetrado na modalidade culposa a pena será de detenção de 1 a 2 anos. Também, sucedendo-se morte a pena é dobrada passando para 2 a 4 anos.

A fira que no caso do delito na modalidade culposa sem o resultado morte pode se socorrer dos institutos despenalizantes

¹¹ Cf. MASSON, Cleber. *Direito Penal esquematizado – parte especial*. 3º ed. São Paulo: Método, 2013. V. 3, p. 305. O professor Rogério Greco entende ser um crime de forma vinculada, pois o tipo especifica um modo que é mediante a propagação de germes patogênicos. (GRECO, Rogério. *Curso de direito penal – parte geral*. 7º ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011. V. I, p. 108)

¹² “A figura da conduta preterdolosa (ou preterintencional) não vem prescrita no art. 18 do Código Penal, todavia, quando do estudo da parte especial do respectivo Código, constata-se tipos penais onde o resultado excede o dolo do agente,¹² configurando-se uma conduta com um hibridismo subjetivo, pois tem-se o dolo na conduta e a culpa no resultado”. (NELSON, Rocco Antonio Rangel Rosso Nelson. *Curso de Direito Penal – Parte Geral – Teoria Geral do Crime*. Curitiba: Juruá, 2016, V.I, p. 306).

¹³ Lei nº 8.072/90. Art. 1º São considerados hediondos os seguintes crimes, todos tipificados no Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, consumados ou tentados: (...) VII - epidemia com resultado morte (art. 267, § 1º); (...).



da transação penal (pena máxima de até 2 anos)¹⁴ e da suspensão condicional do processo (pena mínima de até 1 ano)¹⁵ da Lei dos Juizados Especiais Criminais (Lei nº 9.099/95).

2.1.7. ALGUMAS PONDERAÇÕES

O referido delito apresenta-se como quase impossível de se apresentar na prática, no Brasil, em relação ao COVID-19, posto o reconhecimento das autoridades sanitárias da transmissão comunitária do referido vírus.

Afirma que constitui, em verdade, um crime impossível dar causa a epidemia se a mesma já se encontra instalada.¹⁶

Poderia, talvez, imaginar situação de algum rincão do Brasil que ainda não haja a disseminação da doença e alguém com o dolo em propagar a doença assim o realize.

Lembrar que o elemento subjetivo do sujeito ativo é a peça fundante para se determinar o tipo penal.

De sorte, que se o agente sabe portador do COVID-19 e passa deliberadamente para um colega com a intenção que o mesmo venha a falecer (*animus necandi*), vai se tratar de homicídio doloso do art. 121 do Código Penal.

Há, também, o delito de contágio de moléstia grave,

¹⁴ Lei 9.099/1995. Art. 76. *Havendo representação ou tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada, não sendo caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas, a ser especificada na proposta.*

¹⁵ Lei nº 9.099/95. Art. 89. Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena (art. 77 do Código Penal).

¹⁶ “(...) Por óbvio, não se pode *causar* epidemia, onde ela já está presente, por se tratar de crime impossível. (...)”. (NUCCI, Guilherme de Souza. A pandemia do coronavírus e a aplicação da lei penal. *Revista dos tribunais*, v. 1015, p. 349-352, 2020).



prescrito no art. 131 do Código Penal,¹⁷ cuja pena é de 1 ano a 4 anos de reclusão, o qual tem o fim específico de transmitir a outrem moléstia grave de que está contaminado. Esse delito se daria, v.g., quando o sujeito ativo usasse a mão para cobrir a tosse e cumprimenta-se o sujeito passivo, o qual tem intenção de passar o COVID-19.

Sucedendo-se a efetiva a contaminação, pode se ter as seguintes possibilidades a depender do resultado: lesão corporal simples (art. 129 do Código Penal),¹⁸ o qual seria absorvido pelo delito do art. 131, por ser mero exaurimento do mesmo; lesão corporal grave (pena de 1 ano a 5 anos de reclusão)¹⁹ ou gravíssima (pena de 2 ano a 8 anos de reclusão),²⁰ os quais constituem delitos mais graves do que o de perigo; lesão corporal seguida de morte quando o resultado morte da vítima for culposa (pena de 4 a 12 anos de reclusão).²¹

2.2. CRIME DE INFRAÇÃO DE MEDIDA SANITÁRIA PREVENTIVA

¹⁷ Código Penal. Art. 131 - Praticar, com o fim de transmitir a outrem moléstia grave de que está contaminado, ato capaz de produzir o contágio:

Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa.

¹⁸ Art. 129. Ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem:

Pena - detenção, de três meses a um ano.

¹⁹ Código Penal, Art. 129. (...).

§ 1º Se resulta: I - Incapacidade para as ocupações habituais, por mais de trinta dias; II - perigo de vida; III - debilidade permanente de membro, sentido ou função; IV - aceleração de parto:

Pena - reclusão, de um a cinco anos.

²⁰ Código Penal. Art. 129. (...).

§ 2º Se resulta: I - Incapacidade permanente para o trabalho; II - enfermidade incurável; III perda ou inutilização do membro, sentido ou função; IV - deformidade permanente; V - aborto:

Pena - reclusão, de dois a oito anos.

²¹ Código Penal. Art. 129. (...).

§ 3º Se resulta morte e as circunstâncias evidenciam que o agente não quis o resultado, nem assumiu o risco de produzi-lo:

Pena - reclusão, de quatro a doze anos.



2.2.1. DO NÚCLEO DO TIPO

Afirma que estar-se diante de uma norma penal em branco, a qual refere-se a prescrições normativas típicas (especifica o núcleo do tipo), as quais necessitam de um complemento normativo integrador, proveniente de outro dispositivo legal, o qual vai permitir aferir a completude da norma proibitiva.²²

Ou seja, necessita de uma norma que busque impedir introdução ou propagação de doença contagiosa. Esse conjunto complementar de normas apresenta-se, em relação ao COVID-19, face a Lei nº 13.979, de 06 de fevereiro de 2020, que dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019, bem como conjunto de decretos estaduais e municipais determinando medida de quarentena para

²² “Chama-se ‘leis penais em branco’ as que estabelecem uma pena para uma conduta que se encontra individualizada em outra lei (formal ou material)”. (ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal Brasileiro*. 6º ed. São Paulo: RT, 2005. V.I, p. 386). “(...) Na norma penal em branco a lei penal descreve o núcleo da conduta proibida, já que a dita lei sempre traz na sua descrição abstrata o verbo, o qual indica o comportamento que é vetado pelo Direito Penal sob a ameaça de uma pena. Todavia, o complemento do verbo, sempre necessário para a individualização da conduta incriminada, é feito por outra norma jurídica”. (BRANDÃO, Cláudio. *Curso de Direito Penal – parte geral*. 2º ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 82).



o enfrentamento do novo coronavírus.

2.2.2. DO ELEMENTO SUBJETIVO DO TIPO

O presente tipo penal, também, perpetrado na modalidade dolosa da conduta, podendo ser na esfera do dolo direto ou eventual. Não há um fim especial de agir.

O legislador não contemplou o crime de infração de medida sanitária preventiva na dimensão subjetiva da culpa.²³

2.2.3. DO SUJEITO ATIVO E DO SUJEITO PASSIVO

O sujeito ativo do delito seria qualquer pessoa, enquanto o sujeito passivo do delito seria a coletividade e de forma imediata as pessoas efetivamente contaminadas.

2.2.4. DA CONSUMAÇÃO E DA TENTATIVA

A consumação dar-se quando do desrespeito da medida sanitária, independentemente de ocorrer ou não a transmissão da doença contagiosa.

Por tratar-se de um crime cuja conduta divide-se em diversos atos, a tentativa é possível.

2.2.5. DA CLASSIFICAÇÃO

Trata-se de um delito de perigo abstrato; doloso (vontade consciente de realizar o delito, não se contemplando a modalidade culposa); comissivo (praticados por meio de uma ação) ou

²³ “(...), faz-se luzir que a regra geral, adotado pelo Código Penal, a partir da redação do parágrafo único do art. 18, é o elemento subjetivo doloso nos tipos penais. De tal sorte, só poderá falar em delito culposos, quando assim estiver previsto expressamente do respectivo tipo penal”. (NELSON, Rocco Antonio Rangel Rosso Nelson. *Curso de Direito Penal – Parte Geral – Teoria Geral do Crime*. Curitiba: Juruá, 2016, V.I, p. 279).



omissivo impróprio (é a ação praticada por meio da omissão por aqueles que têm o dever de garante); de forma livre (pode ser perpetrado qualquer forma de execução); instantâneo (os efeitos do crime não se prolongam no tempo); formal (o resultado naturalístico é dispensável para a consumação); plurissubsistente (conduta dividida em vários atos); comum (pode ser perpetrada por qualquer pessoa); e unissubjetivo (pode ser cometido por uma ou mais indivíduos).

2.2.6. DAS PENAS

No preceito secundário do tipo penal do art. 268 o legislador fixou uma mera pena de 1 mês a 1 ano de detenção e multa. Há previsão do aumento de pena em 1/3 caso o sujeito do ativo do delito seja algum agente de saúde. Para esse aumento de pena o delito é próprio.

De forma geral as medidas despenalizadoras do Lei dos Juizados Especiais Criminais (Lei nº 9.099/95) aplicam-se em sua integralidade ao presente tipo penal.

Atentar com a redação do art. 285 do Código Penal que remete ao art. 258 o qual prescreve causa de aumento de pena (metade) quando do resultado acarretar lesão corporal de natureza grave e quando do resultado morte (dobro). Nas hipóteses de resultado morte e o sujeito ativo for um agente de saúde a transação penal fica inviabilizado, pois a pena máxima, em abstrato, ultrapassaria os 2 anos.

2.2.7. CASO REAL

A imprensa notícia dois casos que se subsumem perfeitamente ao tipo ora analisado.

Um ocorreu no Rio Grande do Norte, onde se realizou uma festa de aniversário, em um clube, na praia, para 70



pessoas,²⁴ apesar do Decreto Estadual nº 29.583/20, onde se proíbe o funcionamento de estabelecimentos como o referido clube,²⁵ bem como atividade coletivas de qualquer natureza, sejam públicas ou privadas.²⁶

Outro caso, veiculado na mídia, deu-se em Porto Velho – RO, onde um grupo familiar estava realizando festas intituladas “CononaFest”²⁷ em evidente desrespeito ao Decreto Estadual nº 24.919/20 que proibia a realização e eventos e reuniões, públicas ou privadas, com mais de 5 pessoas.²⁸

2.3. OMISSÃO DE NOTIFICAÇÃO DE DOENÇA

2.3.1. DO NÚCLEO DO TIPO

Tem-se no presente tipo uma conduta omissa pura em relação a figura do médico que deixa de comunicar a autoridade pública sobre doença de notificação compulsória.

Aqui a norma penal incriminadora é mandamental, pois vem por responsabilizar penalmente aquele que não realiza a conduta prescrita no tipo penal. Ou seja, tem-se a ameaça da

²⁴ Disponível em: <<http://www.tribunadonorte.com.br/noticia/pm-realiza-prisa-o-apreende-vea-culo-e-pa-e-fim-a-festa-que-reuniu-70-pessoas-em-tibau-do-sul/477913>>.

²⁵ Decreto Estadual nº 29.583/20. Art. 5º Está suspenso o funcionamento de boates, casas de eventos e de recepções, salões de festas, inclusive os privativos, clubes sociais, parques públicos, parques de diversões, academias de ginástica e similares.

²⁶ Art. 11. Estão suspensas as atividades coletivas de qualquer natureza, públicas ou privadas, incluindo eventos de massa, shows, atividades desportivas, feiras, exposições e congêneres.

²⁷ Disponível em: <<https://g1.globo.com/ro/rondonia/noticia/2020/04/17/26-profissionais-da-saude-sao-afastados-apos-terem-contato-com-pacientes-infectados-no-cononafest-em-porto-velho.ghtml>>.

²⁸ Decreto Estadual nº 24.919/20. Art. 3º. (...) I – A proibição: a) da realização de eventos e de reuniões de qualquer natureza, de caráter público ou privado, incluídas excursões, cursos presenciais, e templos de qualquer culto, com mais de 5 (cinco) pessoas, exceto reuniões de governança para enfrentamento da epidemia no âmbito municipal e estadual; (...).



pena dirigido aquele que descumpre uma ordem, realiza um não fazer, quando o tipo penal assim determinara a ação específica.

Também estar-se diante de uma norma penal em branco, a qual necessita de um complemento normativo integrador. Ou seja, só se consegue aferir alcance da norma penal quando se socorre de uma norma complementar.

Constata publicação da Portaria nº 758, de 9 de abril de 2020, do Ministério da Saúde, o qual determina procedimento para o registro obrigatório de internações hospitalares dos casos suspeitos e confirmados de COVID-19, nos estabelecimentos de saúde públicos e privados que prestam serviços no SUS. Além disso há Portaria nº 264, de 17 de fevereiro de 2020, que consta a determinação de notificação obrigatória em caso de síndrome respiratória aguda grave associada ao coronavírus.

2.3.2. DO ELEMENTO SUBJETIVO DO TIPO

O presente tipo penal, também, perpetrado na modalidade dolosa da conduta, podendo ser na esfera do dolo direto ou eventual.

O legislador não contemplou o crime de infração de medida sanitária preventiva na dimensão subjetiva da culpa.

2.3.3. DO SUJEITO ATIVO E DO SUJEITO PASSIVO

O sujeito ativo do delito é apenas a figura do médico, de sorte está-se diante de um crime próprio (o tipo penal prescreve algumas condições especiais do sujeito ativo - um atributo fático ou jurídico - para que seja possível a subsunção) enquanto o sujeito passivo do delito seria a coletividade.

2.3.4. DA CONSUMAÇÃO E DA TENTATIVA

Por ser um crime de perigo abstrato, a consumação



ocorre quando o médico tem ciência da doença de notificação compulsória e não o faz.

A tentativa é inadmissível, por tratar-se de crime omissivo próprio.

2.3.5. DA CLASSIFICAÇÃO

Trata-se de um delito de perigo abstrato (dispensa a comprovação da risco ao bem jurídico); doloso (vontade consciente de realizar o delito, não se contemplando a modalidade culposa); omissivo próprio (praticados por meio de um não fazer); de forma livre (pode ser perpetrado qualquer forma de execução); instantâneo (os efeitos do crime não se prolongam no tempo); mera conduta (para consumação do delito basta o resultado normativo, inexistindo o natural); unissubsistente (delito se consuma em um único ato); próprio em relação ao sujeito ativo (pode ser perpetrada só pela figura do médico); e unissubjetivo (pode ser cometido por uma ou mais indivíduos).

2.3.6. DAS PENAS

No preceito secundário do tipo penal do art. 269 o legislador fixou pena de 6 meses a dois anos de detenção e multa.

No tipo em espécie aplica-se todos os institutos despenalizantes da Lei nº 9.099/95 já explicitado anteriormente.

Aplica-se o aumento de pena do art. 285 do Código Penal (metade quando do resultado acarretar lesão corporal de natureza grave; o dobro quando do resultado morte)

Constata-se que a notificação compulsória constitui dado fundamental para os gestores de saúde no que tange a tomada de decisão no combate ao coronavírus, de sorte que a omissão prescrita no art. 269 do Código Penal ganha um novo escopo valorativo de forma que a sanção penal prescrita não retrata a importância do referido tipo penal.



2.4. DA AÇÃO PENAL

Outro elemento importante a se frisado é que a ação penal adequada a todos os delitos contra a saúde público em questão é a ação penal pública incondicionada, ou seja, ação manejada pelo membro do Ministério Público, independentemente representação da vítima.²⁹

3. OUTROS TIPOS PENAIIS

3.1. DESOBEDIÊNCIA

Art. 330 - Desobedecer a ordem legal de funcionário público:

Pena - detenção, de quinze dias a seis meses, e multa.

Trata-se de outro delito que vem à tona com a pandemia visto os decretos estaduais e municipais que proíbe aglomerações e bem como limita o funcionamento de estabelecimentos comerciais, dentre outras medidas, de sorte que sucedendo-se a fiscalização sanitária e após a determinação ode ordem legal pelo agente público para que o particular tome medidas para se adequar aos decretos e isso não se sucedendo-se, ter-se-ia o delito de desobediência.

3.1.1. DO NÚCLEO DO TIPO

A conduta do tipo em questão versa sobre o verbo “desobedecer”, constituindo-se em uma resistência passiva ao

²⁹ “A forma para se determinar qual a espécie de ação penal (pública condicionada ou privada, seja exclusiva ou personalíssima) para o respectivo tipo penal dar-se-á por uma lógica de exclusão.

Se no bojo do tipo penal incriminador não se especificar que o mesmo se procede mediante representação, requisição ou queixa, se estará diante de uma ação penal pública incondicionada, a qual, como já dito, constitui-se na regra geral dentre as ações penais”. (NELSON, Rocco Antonio Rangel Rosso Nelson. *Curso de Direito Penal – Parte Geral – Teoria da Pena*. Curitiba: Juruá, 2017, V.II, p. 502).



atendimento de ordem legal emitida por funcionário público.

A ordem precisa está revestida de legalidade quanto aos aspectos formais e materiais, bem como o funcionário precisa ter atribuição para poder emaná-la, sob pena da conduta de desobediência ser tida como atípica. Além disso é imprescindível que a pessoa a qual fora dirigida a ordem legal tenha obrigação em acatá-la sob pena, novamente, de atipicidade na conduta³⁰.

3.1.2. DO ELEMENTO SUBJETIVO DO TIPO

O presente tipo penal é perpetrado na modalidade dolosa da conduta, dando-se na esfera do dolo direto.

O legislador não contemplou o presente tipo penal na dimensão subjetiva da culpa.

3.1.3. DO SUJEITO ATIVO E DO SUJEITO PASSIVO

O sujeito ativo do delito é pode ser qualquer pessoa a pessoa não se exigindo condição particular, enquanto o sujeito passivo do delito é o Estado e o funcionário público que determinou a ordem a qual não fora cumprida indevidamente.

3.1.4. DA CONSUMAÇÃO E DA TENTATIVA

³⁰ “AÇÃO PENAL ORIGINÁRIA. FALSIDADE IDEOLÓGICA. DESOBEDIÊNCIA. AUSÊNCIA DE DOLO. INSUFICIÊNCIA DE PROVAS. ABSOLVIÇÃO. DENÚNCIA JULGADA IMPROCEDENTE. RÉU ABSOLVIDO NOS TERMOS DO INC. III, DO ART. 386, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. 1. O crime de desobediência se configura quando demonstrada a clara intenção do agente de não cumprir ordem emanada da autoridade pública. *Para a configuração do delito é insuficiente que a ordem não seja cumprida, sendo necessário que tenha sido endereçada diretamente a quem tem o dever de cumpri-la e que este, com vontade específica de contrariar, desatenda ao comando.* 2. No caso dos autos, ficou demonstrado que o réu não foi responsável pelo descumprimento da ordem judicial, inexistindo, ademais, qualquer proceder doloso no fato ocorrido. 3. Denúncia julgada improcedente, nos termos do art. 386, inciso III, do Código de Processo Penal”. (Grifos nossos)
STF, Pleno, AP nº 633/RS, rel. Min. Teori Zavascki, julgado em 24/10/2013, DJe em 21/02/2014.



A consumação dar-se quando o sujeito do crime faz ou deixa de fazer algo diverso da ordem dada pelo funcionário público.

É imperioso que o funcionário público emita uma ordem individualizada, seja por escrito ou verbal. A mera solicitação não atendida não se poderia falar em delito.

A tentativa é admissível, quando não se tratar de omissão própria.

3.1.5. DA CLASSIFICAÇÃO

Trata-se de um delito de dano (sucede quando da efetiva lesão ao bem jurídico tutelado); doloso (vontade consciente de realizar o delito, não se contemplando a modalidade culposa); comissivo (praticados por meio de uma ação) ou omissivo impróprio (é a ação praticada por meio da omissão por aqueles que têm o dever de garantir); de forma livre (pode ser perpetrado por qualquer forma de execução); instantâneo (os efeitos do crime não se prolongam no tempo); mera conduta (mera conduta para consumação do delito basta o resultado normativo, inexistindo o natural); unissubsistente ou plurissubsistente;³¹ próprio em relação ao sujeito passivo (precisa ser funcionário público); e unissubjetivo (pode ser cometido por uma ou mais indivíduos).

3.1.6. DAS PENAS

No preceito secundário do tipo penal do art. 330 o legislador fixou pena de 15 dias a seis meses de detenção e multa.

No tipo em espécie aplica-se todos os institutos despenalizantes da Lei nº 9.099/95 já explicitado.

³¹ Cf. GRECO, Rogério. *Curso de direito penal – parte especial*. 7º ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011. IV, p. 488.



3.1.7. DA AÇÃO PENAL

A ação penal adequada ao presente delito é a ação penal pública incondicionada, ou seja, ação manejada pelo membro do Ministério Público, independentemente representação da vítima.

3.1.8. ALGUMAS PONDERAÇÕES

É importante frisar que só se estará configurado a tipicidade do crime de desobediência quando do não cumprimento da ordem emanada pelo funcionário público estiver previsto, além da sanção administrativa e/ou civil, o destaque da repercussão penal.³²

Isso pode ser aferir, por exemplo, na prescrição d o art. 3º da Portaria Interministerial nº 5, de 17 de março de 2020, que dispõe sobre a compulsoriedade das medidas de enfrentamento da emergência de saúde pública previstas na Lei nº 13.979, de 06 de fevereiro de 2020: “O descumprimento das medidas previstas no art. 3ª da Lei nº 13.979, de 2020, acarretará a responsabilização civil, administrativa e penal dos agentes infratores”.

Outro detalhe é que em respeito ao princípio da vedação do *bis in idem* só se poderia pensar nessa tipificação caso não fosse a hipótese, no caso concreto, de se enquadrar a conduta no tipo penal do delito de infração de medida sanitária preventiva.³³

³² “HABEAS CORPUS. CRIME DE DESOBEDIÊNCIA. ATIPICIDADE. MOTO-RISTA QUE SE RECUSA A ENTREGAR DOCUMENTOS À AUTORIDADE DE TRÂNSITO. INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA. A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que não há crime de desobediência quando a inexecução da ordem emanada de servidor público estiver sujeita à punição administrativa, sem ressalva de sanção penal. Hipótese em que o paciente, abordado por agente de trânsito, se recusou a exibir documentos pessoais e do veículo, conduta prevista no Código de Trânsito Brasileiro como infração gravíssima, punível com multa e apreensão do veículo (CTB, artigo 238). Ordem concedida”. (Grifos nossos)
STF, Pleno, AP nº 633/RS, rel. Min. Teori Zavascki, julgado em 24/10/2013, DJe em 21/02/2014.

³³ Cf. NUCCI, Guilherme de Souza. A pandemia do coronavírus e a aplicação da lei penal. *Revista dos tribunais*, v. 1015, p. 349-352, 2020.



3.2. PERIGO DE CONTÁGIO DE MOLÉSTIA GRAVE

Art. 131 - Praticar, com o fim de transmitir a outrem moléstia grave de que está contaminado, ato capaz de produzir o contágio:

Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa

3.2.1. DO NÚCLEO DO TIPO

A conduta do tipo em questão versa sobre o verbo “praticar”, o qual pode ser realizado por qualquer meio de execução com o desiderato de transmitir moléstia grave, seja diretamente, por meio de contato físico, seja de forma indireta por meio do uso de algum objeto, independentemente de ser uma doença curável ou não.

Detalhe importante é que o tipo abarca todas as enfermidades graves, não fazendo restrições, vindo a constituir-se em uma norma penal em branco, devendo-se recorrer aos documentos do Ministério da Saúde para aferir as doenças catalogadas como grave e contagiosa.

Afirma que é requisito fundante do tipo que o sujeito ativo do delito possua a moléstia grave. Essa fora um dos argumentos que o ministro Marco Aurélio apontou na petição nº 8.746 que informava notícia-crime em relação a conduta do Presidente da República:

(...)

Relativamente às infrações de perigo de contágio de moléstia grave e perigo para a vida ou saúde de outrem, considerada idêntica óptica, no que inexistente evidência de contágio do Presidente da República pelo novo coronavírus, *não há elementos típicos constitutivos de tais delitos, alusivos à prática de ato capaz de produzir a propagação de enfermidade contagiosa de que está infectado*, bem como expor a vida ou a saúde de outra pessoa a perigo de dano direto, efetivo e iminente.



(...)³⁴

Caso a transmissão se der via indireta por um objeto contaminado, do qual o sujeito ativo não seja portador, tem-se a configuração do delito de lesão corporal.

3.2.2. DO ELEMENTO SUBJETIVO DO TIPO

O presente tipo penal é perpetrado na modalidade dolosa da conduta, dando-se na esfera do dolo direto.

O legislador não contemplou o presente tipo penal na dimensão subjetiva da culpa.

Destaca-se que o ter do tipo penal prescreve um fim especial de agir determinando a obrigatoriedade da necessidade da conduta “(...) com o fim de transmitir”, inviabilizando, assim, a possibilidade da prática da infração via dolo eventual.³⁵

O professor Renato Brasileiro, ao tratar sobre o crime de abuso de autoridade entende possível a compatibilidade ente o especial fim de agir com o dolo eventual. Assim lapida o professor alhures:

O fato de o delito contemplar um especial fim de agir, como ocorre nos crimes de abuso de autoridade, não afasta a possibilidade de o delito ser imputado ao agente a título de dolo eventual. Prova disso, aliás, é o fato de o Código Penal contemplar diversos delitos cuja tipificação demanda um especial fim de agir, tais como, por exemplo, furto (“para si ou para outrem”), extorsão mediante sequestro (“com o fim de obter, para si ou para outrem, qualquer vantagem, como condição ou preço do resgate”), etc., sem que a doutrina jamais tenha questionado a possibilidade de tais delitos serem atribuídos ao agente tanto a

³⁴ STF, decisão monocrática, PET nº 8746/DF, rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 13/04/2020, DJe em 17/04/2020.

³⁵ “Poderá ser praticado com dolo eventual? Entendemos que não, pois existência do especial fim de agir demonstra que o tipo somente pode ser cometido com dolo direto. (...)”. (GRECO, Rogério. *Curso de direito penal – parte especial*. 9º ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2012. V. II, p. 313). Cf. MASSON, Cleber. *Direito Penal esquematizado – parte especial*. 5º ed. São Paulo: Método, 2013. V. 2, p.131. Cf. CUNHA, Rogério Sanches. *Manual de direito penal – parte especial*. 6º ed. Salvador: Juspodivm, 2014, p. 152.



título de dolo direto quanto a título de dolo eventual.

Não há nenhuma incompatibilidade entre as duas figuras. Por isso, se restar comprovado que o agente público não queria o resultado (dolo direto), mas assumiu o risco de produzi-lo, deverá responder pelo crime de abuso de autoridade em questão a título de dolo eventual, se assim o fizer, logicamente, para prejudicar outrem ou beneficiar a si mesmo ou a terceiro, ou, ainda, por mero capricho ou satisfação pessoal.³⁶

De tal sorte, entendemos que o raciocínio jurídico aplicado ao delito de abuso de autoridade pode ser muito bem aplicado ao delito perigo de contágio de moléstia grave, de sorte que seria possível a responsabilização a título de dolo eventual, apesar do especial fim de agir.

3.2.3. DO SUJEITO ATIVO E DO SUJEITO PASSIVO

O sujeito ativo do delito é aquele que se encontra infectado com a moléstia grave, de sorte está-se diante de um crime próprio (o tipo penal prescreve algumas condições especiais do sujeito ativo - um atributo fático ou jurídico - para que seja possível a subsunção) enquanto o sujeito passivo do delito qualquer pessoa.

3.2.4. DA CONSUMAÇÃO E DA TENTATIVA

Tendo em vista que o tipo penal em questão é um crime formal, tem a consumação com a mera realização do núcleo do

³⁶ LIMA, Renato Brasileiro. *Nova lei de abuso de autoridade*. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 36. Em sentido diverso Rogério Sanches e Rogério Greco. “Talvez com o fim de espancar algumas das pertinentes críticas, logo no seu artigo inaugural, a Lei 13.869/2019 anuncia que a existência do crime depende de o agente comportar-se abusivamente com a finalidade específica de prejudicar outrem ou beneficiar a si mesmo ou a terceiro, ou, ainda, por mero capricho ou satisfação pessoal. Eis o elemento subjetivo presente nos vários tipos incriminadores, restringindo o alcance da norma de tal forma que, a nosso ver, o dolo eventual fica descartado”. (CUNHA, Rogério Sanches; GRECO, Rogério. *Abuso de autoridade - lei 13.869/2019 - comentado artigo por artigo*. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 13)



tipo, “praticar”, independentemente da efetiva transmissão da moléstia grave.

A tentativa é admissível, por tratar-se de crime plurissubsistente.

É importante destacar que vindo efetivar-se a transmissão da moléstia grave, algumas situações podem acabar apresentando-se. Sucedendo-se lesão corporal leve este é absorvido pelo crime de contágio de moléstia grave, visto ser mero exaurimento do delito. Todavia, ocorrendo uma situação de lesão corporal grave ou gravíssima, esse prevalece em relação ao delito de contágio de moléstia grave. Já em situação de um resultado culposos decorrendo a morte da vítima, o sujeito ativo responde por lesão corporal seguida de morte. Sendo o resultado morte buscado dolosamente, face a moléstia grave adquirida, o sujeito será imputado por homicídio doloso.

3.2.5. DA CLASSIFICAÇÃO

Trata-se de um delito de dano (sucede quando da efetiva lesão ao bem jurídico tutelado); doloso (vontade consciente de realizar o delito, não se contemplando a modalidade culposa); comissivo (praticados por meio de uma ação) ou omissivo impróprio (é a ação praticada por meio da omissão por aqueles que têm o dever de garante); de forma livre (pode ser perpetrado por qualquer forma de execução); instantâneo (os efeitos do crime não se prolongam no tempo); formal (resultado não é elemento fundante para a consumação); plurissubsistente (conduta dividida em vários atos); próprio em relação ao sujeito ativo (só pode ser perpetrado por um agente detentor de moléstia grave); e unissubjetivo (pode ser cometido por uma ou mais indivíduos).

3.2.6. DAS PENAS

No preceito secundário do tipo penal do art. 131 o

legislador fixou pena de um ano a quatro anos de reclusão e multa.

Tendo em vista que a pena mínima não supera a um ano de reclusão tem-se a possibilidade de socorrer-se do instituto da suspensão condicional do processo no prescrito na lei dos juizados especiais criminais.

3.2.7. DA AÇÃO PENAL

A ação penal adequada ao presente delito é a ação penal pública incondicionada, ou seja, ação manejada pelo membro do Ministério Público, independentemente representação da vítima.

3.2.8. ALGUMAS PONDERAÇÕES

Existindo a finalidade de transmitir o COVID-19, ter-se-ia o tipo do art. 131.

Não havendo a finalidade específica de transmissão do COVID-19 e alguém que seja portador do coronavírus (e saiba que está com o mesmo) e venha a sair as ruas sem o devido cuidado (ausência de equipamentos individuais de proteção – EPI, por exemplo), pode acabar respondendo pelo delito do art. 132 do Código Penal³⁷ que se refere a expor a vida ou a saúde de outrem a perigo direto e iminente (pena de 3 meses a 1 ano de detenção), o qual se consuma com a mera exposição, independentemente do contágio, desde que a conduta não constitua delito mais grave. Ou seja, esse delito é subsidiário.

Ocorrendo a efetivo contágio o delito deixa de ser o

³⁷ Código Penal. Art. 132 - Expor a vida ou a saúde de outrem a perigo direto e iminente:

Pena - detenção, de três meses a um ano, se o fato não constitui crime mais grave.

Parágrafo único. A pena é aumentada de um sexto a um terço se a exposição da vida ou da saúde de outrem a perigo decorre do transporte de pessoas para a prestação de serviços em estabelecimentos de qualquer natureza, em desacordo com as normas legais.



prescrito no art. 132 do Código Penal e vem por subsumir em lesão corporal culposa do art. 129, §6º do Código Penal (pena de 2 meses a 1 ano de detenção).

3.3. CHARLATANISMO

O tipo penal em estudo é conhecido como estelionato com a saúde pública:

Art. 283 - Inculcar ou anunciar cura por meio secreto ou infalível:

Pena - detenção, de três meses a um ano, e multa.

3.3.1. DO NÚCLEO DO TIPO

O tipo em tela é multinuclear, sendo composto pelos verbos inculcar (indicar/sugerir/aconselhar) e anunciar (apregoar/divulgar/noticiar), vindo a prática de ambos constituir em um único delito.

Constate que a ilicitude se apresenta pelo meio secreto e infalível de cura de doença. A medicina constitui-se, em verdade em atividade-meio e não em atividade-fim.³⁸

3.3.2. DO ELEMENTO SUBJETIVO DO TIPO

O presente tipo penal é perpetrado na modalidade dolosa da conduta, podendo ser na esfera do dolo direto ou eventual.

Não há nenhum fim especial de agir, sendo dispensado qualquer busca de vantagem financeira ou indevida do agente.

Todavia, é imprescindível que o sujeito ativo tenha consciência de que a cura alardeada não gera os resultados prometidos.³⁹

³⁸ MASSON, Cleber. *Direito Penal esquematizado – parte especial*. 3º ed. São Paulo: Método, 2013. V. 3, p.366.

³⁹ Em sentido diverso, o professor Rogério Greco entende que se trata de um delito de perigo concreto. Cf. GRECO, Rogério. *Curso de direito penal – parte especial*. 7º ed.



O legislador não contemplou o crime na sua dimensão subjetiva da culpa.

3.3.3. DO SUJEITO ATIVO E DO SUJEITO PASSIVO

O sujeito ativo do delito é a pessoa desprovido de conhecimento médico enquanto o sujeito passivo é a coletividade, posto ser um delito vago, bem como as pessoas enganadas pelo charlatão.

3.3.4. DA CONSUMAÇÃO E DA TENTATIVA

Tendo em vista que o tipo penal em questão é um crime formal, tem a consumação com a mera realização do núcleo do tipo, “inculcar” ou “anunciar”, independentemente da pessoa enferma ser de fato tratada com o medicamento infalível ventilado.

A tentativa é admissível, por tratar-se de crime plurissubistente.

Por ser um crime instantânea, não há necessidade de reiteração da ação para sua consumação.

3.3.5. DA CLASSIFICAÇÃO

Trata-se de um crime de perigo abstrato (dispensa a comprovação da risco ao bem jurídico);⁴⁰ doloso (vontade consciente de realizar o delito, não se contemplando a modalidade culposa); comissivo (praticados por meio de uma ação) ou omissivo impróprio (é a ação praticada por meio da omissão por aqueles que têm o dever de garante); de forma livre (pode ser perpetrado por qualquer forma de execução); instantâneo (os efeitos do crime não se prolongam no tempo); formal (resultado não é elemento

Rio de Janeiro: Impetus, 2011. IV, p. 186.

⁴⁰ GRECO, Rogério. *Curso de direito penal – parte especial*. 7º ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011. IV, p. 187.



fundante para a consumação); plurissubsistente (conduta dividida em vários atos); comum (pode ser perpetrada por qualquer pessoa); vago (sujeito passivo do crime é destituído de qualquer personalidade jurídica) e unissubjetivo (pode ser cometido por uma ou mais indivíduos).

3.3.6. DAS PENAS

No preceito secundário do tipo penal do art. 284 o legislador fixou pena de 6 meses a dois anos de detenção. Caso haja remuneração também se tem a pena de multa.

No tipo em espécie aplica-se todos os institutos despenalizantes da Lei nº 9.099/95.

3.3.7. DA AÇÃO PENAL

A ação penal adequada ao presente delito é a ação penal pública incondicionada, ou seja, ação manejada pelo membro do Ministério Público, independentemente representação da vítima.

3.3.8. CASO REAL

Em momento de crise mundial não deixa de existir pessoas que buscam se aproveitar da incredulidade dos necessitados e desesperados com a pandemia e tentam vender a cura contra o covid-19, sendo pessoas de dentro da área da saúde e outros não.

Em rápida busca por notícias encontra-se casos de líder religioso vendendo semente a R\$ 1000,00 reais com promessa de cura do coronavírus,⁴¹ outros ventila uma água milagrosa,⁴²

⁴¹ Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/saude/ultimas-noticias/redacao/2020/05/07/pastor-valdemiro-santiago-vende-sementes-prometendo-a-cura-da-covid-19.htm>>.

⁴² Disponível em: <<https://jornaldebrasil.com.br/nahorah/mpf-deve-investigar-pastor-por-promover-agua-milagrosa-para-a-cura-do-covid-19/>>.



Deixa-se claro que os casos citados são meramente exemplificativos, estando sendo investigados pela polícia, ministério público e conselhos de classes.

3.4. FALSIFICAÇÃO, CORRUPÇÃO, ADULTERAÇÃO OU ALTERAÇÃO DE PRODUTO DESTINADO A FINS TERAPÊUTICOS OU MEDICINAIS

VI - adquiridos de estabelecimento sem licença da autoridade sanitária competente.

⁴⁵ Disponível em: <<https://amb.org.br/noticias/amb-contra-o-charlatanismo-no-fantastico/>>.



§ 2º - Se o crime é culposos:

Pena - detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa.

3.4.1. UMA CRÍTICA INICIAL

É importante ressaltar que o presente tipo prescrito em seu caput e §1º, §1º-A e §1º-B constitui-se em crime hediondo conforme o art. 1ª, VII-B da Lei nº 8.072/90, o qual fora acrescentado pela Lei nº 9.677/98.

Vislumbra-se uma clara violação ao princípio da proporcionalidade, seja pela pena base de 10 a 15 anos, seja o seu enquadramento como crime hediondo.⁴⁶

Na análise estrutural do princípio da proporcionalidade, o exame da adequação busca aferir a idoneidade dos meios para atingir os fins perseguidos (relação adequação da medida-fim). Quando do exame da necessidade, vai se buscar identificar qual dentre as medidas adequadas para atingir o fim tem o caráter menos gravoso. Por fim, quando do exame da proporcionalidade em sentido estrito, faz um juízo de ponderação para avaliar a proporcionalidade entre o meio escolhido e o fim almejado.⁴⁷

(...). O princípio da proporcionalidade exige que se faça um juízo de ponderação sobre a relação existente entre o bem que é lesionado ou posto em perigo (gravidade do fato) e o bem de que pode alguém ser privado (gravidade da pena). Toda vez que, nessa relação, houver um desequilíbrio acentuado, estabelece-se, em consequência, uma inaceitável desproporção. (...)⁴⁸

Reconhece-se que o princípio da proporcionalidade possui dois desdobramentos normativos: a proibição do excesso e a proibição da proteção deficiente.

Na proibição do excesso, a qual é dirigida tanto para o

⁴⁶ Cf. FRANCO, Alberto Silva; LIRA, Rafael; FELIX, Yuri. *Crimes hediondos*. 7º ed. São Paulo: RT, 2011, p. 179-181.

⁴⁷ Cf. FELDENS, Luciano. *A Constituição Penal – A Dupla Face da Proporcionalidade no Controle de Normas Penais*. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2005, ps. 163-166.

⁴⁸ FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui (coords). *Código penal e sua interpretação*. 8º ed. São Paulo: RT, 2007, p. 52.



legislador como para o magistrado, busca limitar o *jus puniendi* do Estado, evitando a penalização de condutas sem relevância necessária ao Direito Penal, bem como evitando que a condutas delitivas venham a ser sancionadas de forma excessiva, face um exagero na valoração.⁴⁹

O exagero na penalização e na aplicação do regime mais gravoso imposto pela tipificação de delito hediondo é premente. Constate que a pena mínima de 10 anos é superior a pena mínima do homicídio simples (6 anos), bem como é muito próxima da pena mínima do homicídio qualificado (12 anos).

Não se nega a importância do bem jurídico tutelado pelo tipo do art. 273, mas está se valorando de forma muito mais acentuado um crime de perigo do que um crime dano que busca tutelar a vida (art. 121 do CP), isso se fazer uma interpretação sistemática do Código Penal.

3.4.2. DO NÚCLEO DO TIPO

O tipo em tela é multinuclear, sendo composto pelos verbos corromper (desnaturar), adulterar (degenerar), falsificar (dar aparência de verdadeiro) ou alterar (modificar), vindo a prática de ambos constituir em um único delito.

As referidas condutas são perpetradas em relação a produtos destinados a fins terapêuticos ou medicinais.

No §1º-A do art. 273, tem-se uma norma pena explicativa

⁴⁹ O professor Luigi Ferrajoli vislumbra a pena pecuniária e a de prisão perpétua como penas violadoras do princípio da proporcionalidade e da igualdade. “Existem dois tipos de pena que parecem pela sua natureza contrários ao princípio de proporcionalidade e da igualdade das penas: a prisão perpétua e as penas pecuniárias. Como veremos logo abaixo, ambas as formas de pena carecem de justificação externa por motivos bem distintos: uma porque é desumana e não graduável equitativamente pelo juiz, a outra porque resulta em todo caso desproporcional por inexistir qualquer proibição penal informada pelo princípio de economia ou de necessidade. Mas ambas furtam-se ademais ao princípio igualitário da proporcionalidade: a prisão perpétua, porque tem uma duração mais longa para os condenados jovens do que para os velhos; as multas, porque seu grau aflictivo depende da riqueza do réu”. (FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão – teoria do garantismo penal*. 2º ed. São Paulo: RT, 2006, p. 370).



que explicita o alcance do tipo penal em relação a medicamentos, as matérias-primas, os insumos farmacêuticos, os cosméticos, os saneantes e os de uso em diagnóstico.

Os medicamentos são os produtos destinados ao combate de doenças ou com finalidade profilática.⁵⁰ As matérias-primas é o produto em estado bruto utilizado para a fabricação de materiais terapêuticos e medicinais. Os cosméticos são produtos de uso externo para proteção ou embelezamento.⁵¹ Os saneantes são os produtos criados com fim de higienização.⁵² Por fim, os produtos de uso de diagnósticos são aqueles destinados para a revelação de doenças.

Equipara-se para efeito do preceito secundário do caput do art. 273 “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” (art. 273, §1º do CP).

Nessa prescrição penal apresenta-se mais uma diversidade de núcleos do tipo: importa, vende, expõe à venda, tem em depósito para venda, distribui e entrega a consumo.

Esses núcleos quando perpetrados, apesar dos produtos não estarem corrompidos, adulterados, falsificados ou alterados, mas nas seguintes condições explicitadas pelo §3º do art. 273 do

⁵⁰ Lei nº 5.991/73. Art. 4º. (...) I - Medicamento - produto farmacêutico, tecnicamente obtido ou elaborado, com finalidade profilática, curativa, paliativa ou para fins de diagnóstico; (...)

⁵¹ Lei nº 6.360/76. Art. 3º. (...) V - Cosméticos: produtos para uso externo, destinados à proteção ou ao embelezamento das diferentes partes do corpo, tais como pós faciais, talcos, cremes de beleza, creme para as mãos e similares, máscaras faciais, loções de beleza, soluções leitosas, cremosas e adstringentes, loções para as mãos, bases de maquiagem e óleos cosméticos, rugas, "blushes", batons, lápis labiais, preparados anti-solares, bronzadores e simulatórios, rímeis, sombras, delineadores, tinturas capilares, agentes clareadores de cabelos, preparados para ondular e para alisar cabelos, fixadores de cabelos, laquê, brilhantinas e similares, loções capilares, depilatórios e epilatórios, preparados para unhas e outros; (...)

⁵² Lei nº 6.360/76. Art. 3º (...). VII - Saneantes Domissanitários: substâncias ou preparações destinadas à higienização, desinfecção ou desinfestação domiciliar, em ambientes coletivos e/ou públicos, em lugares de uso comum e no tratamento da água compreendendo:



CP, também se tem a infração penal:

- 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.

3.4.3. DO ELEMENTO SUBJETIVO DO TIPO

O presente tipo penal é perpetrado na modalidade dolosa da conduta, bem como fora contemplado a possibilidade ser perpetrado culposamente.

Não há nenhum fim especial de agir.⁵³

3.4.4. DO SUJEITO ATIVO E DO SUJEITO PASSIVO

O sujeito ativo do delito é pode ser qualquer pessoa a pessoa não se exigindo condição particular e o sujeito passivo é a coletividade, posto ser um delito vago.

3.4.5. DA CONSUMAÇÃO E DA TENTATIVA

Tendo em vista que o tipo penal em questão é um crime formal, tem a consumação com a simples realização de algum núcleo do tipo, “corromper”, “adulterar”, “falsificar” ou “alterar”, independentemente dos prejuízos que possa ou não se suceder.

A tentativa é admissível, por tratar-se de crime plurissub-sistente.

⁵³ Cf. CUNHA, Rogério Sanches. *Manual de direito penal – parte especial*. 6º ed. Salvador: Juspodivm, 2014, p. 620.



3.4.6. DA CLASSIFICAÇÃO

Trata-se de um crime de perigo abstrato (dispensa a comprovação da risco ao bem jurídico); doloso (vontade consciente de realizar o delito); culposo (encontra-se previsto a modalidade culposa); comissivo (praticados por meio de uma ação) ou omissivo impróprio (é a ação praticada por meio da omissão por aqueles que têm o dever de garante); de forma livre (pode ser perpetrado por qualquer forma de execução); instantâneo (os efeitos do crime não se prolongam no tempo); formal (resultado não é elemento fundante para a consumação); plurissubsistente (conduta dividida em vários atos); comum (pode ser perpetrada por qualquer pessoa); vago (sujeito passivo do crime é destituído de qualquer personalidade jurídica) e unissubjetivo (pode ser cometido por uma ou mais indivíduos).

3.4.7. DAS PENAS

No preceito secundário do tipo penal do art. 273 o legislador fixou pena de 10 a 15 anos de reclusão.

No caso de o delito ser perpetrado na modalidade culposa a pena será de detenção de 1 a 3 anos. Também, sucedendo-se morte a pena é dobrada passando para 2 a 4 anos.

A fira que apenas no caso do delito na sua modalidade culposa pode se socorrer da suspensão condicional do processo (pena mínima de até 1 ano) da Lei dos Juizados Especiais Criminais (Lei nº 9.099/95).

3.4.8. DA AÇÃO PENAL

A ação penal adequada ao presente delito é a ação penal pública incondicionada, ou seja, ação manejada pelo membro do Ministério Público, independentemente representação da vítima.



3.4.9. CASO REAL

Infelizmente, em decorrência da escassez de álcool em gel e álcool líquido 70%, principalmente no primeiro mês da pandemia, não tardou para a prática da falsificação, corrupção, adulteração ou alteração do álcool⁵⁴ sendo veiculado na imprensa casos de pessoas vendendo álcool acendedor (80%) como se fosse álcool 70%, álcool com percentagem inferior a 70%, álcool adicionado a outros produtos, como gel de cabelo,⁵⁵ bem como o álcool em gel fabricado a partir do álcool combustível.⁵⁶

O sujeito que falsificou o álcool ou adulterou responde pelo art. 273, *caput* do CP e aquele que vendeu, expo a venda, tem em depósito ou distribuiu será tipificado no art. 273, §1º do CP.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

No presente ensaio trabalhou-se, especificamente e de forma detalhada, com a aplicação dos tipos penais da epidemia (art. 267), infração de medida sanitária preventiva (art. 268), omissão de notificação de doença (art. 269), crime de desobediência (art. 330), perigo de contágio de moléstia grave (art. 131), charlatanismo (art. 283) e falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais (art. 273).

⁵⁴Disponível em: <<https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/2020/04/02/coronavirus-375-frascos-falsificados-de-alcool-em-gel-sao-apreendidos-em-fabrica-clandestina-em-sp.html>>.

⁵⁵ Disponível em: <<https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/2020/03/26/laboratorio-clandestino-falsificava-alcool-em-gel-misturando-combustivel-com-produto-para-cabelo-em-sp.html>>.

⁵⁶ Disponível em: <<https://www.ceara.gov.br/2020/03/30/peritos-alertam-para-os-riscos-do-alcool-em-gel-falsificado/>>. Disponível em: <<https://www.sspds.ce.gov.br/2020/03/27/responsavel-por-fabrica-de-falsificacao-de-alcool-em-gel-e-autuado-por-crime-contra-a-saude-publica/>>.



Constatou-se que no presente cenário da pandemia, no Brasil, hoje, seria praticamente impossível aplicar o delito de epidemia. É fundante aferir o elemento subjetivo para determinar o tipo penal a ser aplicado. De sorte, que se o agente sabe portador do COVID-19 e passa deliberadamente para um colega com a intenção que o mesmo venha a falecer (*animus necandi*), vai se tratar de homicídio doloso do art. 121 do Código Penal.

Há, também, o delito de contágio de moléstia grave, prescrito no art. 131 do Código Penal, cuja pena é de 1 ano a 4 anos de reclusão, o qual tem o fim específico de transmitir a outrem moléstia grave de que está contaminado. Esse delito se daria, v.g., quando o sujeito ativo usasse a mão para cobrir a tosse e cumprimenta-se o sujeito passivo, o qual tem intenção de passar o COVID-19.

Sucedendo-se a efetiva a contaminação, pode se ter as seguintes possibilidades a depender do resultado: lesão corporal simples (art. 129 do Código Penal), o qual seria absorvido pelo delito do art. 131, por ser mero exaurimento do mesmo; lesão corporal grave (pena de 1 ano a 5 anos de reclusão) ou gravíssima (pena de 2 anos a 8 anos de reclusão), os quais constituem delitos mais graves do que o de perigo; lesão corporal seguida de morte quando o resultado morte da vítima for culposa (pena de 4 a 12 anos de reclusão).

Em relação a infração de medida sanitária preventiva esse delito deve ser o de maior ocorrência, posto que todos os Estados e diversos Municípios decretaram normas para enfrentamento do COVID-19.

A notificação compulsória constitui dado fundamental para os gestores de saúde no que tange a tomada de decisão no combate ao coronavírus, de sorte que a omissão prescrita no art. 269 do Código Penal ganha um novo escopo valorativo de forma que a sanção penal prescrita não retrata a importância do referido tipo penal.

No que tange ao crime de desobediência em obediência



ao princípio da vedação do *bis in idem* só se poderia pensar nessa tipificação caso não fosse a hipótese, no caso concreto, de se enquadrar a conduta no tipo penal do delito de infração de medida sanitária preventiva

Existindo a finalidade de transmitir o COVID-19, ter-se-ia o tipo do art. 131.

Não havendo a finalidade específica de transmissão do COVID-19 e alguém que seja portador do coronavírus (e saiba que está com o mesmo) e venha a sair as ruas sem o devido cuidado (ausência de equipamentos individuais de proteção – EPI, por exemplo), pode acabar respondendo pelo delito do art. 132 do Código Penal⁵⁷ que se refere a expor a vida ou a saúde de outrem a perigo direto e iminente (pena de 3 meses a 1 ano de detenção), o qual se consuma com a mera exposição, independentemente do contágio, desde que a conduta não constitua delito mais grave. Ou seja, este se constitui em um delito subsidiário.

Ocorrendo a efetivo contágio o delito deixa de ser o prescrito no art. 132 do Código Penal e vem por subsumir em lesão corporal culposa do art. 129, §6º do Código Penal (pena de 2 meses a 1 ano de detenção).

Por fim, a pandemia constitui-se em um contexto propício a prática do charlatanismo, onde se anuncia curas e imunizações ao coronavírus, bem como a falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto de álcool em gel e álcool líquido 70%, destacando-se que esse último delito se constitui em crime hediondo.

⁵⁷ Código Penal. Art. 132 - Expor a vida ou a saúde de outrem a perigo direto e iminente:

Pena - detenção, de três meses a um ano, se o fato não constitui crime mais grave.

Parágrafo único. A pena é aumentada de um sexto a um terço se a exposição da vida ou da saúde de outrem a perigo decorre do transporte de pessoas para a prestação de serviços em estabelecimentos de qualquer natureza, em desacordo com as normas legais.



BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*: atualizada até a Emenda Constitucional nº 105. Brasília, DF, 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 15 de abril de 2020.

_____. Decreto-lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. *Diário Oficial da União*. Brasília, DF, 31 de dezembro de 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 10 de julho de 2020.

_____. Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990. Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. *Diário Oficial da União*. Brasília, DF, 12 de setembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8072compilada.htm>. Acesso em: 10 de julho de 2020.

_____. Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. *Diário Oficial da União*. Brasília, DF, 27 de setembro de 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9099.htm>. Acesso em: 10 de julho de 2020.

BRANDÃO, Cláudio. *Curso de Direito Penal – parte geral*. 2º ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

CUNHA, Rogério Sanches. *Manual de direito penal – parte especial*. 2º ed. Salvador: Juspodivm, 2014.



- CUNHA, Rogério Sanches; GRECO, Rogério. *Abuso de autoridade - lei 13.869/2019 - comentado artigo por artigo*. Salvador: Juspodivm, 2020.
- DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. 18º ed. Saraiva: São Paulo, 2006.
- FELDENS, Luciano. *A Constituição Penal – A Dupla Face da Proporcionalidade no Controle de Normas Penais*. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2005.
- FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão – teoria do garantismo penal*. 2º ed. São Paulo: RT, 2006.
- FRANCO, Alberto Silva; LIRA, Rafael; FELIX, Yuri. *Crimes hediondos*. 7º ed. São Paulo: RT, 2011.
- FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui (coords). *Código penal e sua interpretação*. 8º ed. São Paulo: RT, 2007.
- GRECO, Rogério. *Curso de direito penal – parte geral*. 7º ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011. V. I.
- _____. *Curso de direito penal – parte especial*. 9º ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2012. V. II.
- _____. *Curso de direito penal – parte especial*. 7º ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011. V. IV.
- GUSMÃO, Paulo Dourado de. *Introdução ao estudo do direito*. 49º ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.
- LIMA, Renato Brasileiro. *Nova lei de abuso de autoridade*. Salvador: Juspodivm, 2020.
- MASSON, Cleber. *Direito Penal esquematizado – parte especial*. 5º ed. São Paulo: Método, 2013. V. 2.
- _____. *Direito Penal esquematizado – parte especial*. 3º ed. São Paulo: Método, 2013. V. 3.
- MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA. Portaria Interministerial nº 5, de 17 de março de 2020. Dispõe sobre a compulsoriedade das medidas de enfrentamento da emergência de saúde pública previstas na Lei nº 13.979, de 06 de fevereiro de 2020. *Diário Oficial da União*. Brasília, DF, 17 de março de 2020. Disponível



em: <<http://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-interministerial-n-5-de-17-de-marco-de-2020-248410549>>.

Acesso em: 10 de julho de 2020.

NELSON, Rocco Antonio Rangel Rosso Nelson. *Curso de Direito Penal – parte geral – teoria geral do crime*. Curitiba: Juruá, 2016. V.I.

_____. *Curso de Direito Penal – Parte Geral – Teoria da Pena*. Curitiba: Juruá, 2017, V.II

NUCCI, Guilherme de Souza. A pandemia do coronavírus e a aplicação da lei penal. IN: *Revista dos Tribunais*, v. 1015, p. 349-352, 2020.

RIO GRANDE DO NORTE. Decreto nº 29.583, de 1º de abril de 2020. Consolida as medidas de saúde para o enfrentamento do novo coronavírus (COVID-19) no âmbito do Estado do Rio Grande do Norte e dá outras providências. *Diário Oficial do Estado*. Natal, RN, 1º de abril de 2020. Disponível em: <http://diariooficial.rn.gov.br/dei/dorn3/doview.aspx?id_jor=00000001&data=20200402&id_doc=678994>. Acesso em: 10 de julho de 2020.

RONDÔNIA. DECRETO nº de 24.919, de 5 de abril de 2020. Dispõe sobre o Estado de Calamidade Pública em todo o território do Estado de Rondônia, devido o término do prazo de vigência estabelecido no caput do artigo 3º do Decreto nº 24.887, de 20 de março de 2020 e revoga dispositivos do Decreto nº 24.887, de 20 de março de 2020. *Diário Oficial do Estado*. Porto Velho, RO, 5 de abril de 2020. Disponível em: <<http://ditel.casacivil.ro.gov.br/COTEL/Livros/Files/D24919.pdf>>. Acesso em: 10 de julho de 2020.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Introdução ao estudo do direito*. 2º ed. São Paulo: Atlas, 2007.

ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique.



Manual de direito penal Brasileiro. 6º ed. São Paulo: RT, 2005. V.I.



UMA VISÃO ECONÔMICA DA RESCISÃO DO CONTRATO DE COLABORAÇÃO

Rodrigo Junqueira Bertoncini[∞]

Orlando Celso da Silva Neto[∞]

Resumo: O presente trabalho aborda alguns aspectos da rescisão dos contratos de colaboração a partir de premissas econômicas. Para delimitar o objeto de estudo aqui abordado, propõe-se a análise de três contratos de colaboração considerados "clássicos": a distribuição comercial, a representação comercial e a concessão comercial. A partir dos elementos de cada uma dessas espécies reputadas "clássicas", sob um prisma econômico, faz-se a análise de três elementos da rescisão do contrato de colaboração: com quem fica a clientela, como aplicar a cláusula de não concorrência e como tratar a expectativa de continuar o contrato. A conclusão a que se chegou é que a resposta para cada uma dessas questões depende do contrato em análise. Em síntese, nos casos dos contratos típicos (representação e concessão), a lei de regência dará resposta (ainda que parcial) às questões propostas. No caso da distribuição comercial, que é contrato atípico, a resposta econômica depende da natureza da relação, ao passo que no aspecto jurídico depende em grande medida das cláusulas contratuais, notadamente no que se refere à indenização devida de parte a parte.

Palavras-Chave: Contratos de colaboração, rescisão, distribuição comercial, representação comercial, concessão comercial.

[∞] Professor de Direito Empresarial-UFSC, Mestre em Direito pela UFSC, advogado.

[∞] Professor de Direito Empresarial-UFSC, Mestre e Doutor em Direito pela USP, advogado.



TERMINATION OF COLLABORATIVE CONTRACTS: AN ECONOMIC PERSPECTIVE

Abstract: This essay analyzes some questions concerning the termination of collaborative contracts from an economic perspective. We analyze three typical (statutorily regulated) contracts. We analyze who benefits from de facto ownership of clientele (goodwill) after termination, how to understand and apply non-compete clauses and what are the legal and economic consequences of the parties' 'reliance' (expectation of continuing the relationship). We conclude that statute provides some answers but contract provisions and the nature of the relationship and of the goods/services that were object of the contract are also very important, specially to assess entitlements and damages.

Keywords: Collaborative contracts and relationships, termination, breach, commercial distribution, commercial representation, automobile dealership concession

INTRODUÇÃO



escoamento de mercadorias de terceiros e a atividade de fazê-las alcançar o mercado consumidor são ocupações desempenhadas por comerciantes desde os primórdios do comércio. Pelas mais diversas razões, o produtor de mercadorias necessita, ao menos em parte considerável dos casos, do concurso de diversos outros agentes para fazer seu produto chegar ao consumidor final¹.

¹ A discussão sobre concurso de agentes econômicos na atividade empresarial é tratada em extensa literatura sobre todos os aspectos, econômicos e jurídicos. Ronald Coase escreve sobre os limites (fronteiras) da empresa; Oliver Hart trata das situações em que um dos agentes corre o risco de se tornar 'refém' do outro (*the hold-up problem*), e assim por diante. A discussão sobre o concurso de agentes na atividade econômica no Brasil chega mesmo a extremos tais como a discussão sobre a



A cooperação comercial que visa ao escoamento de mercadorias e ao desenvolvimento de mercado foi denominada pela doutrina como colaboração e ocorre sob diversas formas de contratação, agrupadas sob a denominação geral de contratos de colaboração.

É sobre este tipo de relação contratual que trata o presente trabalho, no qual se pretende apresentar de forma breve os conceitos mais importantes referentes a essas formas de contratação, assim como tratar das formas contratuais (típicas e atípicas) mais recorrentes, como preparação para o objetivo central do presente trabalho, que é analisar um problema principal desdobrado em três questões centrais.

O problema principal a ser analisado é qual o tratamento a ser dado a um ativo conjuntamente desenvolvido pelas partes – a clientela – após a rescisão do contrato de colaboração. A análise compreende a atual regra jurídica (quando existente), mas também a realidade econômica, os efeitos sobre terceiros e quais deveriam ser as preocupações das partes envolvidas.

A análise se justifica em razão das características próprias da relação de colaboração e da própria clientela, a qual, pela sua própria natureza, é de difícil ou impossível partição. Os contratos de colaboração são espécie contratual que envolve trato continuado (transações repetidas), por vezes durante longos períodos. Mais que isso, a colaboração entre o produtor e o distribuidor (aqui tratado de maneira genérica, não como parte do contrato de distribuição em si) envolve uma simbiose muito peculiar: o distribuidor, muitas vezes, compromete-se a desenvolver o mercado para o produtor, e este desenvolvimento (principalmente quando bem sucedido o esforço) gera questões importantes sobre direito de propriedade, sobre “hold up”² e outras questões raramente tratadas na literatura jurídica, especialmente

possibilidade da terceirização das ‘atividades-meio’ das empresas, discussão arcaica e felizmente fulminada pelo Supremo Tribunal Federal nos julgamentos dos RE 760.931, 958.252 e ADPF 324.

² Vide nota supra.



após o término da relação.

Diante dessa realidade pouco explorada, chega-se à primeira questão: desenvolvido o mercado mediante esforço do distribuidor, captada e fidelizada a clientela, com quem deve ficar essa carteira de clientes após a rescisão do contrato de colaboração? Qual a alocação eficiente deste ativo? A alocação jurídica do ativo, quando existente, é eficiente?

Outra estipulação possível e comum em um contrato de distribuição é a proibição de concorrência entre o produtor e o distribuidor após a extinção do contrato. Havendo a estipulação de que o distribuidor não possa distribuir produtos concorrentes para a mesma clientela após o fim da relação contratual, analisa-se se tal situação não configuraria uma obrigação desmedida, impedindo a própria sobrevivência do distribuidor, que se especializou exatamente na distribuição de produtos específicos e construiu (ou ajudou a construir) esta clientela.

Por fim, chega-se à terceira questão proposta: considerando que o contrato de colaboração é de trato continuado, por prazos longos, como tratar, ou melhor, como compensar (se é que se deve compensar) a expectativa do distribuidor em continuar o contrato quando este for extinto pelo produtor, mesmo que de forma lícita?

1. CONTRATOS DE COLABORAÇÃO: CONCEITOS E PREMISAS BÁSICAS

A ideia central em qualquer contrato de colaboração é o escoamento de mercadorias (ou serviços³), isto é, o ato de fazer chegar ao consumidor ou ao varejista um produto fabricado ou fornecido por um produtor.

Aliada a essa ideia central está o fato de que aquele que

³ Neste artigo será feita menção apenas à colaboração para o escoamento de mercadorias, embora a maior parte das lições aqui descritas sirva também para quando existe estrutura similar no setor de serviços.



está na ponta do contrato de colaboração - o distribuidor, o representante, o agente, etc. - tem ainda a responsabilidade de desenvolver o mercado consumidor. Esta ideia é fundamental para o correto entendimento dos problemas aqui discutidos e não por outra razão boa parte da doutrina conceitua os contratos de colaboração a partir destes elementos em comum: escoamento, comércio, desenvolvimento e exploração de mercado.

Com efeito, para Fábio Ulhoa Coelho (2015, p. 110), os contratos de colaboração empresarial, relacionados ao escoamento de mercadorias, "são aqueles em que um dos contratantes (empresário colaborador) se obriga a criar, consolidar ou ampliar mercado para o produto do outro contratante (empresário fornecedor)".

Para a análise que este trabalho pretende realizar elegeram-se três espécies clássicas de contratos de colaboração: a representação comercial, a distribuição e a concessão. Além dessas, é possível citar como exemplos de contratos de colaboração o contrato de agência, o contrato de comissão, o contrato de franquias e o licenciamento do uso de marca.

Para fins de delimitação do tema deste artigo, serão abordadas as questões referentes à rescisão dos contratos de colaboração considerando apenas as três espécies clássicas (representação, distribuição e concessão). Por isso, é interessante conceituar e diferenciar cada uma dessas espécies de contrato de colaboração.

Antes de conceituá-los, contudo, não se ignora a confusão que pode haver na classificação desses contratos. Por isso, é preciso esclarecer que não se adota a noção de contrato de distribuição e contrato de concessão como sinônimos (posição proposta por Fábio Ulhoa Coelho - 2015, p. 116), mas se lhes considera como espécies diversas.

Além disso, adotar-se-á a posição de Paula Andrea Forgoni (2005, p. 110) quanto à diferenciação entre a distribuição (contrato atípico) e a agência-distribuição (prevista no artigo 710



do Código Civil), diferenciação que será tratada logo à frente.

Desse modo, com a ressalva de posições diversas, aqui se optou por estabelecer as distinções entre contrato de distribuição, contrato de concessão comercial e contrato de representação comercial. Quanto à concessão, diga-se, apesar de ser classicamente representada pelo contrato típico de concessão comercial para revenda de veículos automotores, objeto de extensa regulação legislativa, aceita-se a possibilidade de configuração de outros tipos de concessão comercial, verdadeiros contratos atípicos.

A distribuição comercial é um contrato atípico. Em que pese a previsão legal de um contrato de distribuição, contida no artigo 710 do Código Civil, Paula Andrea Forgioni ensina com propriedade a existência de uma distinção entre aquela “distribuição” do Código Civil e a distribuição comercial.

Com efeito, a mencionada doutrinadora explica que a despeito da opção legislativa pela utilização da expressão “distribuição”, o que está tipificado no artigo 710 do Código Civil é um contrato de agência que se subdivide em duas modalidades: agência pura e agência-distribuição (FORGIONI, 2005, p. 111).

A distinção essencial, que servirá para distinguir a distribuição também dos demais tipos clássicos de contrato de colaboração, é que na distribuição (atípica e clássica) a mercadoria torna-se propriedade do distribuidor. Na dinâmica desse contrato, o distribuidor adquire do distribuído a mercadoria que será posta à venda: há efetiva transferência de propriedade entre os dois agentes econômicos envolvidos no contrato de colaboração, com um – o fornecedor/distribuído – vendendo sua mercadoria ao outro, o distribuidor, o qual, por sua vez, a revenderá a um outro agente econômico e, eventualmente, até diretamente ao consumidor.

A remuneração do distribuidor, nesse caso, advém justamente da diferença entre o preço pelo qual adquire a mercadoria do distribuído e a vende aos consumidores. Seu lucro bruto está



consubstanciado, portanto, na diferença entre o preço de revenda e o preço de aquisição.

A "agência-distribuição" prevista no Código Civil não apresenta essa característica. Tal qual no caso da agência pura, a hipótese tipificada no artigo 710 do Código Civil prevê que o agente realizará, à conta de outrem e mediante retribuição, determinados negócios. Se os negócios são realizados "à conta de outrem" e "mediante retribuição" (em contraposição ao lucro advindo da diferença do preço de compra e de revenda), a mercadoria não passa pela transferência de titularidade entre o distribuído e o distribuidor. Este, no caso, apenas aproxima o fornecedor e o consumidor, mas não intermedia o percurso da mercadoria e não participa do trânsito jurídico desta.

Eis, portanto, a diferença substancial entre a distribuição atípica e a "agência-distribuição" do Código Civil. Tal como acontece na agência pura, o agente-distribuidor não auferir lucro pela diferença do preço de revenda, mas recebe retribuição pelo serviço de agência realizado. O que separa, portanto, a agência pura da "agência-distribuição" é o fato de que, nesta, o agente está na posse da coisa a ser negociada, que não é de sua propriedade.

Logo, a distribuição clássica permanece como contrato atípico, exatamente nos termos da conclusão de Paula Andrea Forgioni (2005, p. 111-115).

Ultrapassada a questão da atipicidade do contrato de distribuição, cumpre conceituar referido contrato. Forgioni afirma que o "contrato de distribuição abarca *operações de compra e venda mercantil*, de caráter não eventual, mas sim habitual (estável)" (2010, p. 63), que "O adquirente *compra para revenda*: a propriedade transfere-se, inicialmente, do patrimônio do fornecedor para aquele do distribuidor e, posteriormente, para um terceiro, estranho a essa primeira relação" (FORGIONI, 2005, p. 63) e conclui que o "proveito econômico do distribuidor será o lucro que conseguir apurar em virtude da diferença entre o preço



de venda do bem a um terceiro e o que pagou para o fornecedor (margem de comercialização)" (FORGIONI, 2005, 63).

O elemento da transferência de propriedade é essencial, como se disse, para compreender a diferença entre os contratos de colaboração. Também é, especialmente, esse elemento que afasta a distribuição da representação comercial. Por se tratar de contrato atípico, há amplo espaço para as partes contratarem diversos elementos, tais como periodicidade, quantias mínimas, máximas, preços (e mecanismos de reajustes), prazos de pagamento, exclusividade (de uma das partes ou ambas), obrigações "laterais" como padronização de sistemas informáticos, obrigações de publicidade, padronização de frota, etc.

Tal qual na agência (artigo 710 do Código Civil), a representação comercial constitui uma espécie de contrato de colaboração em que não há transferência da propriedade da mercadoria do representado para o representante (ainda que em determinados casos possa haver a transferência da posse).

O representante, diversamente do distribuidor, é remunerado pelo serviço prestado, e não por meio do lucro auferido pela diferença entre o preço de aquisição e o preço de revenda.

O contrato de representação comercial é tipificado pela Lei n. 4.886/1965, que "regula as atividades dos representantes comerciais autônomos". Do conceito estabelecido pela própria lei, especialmente no artigo 1º, é possível extrair a distinção entre a representação e a distribuição:

Art. 1º Exerce a representação comercial autônoma a pessoa jurídica ou a pessoa física, sem relação de emprego, que desempenha, em caráter não eventual por conta de uma ou mais pessoas, a mediação para a realização de negócios mercantis, agenciando propostas ou pedidos, para, transmiti-los aos representados, praticando ou não atos relacionados com a execução dos negócios.

Analise-se as seguintes notas distintivas: (i) o representante comercial atua em caráter não eventual, mas sem relação de emprego; (ii) novamente se encontra (tal qual ocorreu na definição de agência) a expressão "por conta" de uma ou mais



pessoas, o que denota o fato de que não há transferência de propriedade, já que o negócio é entabulado sob ordem do representado, ou por conta do representado; (iii) o representante exerce a "mediação" para realização de negócios, o que afasta, de fato, a ideia de aquisição da mercadoria para revenda; (iv) está na definição legal a própria expressão "agenciando", o que remete à ideia da dinâmica do contrato de agência; (v) o representante agencia, portanto, "propostas ou pedidos", para "transmiti-los aos representados", o que reforça a ideia de que sua função é de mera aproximação entre representado e consumidor, e não de intermediação econômica (ou seja, ele não será, em qualquer momento, proprietário das mercadorias); (vi) o representante pode ou não praticar os atos relacionados com a execução dos negócios.

Parece bastante evidente, portanto, da própria definição legal, que ao contrário do que ocorre na distribuição, o representante comercial não adquire os produtos para revenda, mas agencia pedidos e propostas, encaminhando-os à aprovação do representado para que este, então, entabule o negócio com o consumidor, com o auxílio do representante para a execução do negócio.

A remuneração do representante, conforme previsão do artigo 27, f, da Lei n. 4.886/1965, ocorre mediante retribuição pelo exercício da representação, em contraposição à remuneração do distribuidor, que se dá pela margem de comercialização (ou seja, pela diferença entre preço de aquisição e revenda). É costume a remuneração do representante por meio de comissões sobre os negócios concluídos, ainda que tal forma de remuneração não seja obrigatória.

A representação comercial, além de ser matéria tipificada pela já mencionada lei, submete-se a uma série de outras normas, previstas na própria Lei n. 4.886/1965, inclusive algumas balizas para extinção do contrato e indenizações devidas de parte a parte, o que é de especial interesse para o presente artigo.



Logo, ao passo em que a distribuição é um contrato marcado pela flexibilidade e liberdade de contratação entre as partes, a representação comercial apresenta restrições e delimitações legais em relação àquilo que pode ser contratado.

A terceira espécie clássica de contrato de colaboração é a concessão comercial. É possível dizer que o contrato de concessão comercial, tomado o universo composto apenas pelas três espécies clássicas de contrato de colaboração já elencadas, constitui um meio-termo entre a distribuição e a representação comercial.

Em sua essência, isto é, na dinâmica verificada quando da execução do contrato de concessão, este aproxima-se de forma evidente à distribuição. O concessionário adquire a mercadoria do concedente (transferência de propriedade) e obtém sua remuneração em virtude da margem de comercialização (diferença entre o preço de aquisição e o preço de revenda).

Todavia, aproxima-se também da representação comercial em outros aspectos. Na representação, com efeito, justamente em virtude de ser o negócio realizado "à conta" do representado, este tem relevante grau de ingerência nas atividades do representante, já que o risco da atividade⁴ é do representado, que apenas remunera o representante em virtude do exercício da representação. Em contraposição a essa ideia, na distribuição percebe-se que o risco é predominantemente do distribuidor, uma vez que ele já adquiriu a mercadoria e o liame de risco do distribuído cessa (praticamente por completo) com a transferência da propriedade da mercadoria.

Já na concessão, o concedente também possui relevante

⁴ Aqui se considera o “risco da atividade” no sentido de que é especialmente a reputação do representado, via de regra, que é utilizada para promoção dos produtos, assim como é especialmente do representado o risco de queda nas vendas, de inadimplência, dentre outros. Isso não significa, evidentemente, que o representante não tenha risco algum em sua atividade, notadamente em relação a eventuais investimentos para captação de clientes, bem como para desenvolvimento do mercado a ser atingido. Além disso, ele por óbvio sente também a queda das vendas e consequente redução de sua remuneração.



grau de ingerência⁵ na atividade do concessionário, via de regra, embora não possa exercer controle direto sobre a atividade deste⁶. Essa ingerência se justifica por diversos fatores. Reconhecendo estas características, o legislador optou por tipificar a concessão de veículos automotores⁷ parcialmente na Lei n.

⁵ Usa-se aqui ingerência no sentido de definição de padrão, regras coletivas de rede e outras características, mas lembrando-se que esta ingerência não pode caracterizar, nos termos do artigo 16, I, da lei, subordinação de qualquer natureza. É uma linha tênue, conforme se verifica na jurisprudência constante na próxima nota de rodapé.

⁶ Nesse sentido:

"A Lei nº 6.729/79, art. 16, I [...] consigna expressa vedação da prática de atos pelos quais o concedente vincule o concessionário à condição de subordinação econômica, jurídica ou administrativa ou estabeleça interferência na gestão de seus negócios.

Tem-se, pois, que na relação entre concessionária e concedente, a lei expressamente ressalvou em favor da revendedora o direito de não sofrer fiscalização, não sujeição a controles econômicos, jurídicos e administrativos e, especialmente, qualquer ingerência na gestão de seus negócios."

Sendo assim, por força da norma posta, *estava a apelante impedida de vigiar ou investigar os contratos firmados pela concessionária*. Logo, não poderia dela se exigir que assumisse a responsabilidade pelos contratos firmados."

TJ-PR - Apelação Cível nº 941793 - Relator Veiga de Oliveira, julgamento em 01/03/2005.

Ou:

A independência entre a concessionária e a fabricante/montadora, aliás, decorre de expressa previsão legal, pois a Lei 6.729/79, em seu artigo 16, I, veda: "a prática de atos pelos quais o concedente vincule o concessionário a condições de subordinação econômica, jurídica ou administrativa ou estabeleça interferência na gestão de seus negócios;"

Esse fato também é suficiente para afastar a alegação de culpa in eligendo ou in vigilando, pois se não existe qualquer relação de dependência ou mesmo dever de fiscalização entre a montadora de veículos e a concessionária, não há como responsabilizar aquela pelos atos desta."

TJ-SP - Apelação c/ Revisão nº 9119391-49.2007.8.26.0000 - Relator Mello Pinto, julgamento em 06/03/2012.

⁷ As regras da lei 6.729/79 restringem-se à concessão de veículos automotores, não sendo aplicáveis a relações outras, ainda que apresentem características similares, conforme vem decidindo reiteradamente os Tribunais:

"Ação de rescisão contratual c.c. perdas e danos Contrato de distribuição de produtos veterinários Existência de cláusula contratual expressa prevendo a não exclusividade na respectiva área territorial Possibilidade de venda direta, pela empresa-ré, na área de atuação da empresa-autora, reconhecida Inaplicabilidade, por analogia, da Lei nº. 6.729/79, que regula a relação jurídica específica, qual seja, a concessão comercial entre produtores e distribuidores de veículos automotores de via terrestre



A justificativa da ingerência do concedente encontra exemplo claro na Lei Ferrari, que "dispõe sobre a concessão comercial entre produtores e distribuidores de veículos automotores de via terrestre". A ideia de concessionária de veículos automotores, de fato, é a criação de uma rede confiável não apenas para comercialização dos veículos, mas também para manutenção e oferta de serviços que orbitam esse mercado (venda de acessórios e produtos relacionados, por exemplo).

A ingerência do concedente na atividade do concessionário se justifica, portanto, nesses casos, pela possibilidade de garantir a integridade da marca e a confiabilidade dos serviços, inclusive para fins de responsabilização na cadeia de consumo e manutenção de garantia dos produtos. Justifica-se, ainda, esta ingerência (geralmente não identificada na distribuição clássica), em razão de elementos de concorrência e organização do mercado específico criado para distribuição dos produtos objeto

BENS MÓVEIS (contrato de distribuição de veículos automotores) - **AÇÃO DE RESCISÃO CONTRATUAL c.c. DECLARAÇÃO DE NULIDADE E INEXIGIBILIDADE DE TÍTULO, E INDENIZAÇÃO POR PERDAS E DANOS - A Lei nº 6.729/79 dispõe sobre a concessão comercial entre produtores e distribuidores de veículos automotores de via terrestre, e não entre importadores e distribuidores. Exegese declarativa. Analogia afastada - Desobrigação de fornecimento de veículos novos - Pacto de consignação mercantil celebrado consoante a liberdade de contratar, por conveniência às partes - Tese inverossímil de coação, que não se presume - Contrato de consignação descumprido pela distribuidora - Alegação vazia de juros excessivos - Emissão lícita de nota promissória: caução em atos negociais de vulto. Irrelevância dos requisitos do título executivo extrajudicial - Margem de lucro não imposta a qualquer das partes - Não configuração de cerceamento do direito de produzir provas - Verba honorária mantida - Recurso não provido. TJSP; Apelação Com Revisão 0121782-04.2005.8.26.0000; Relator (a): Antonio Ribeiro; Órgão Julgador: 25ª Câmara do D.TERCEIRO Grupo (Ext. 2º TAC); Foro Central Cível - 37ª V.CÍVEL; Data do Julgamento: 24/10/2006; Data de Registro: 06/11/2006.**

⁸ Homenagem ao autor do texto legal, deputado Renato Ferrari, não ao conhecido fabricante italiano sediado em Maranello.



da concessão (FORGIONI, 2005, p. 90).

Em sua origem, portanto, confundem-se distribuição e concessão, mas é possível realizar esta distinção na atual realidade jurídica dessas atividades.

Independentemente das peculiaridades inerentes a cada uma das espécies de contrato de colaboração elencadas, conceituadas e analisadas brevemente neste capítulo, é possível identificar a finalidade comum que une essas espécies sob o gênero "contrato de colaboração": o desenvolvimento de mercado.

Além de possibilitar o escoamento e a distribuição de mercadorias e serviços, o representante, o distribuidor e o concessionário realizam esforços ativos e efetivos para exploração do potencial mercado consumidor que lhe é atribuído pelo representante, pelo distribuído e pelo concedente.

Aliada à ideia de desenvolvimento de mercado (um ônus para o distribuidor, representante ou concessionário) está a regra de exclusividade territorial, muito comum nesse tipo de contrato (ainda que não seja obrigatória). Contratar a exclusividade, a despeito de não ser uma obrigatoriedade, faz todo o sentido para aquele que se encontra na “ponta” do contrato. Se será obrigado a empenhar esforço e capital para desenvolver o mercado para o fornecedor, será desejável que os frutos advindos desse esforço de venda revertam exclusivamente para si, e não para outro distribuidor ou representante que conclua negócios às custas do trabalho de desenvolvimento de mercado por si realizado (verdadeira situação de “free rider⁹”).

O colaborador (representante comercial, distribuidor, concessionário etc.) visitará potenciais clientes, trabalhará com material de divulgação para promoção da marca e dos produtos do fabricante. São extremamente comuns os anúncios

⁹ Na literatura econômica e de análise econômica do Direito, o “free rider” ou parasita é aquele que vive buscando situações capazes de lhe beneficiar do uso de recursos, bens ou serviços sem pagar por estes ou sem ter incorrido nos riscos inerentes à construção ou fruição do recurso, bem ou serviço.



publicitários de concessionárias de veículos¹⁰, ações de venda de distribuidores de combustíveis e de insumos para indústrias, dentre outros tantos exemplos de esforços de desenvolvimento e exploração de mercado desses atores que estão na "ponta" do contrato de colaboração. O fabricante se beneficia dessas ações, sem necessariamente pagar por elas, e isto é da essência e natureza destas relações. É justamente essa peculiaridade dos contratos de colaboração – o desenvolvimento de mercado feito por um agente econômico para o produto ou serviço do outro – que faz surgir as questões propostas no presente estudo, as quais são pouco – ou nada – tratadas na literatura nacional.

2. A RESCISÃO DOS CONTRATOS DE COLABORAÇÃO

A extinção de um contrato pode ocorrer por mais de uma forma. Parte da doutrina convencionou dividir as hipóteses de extinção de um contrato pelas partes da seguinte maneira: (i) rescisão; (ii) resolução; (iii) rescisão. Além dessas formas de extinção, o contrato extingue-se ainda pelo cumprimento ou pela perda de seu objeto, pelo decurso do prazo de vigência ou por invalidade anterior à sua formação (nulidade ou anulabilidade)

Para as formas de extinção do contrato por iniciativa das partes, tem-se que a rescisão pode ser unilateral ou bilateral. A rescisão unilateral ocorre quando uma das partes comunica a outra (ou outras) de sua intenção de extinguir o contrato voluntariamente¹¹, situação que também se denomina comumente de denúncia (artigo 473 do Código Civil). A rescisão bilateral, como o nome indica, é a hipótese em que ambas (ou todas) as partes de um contrato decidem por extingui-lo de forma voluntária, também denominada de distrato (artigo 474 do Código Civil).

¹⁰ Destaque-se que, a depender de previsões contratuais específicas no que se refere à concessão ou até mesmo à distribuição, pode haver até mesmo a obrigatoriedade de veiculação de anúncios publicitários, em quantidade e especificações mínimas pre-estabelecidas.

¹¹ Partindo do pressuposto que é um direito contratual da parte denunciar o contrato.



A resolução do contrato, a seu turno, ocorre quando há o descumprimento de uma ou mais cláusulas contratuais por uma ou mais das partes, o que dá à parte prejudicada o direito de resolver o contrato, assim como pode ser fundada na onerosidade excessiva (artigo 478 do Código Civil).

A rescisão, finalmente, é a expressão (dentre as aqui elencadas) que mais causa debate na doutrina. Ruy Rosado de Aguiar Júnior afirma que rescisão "tem sido a denominação usada para a generalidade das ações destinadas à extinção do contrato" (2013, p. 481). Assevera, ainda, que na doutrina estrangeira a expressão refere-se normalmente à hipótese de extinção por lesão do contratante, mas que o Código Civil optou por incluir a lesão nas hipóteses de anulabilidade (artigo 171, II, do Código Civil). Assim sendo, não seria correto utilizar a expressão "rescisão" para as hipóteses de anulabilidade.

A posição da doutrina estrangeira mencionada por Ruy Rosado de Aguiar Júnior é sustentada por Orlando Gomes (2000, p. 188). Pontes de Miranda, por sua vez, entende que a rescisão extingue o contrato por vício anterior à sua formação (1971, § 3.080, n. 3).

A despeito do debate doutrinário, não é incomum a adoção da expressão "rescisão" como um equivalente à extinção do contrato, por qualquer das formas indicadas anteriormente. Por isso, neste trabalho, para evitar maiores digressões teóricas quanto ao uso da expressão, opta-se por utilizar "rescisão" como extinção do contrato, em quaisquer das suas modalidades. Na hipótese de se pretender especificar de qual forma se trata, tal será feito.

Feitas as ressalvas anteriores, tem-se que a rescisão dos contratos de colaboração encontra especificidades e peculiaridades próprias a depender de qual contrato se trate, bem como das circunstâncias nas quais ocorre esta rescisão.

O contrato de distribuição, justamente por sua atipicidade e notável flexibilidade quanto à contratação de cláusulas



específicas pelas partes, não apresenta norma cogente que regule sua rescisão. Logo, fica a critério das partes contratar a forma com que se dá a rescisão, em qualquer das hipóteses elencadas anteriormente, podendo prever indenizações, compensações, prazos para notificação da rescisão do contrato entre as partes, dentre outros elementos. A prática mostra, no entanto, que apesar da importância desta estipulação, não são incomuns os contratos sem previsões específicas de verbas rescisórias ou com formulações extremamente genéricas e/ou sintéticas, o que pode gerar alguma das questões que serão debatidas na sequência.

A rescisão dos contratos de concessão atípicos segue a mesma lógica, considerando que não existem normas cogentes que balizem a execução destes contratos, excetuando-se os contratos de concessão (distribuição) para revenda de veículos automotores terrestres, tipificados na Lei Ferrari.

Para o contrato de concessão abarcado pelas normas da Lei Ferrari, existem diversas balizas referentes à rescisão. Com efeito, o artigo 22¹² da Lei n. 6.729/1979 elenca as hipóteses de rescisão ("resolução", conforme expressão adotada pelo texto legal) do contrato de concessão comercial. O artigo 23¹³, por sua

¹² Art. 22. Dar-se-á a resolução do contrato:

I - por acordo das partes ou força maior;

II - pela expiração do prazo determinado, estabelecido no início da concessão, salvo se prorrogado nos termos do artigo 21, parágrafo único;

III - por iniciativa da parte inocente, em virtude de infração a dispositivo desta Lei, das convenções ou do próprio contrato, considerada infração também a cessação das atividades do contraente.

§ 1º A resolução prevista neste artigo, inciso III, deverá ser precedida da aplicação de penalidades gradativas.

§ 2º Em qualquer caso de resolução contratual, as partes disporão do prazo necessário à extinção das suas relações e das operações do concessionário, nunca inferior a cento e vinte dias, contados da data da resolução.

¹³ Art. 23. O concedente que não prorrogar o contrato ajustado nos termos do art. 21, parágrafo único, ficará obrigado perante o concessionário a:

I - readquirir-lhe o estoque de veículos automotores e componentes novos, estes em sua embalagem original, pelo preço de venda à rede de distribuição, vigente na data de reaquisição:



vez, prevê sanções ao concedente que não prorrogar o contrato por prazo determinado nos termos do que determina a lei.

Os artigos 24¹⁴ e 25¹⁵, a seu turno, elencam a extensão e a forma de reparação devida pelo concedente em favor do concessionário na hipótese de dar causa à rescisão do contrato por prazo indeterminado e determinado, respectivamente.

No artigo 26¹⁶ está prevista a indenização devida pelo concessionário em favor do concedente nas hipóteses em que aquele for o causador da rescisão.

Percebe-se de forma bastante evidente, portanto, que a submissão do contrato a determinadas normas legais, ao passo

II - comprar-lhe os equipamentos, máquinas, ferramental e instalações à concessão, pelo preço de mercado correspondente ao estado em que se encontrarem e cuja aquisição o concedente determinara ou dela tivera ciência por escrito sem lhe fazer oposição imediata e documentada, excluídos desta obrigação os imóveis do concessionário. Parágrafo único. Cabendo ao concessionário a iniciativa de não prorrogar o contrato, ficará desobrigado de qualquer indenização ao concedente.

¹⁴ Art. 24. Se o concedente der causa à rescisão do contrato de prazo indeterminado, deverá reparar o concessionário:

I - readquirindo-lhe o estoque de veículos automotores, implementos e componentes novos, pelo preço de venda ao consumidor, vigente na data da rescisão contratual;

II - efetuando-lhe a compra prevista no art. 23, inciso II;

III - pagando-lhe perdas e danos, à razão de quatro por cento do faturamento projetado para um período correspondente à soma de uma parte fixa de dezoito meses e uma variável de três meses por quinquênio de vigência da concessão, devendo a projeção tomar por base o valor corrigido monetariamente do faturamento de bens e serviços concernentes a concessão, que o concessionário tiver realizado nos dois anos anteriores à rescisão;

IV - satisfazendo-lhe outras reparações que forem eventualmente ajustadas entre o produtor e sua rede de distribuição.

¹⁵ Art. 25. Se a infração do concedente motivar a rescisão do contrato de prazo determinado, previsto no art. 21, parágrafo único, o concessionário fará jus às mesmas reparações estabelecidas no artigo anterior, sendo que:

I - quanto ao inciso III, será a indenização calculada sobre o faturamento projetado até o término do contrato e, se a concessão não tiver alcançado dois anos de vigência, a projeção tomará por base o faturamento até então realizado;

II - quanto ao inciso IV, serão satisfeitas as obrigações vicendas até o termo final do contrato rescindido.

¹⁶ Art. 26. Se o concessionário der causa à rescisão do contrato, pagará ao concedente a indenização correspondente a cinco por cento do valor total das mercadorias que dele tiver adquirido nos últimos quatro meses de contrato.



Verifica-se, por exemplo, que o artigo 27 da já mencionada legislação exige que se faça constar no instrumento contratual da representação comercial a "indenização devida ao representante pela rescisão do contrato fora dos casos previstos" no



artigo 35, estabelecendo um montante mínimo para tal indenização.

A mesma obrigatoriedade de previsão contratual não se verifica, por exemplo, para o caso de rescisão no vetor inverso, ainda que o artigo 34 traga previsão de indenização devida de parte a parte pela denúncia imotivada.

O limite inferior estabelecido pela lei em comento para a indenização em favor do representante é de 1/12 (um doze avos) do total da retribuição auferida durante o tempo em que exerceu a representação. Já no caso de denúncia imotivada de parte a parte, a indenização será de 1/3 (um terço) do valor das comissões auferidas pelo representante nos três meses anteriores.

Percebe-se com clareza, portanto, que nos casos em que o legislador houve por bem tipificar o contrato, há regulamentação mais estrita quanto à hipótese de rescisão do contrato, como não poderia deixar de ser. Essa regulamentação mais estrita, no entanto, não resolve as dúvidas sobre serem estas as únicas verbas rescisórias potencialmente exigíveis, nem responde questões sobre liberdade das partes pactuarem outras verbas.

De outro vértice, os contratos atípicos, especialmente o de distribuição comercial, deixam à liberdade contratual das partes a estipulação de regras voltadas ao equilíbrio da relação após a rescisão do contrato. Isto nem sempre é feito, e há várias questões a serem abordadas.

3. ANÁLISE ECONÔMICA DA RESCISÃO DO CONTRATO DE COLABORAÇÃO

O objetivo deste artigo é analisar algumas questões específicas que podem surgir quando da rescisão de um contrato de colaboração, a partir de uma abordagem econômica, perspectiva raramente encontrada na literatura jurídica nacional. Optou-se por tratar de três principais questões.



3.1. PRIMEIRA QUESTÃO: A TITULARIDADE ECONÔMICA E JURÍDICA DA CLIENTELA

A primeira questão que se coloca para uma análise econômica da disciplina da rescisão dos contratos de colaboração é qual o melhor tratamento jurídico e econômico para a clientela do território em que atuava o distribuidor. A premissa é que a clientela é um ativo desenvolvido no contexto de uma relação jurídica de colaboração e que gera frutos para ambas as partes enquanto durar a relação, na forma do contrato. O problema pouco percebido pelas partes – e pela literatura específica - é que este contrato terá um término e, uma vez terminada esta relação, este ativo tende a permanecer com um único titular- o distribuidor ou o distribuído, de forma que se torna importante, principalmente para a parte que não fruirá o ativo, definir se há alguma espécie de compensação.

Entenda-se, aqui, por clientela, o universo de compradores que, uma ou mais vezes, adquiriu produtos da distribuída por intermédio do distribuidor (diretamente ou por agenciamento, conforme o contrato) e que, voluntariamente, estabeleceu tal relação comercial, a qual, ao menos em um cenário ideal, tende a ser uma relação continuada.

A ideia central da clientela, destaque-se, é justamente o estabelecimento de um grupo de compradores com os quais se mantêm relações negociais continuadas, para os quais são dirigidas campanhas de divulgação e que reportam necessidade de aquisição dos produtos distribuídos rotineiramente¹⁷.

¹⁷ A clientela para fins de compreensão do “desenvolvimento de mercado” (elemento essencial da relação de colaboração) que pode ser indenizado deve compreender, além da carteira de clientes fixos, também aqueles que realizaram transações específicas com o distribuidor mas não voltaram a fazê-lo. Isso porque seria difícil estipular se determinado comprador deixou de buscar o distribuidor por ter encontrado outro para satisfazer sua demanda de aquisição dos produtos ou se simplesmente não teve mais a demanda.

Para a ideia de indenização da clientela captada esse tipo de comprador é importante porque sua aquisição para a carteira de clientes adveio do esforço de venda e



A partir da definição de clientela e sua importância, pode-se passar a analisar as questões jurídicas que envolvem este ativo quando da rescisão do contrato de colaboração.

Para uma formulação mais completa da questão, considerem-se duas situações hipotéticas. Na primeira delas, o distribuidor trabalhou durante dez anos distribuindo livros didáticos de uma editora hoje muito consolidada no mercado editorial jurídico para livrarias e instituições de ensino. Essa editora tem um *marketshare* (participação de mercado) muito significativo e representa oitenta por cento dos produtos distribuídos pelo distribuidor na sua área de exclusividade.

Um dia, em razão de decisões negociais e alteração na política de distribuição, a editora rescinde o contrato com o distribuidor, dando aviso prévio de sessenta dias. Como o contrato não previa qualquer indenização, o distribuidor sobrevive até o final desse período apenas com a venda do estoque já adquirido.

A pergunta pertinente é: uma vez rescindido o contrato, as livrarias que adquiriam os livros do distribuidor continuarão adquirindo os livros do mesmo distribuidor, mas de outra editora? Isto é, a clientela, nesse caso, permanecerá com o (=será fruída pelo) distribuidor, ou continuará com o distribuído? Parece óbvio que as livrarias continuarão a adquirir livros da editora (diretamente ou por seu novo distribuidor) e que o anterior distribuidor não fruirá qualquer receita futura da clientela (salvo se obtiver novo contrato de distribuição com outra editora¹⁸).

A conclusão lógica é a seguinte: neste caso, em que há evidente dependência do produto, ou seja, não se trata de produto fungível¹⁹, a clientela permanecerá fiel ao distribuído,

divulgação do distribuidor e, potencialmente, havendo nova demanda, o comprador buscará o distribuidor novamente para satisfazê-la, vez que o custo de transação para retornar ao mesmo fornecedor é menor que aquele necessário à identificação de novos fornecedores.

¹⁸ De qualquer maneira, como o distribuído tem 80% do mercado, qualquer novo contrato representará um faturamento pequeno se comparado com o anterior.

¹⁹ Usa-se o termo fungível não no seu exato sentido do Direito civil, mas para indicar



porque o consumidor busca aquela determinada marca, os livros dos autores publicados por aquela determinada editora.

Passa-se à segunda situação hipotética: um distribuidor de resina plástica para processos industriais tem exclusividade de representação, em determinada área, de um fabricante de resina com sede na China. Em determinada altura da relação comercial, a empresa chinesa encerra suas exportações para o Brasil ou o contrato é rescindido. Diante desse fato, o distribuidor busca outro fornecedor de resina plástica e encontra, com qualidade muito semelhante, um fabricante indiano.

O distribuidor possuía diversos clientes no Brasil, pois vendia para várias indústrias dos mais diversos setores. A pergunta pertinente agora é: essas indústrias continuarão adquirindo a resina plástica do distribuidor, ou buscarão por esforços próprios, ou por intermédio de uma importadora, trazer o produto que compravam anteriormente do fornecedor chinês?

Já neste caso, trata-se de produto fungível. Com efeito, salvo especificações técnicas muito peculiares, a resina plástica fabricada por X e que pode ser utilizada para diversas aplicações é facilmente substituível por resina igual ou similar fabricada por Y. Pouco importa, portanto, desde que mantida a qualidade mínima esperada do produto, se a resina vem de uma ou outra fábrica, da China ou da Índia. As indústrias que a consomem decidem por adquiri-la em razão do esforço de venda do distribuidor, e não da marca do distribuído. Nesse caso, a clientela permanecerá fiel ao distribuidor, e não ao distribuído (desde que ele continue distribuindo produto confiável de outro fabricante).

Não é impossível imaginar exemplos que se encontrem no meio-termo das situações descritas acima. Mas a conclusão tende a ser que, quanto mais fungível for o produto distribuído, tanto mais a clientela tenderá a permanecer com o distribuidor,

um produto com o qual não há forte associação de marca, ou seja, um produto facilmente substituível por outro similar fabricado por concorrente. Neste caso do exemplo – livros jurídicos – não há fácil substitutibilidade porque os autores publicados por aquela editora são os mais lidos, preferidos e procurados.



com quem mantém a efetiva relação comercial²⁰.

Ao mesmo tempo, quanto mais a escolha do cliente final depender do produto adquirido, e não tanto do esforço de venda do distribuidor, tanto mais aquele tenderá a permanecer fiel à marca, buscando comprar de outro distribuidor o mesmo produto, caso venha a ser rescindido o contrato.

As nuances que se verificariam na escolha do cliente pelo distribuído ou pelo distribuidor dependem do largo espectro que trazem as situações concretas e as inúmeras variáveis que poderiam alterar o desfecho da aplicação da regra geral proposta.

No caso de um contrato de representação, por exemplo, é possível que haja ainda mais evidente identificação do cliente final com o representado, mesmo fenômeno que tende a ocorrer na concessão comercial. O incremento no grau de ingerência do representado na atividade do representante e do concedente na atividade do concessionário ajuda a criar uma relação do consumidor mais robusta com a marca representada do que com a pessoa que vende tal marca.

Certamente é possível pensar em pessoas que sejam extremamente fiéis a uma determinada fabricante de automóveis, por exemplo, mas é difícil que a mesma afinidade exista em relação a uma concessionária. Se a preferência de um cliente é sempre pela marca "X", pouco importa se adquirida na concessionária "A" ou "B". O produto é o mesmo e a identificação está vinculada à marca, e não à concessionária. O cliente pode até ter preferência por determinada concessionária integrante da rede do fabricante, mas se a concessionária 'A' ou 'B' passarem a comercializar veículos de outra marca, o cliente tende a permanecer fiel ao fabricante.

Novamente em contraposição a esse exemplo, se um

²⁰ Nesse sentido, não é equivocado se afirmar que quanto mais substituível o produto, maior tenderá a ser a aproximação do comprador com o distribuidor e maior a chance de que o distribuidor, desde que continue com sua atividade com um produto substituído, se torne o titular da clientela e dela extraia frutos posteriores à rescisão do contrato de colaboração.



restaurante depende de óleo de cozinha em grandes volumes para suas atividades, pouco importará se o distribuidor em quem o *chef* confia deixa de vender a marca "Y" para vender a marca "Z", que produz óleo muito similar. Nesse caso, há grande substitutibilidade e a clientela tende a uma relação mais próxima com o distribuidor do que com o distribuído.

A resposta para a questão sobre "com quem fica a clientela", portanto, parece residir muito mais na lógica de mercado do que na contratação de uma cláusula específica sobre isso²¹. Aliás, uma cláusula nesse sentido pode até valer entre as partes, mas gerará um potencial problema com o cliente, o qual não pode ser impingido a comprar produtos que não quer (os novos produtos fornecidos pelo distribuidor, caso a clientela tenha ficado com este por cláusula contratual²²) ou deixar de comprar produtos que quer²³.

Uma questão talvez de maior relevância sobre clientela, a partir da premissa supra estabelecida (de que a preferência da clientela pelo distribuidor ou distribuído dependerá da natureza do objeto da distribuição) e considerando que ao longo do contrato clientela foi um ativo fruído pelas duas partes da relação e que agora (após rescisão) será fruída (ao menos majoritariamente) por apenas uma, é como se compensar (se é que se deve compensar) aquela parte da relação que deixará de fruir a clientela. A melhor solução, como não poderia deixar de ser, é que os contratantes, conhecedores do mercado em que atuam,

²¹ Obviamente, conforme se verá, certas restrições contratuais podem limitar as escolhas disponíveis aos clientes.

²² Ressalvando-se que, conforme mencionado, certas estipulações contratuais do contrato de colaboração que se projetem além de sua rescisão podem limitar e dificultar sua escolha.

²³ Se o cliente tem fidelidade a determinada marca, ele continuará comprando enquanto houver oferta, independentemente de quem seja o distribuidor. Será muito raro um contrato com comprador final contendo cláusula de exclusividade entre agentes, ou seja, uma cláusula que proíba o comprador de adquirir produtos que lhe interessem porque o distribuidor deixou de distribuí-los devido à rescisão do contrato de colaboração. Se houver novo distribuidor ou atendimento direto pelo fabricante, este comprador final continuará comprando.



estipulem uma indenização, devida de parte a parte, pela rescisão do contrato, já considerando este tipo de situação. Isto não costuma ocorrer, muitas vezes levando a uma frustração de uma das partes e, eventualmente, ao litígio.

Quando não há estipulação contratual específica sobre o tratamento da clientela pós-rescisão nem regras legais ou contratuais sobre compensação/indenização, há dois raciocínios possíveis: (i) não há o que se falar em indenização²⁴, e a clientela ficará com aquela parte com a qual tem maior vínculo (vide exemplos supra), sem se falar em compensação de qualquer natureza pela ‘perda’ de clientela para a parte que não a fruirá pós-contrato; (ii) a parte que ficará com a clientela, por herdar um ‘ativo comum’ deverá indenizar a parte que ficará sem a clientela, com base na proibição do enriquecimento sem causa.

Assumindo-se então que pode ser devida uma indenização com base na proibição do enriquecimento sem causa, a indenização serviria, no primeiro caso tratado neste tópico, para compensar o fato de que o distribuidor investiu esforços e capital para consolidar o mercado em favor do distribuído, ajudando a criar ou manter uma clientela que agora ficará sob o controle do distribuído, que tem sua marca em alta conta com os clientes²⁵. Este raciocínio parece fazer maior sentido econômico naqueles casos em que o *market share* pré-distribuição era significativamente menor do que o *market share* existente quando da rescisão contratual.

No segundo caso, a indenização poderia servir para compensar o distribuído, que possibilitou ao distribuidor a consolidação de uma clientela para si ao conceder a exclusividade do

²⁴ Este primeiro raciocínio é simples. Se as partes não trataram do assunto é porque não há qualquer obrigação de indenizar a qualquer título pela não fruição da clientela. As partes assumiram como algo normal que não exista regra referente à fruição pós-contrato da clientela.

²⁵ Deve ser considerado, no entanto, que se o ativo que se busca compensar – proibir-se o enriquecimento sem causa – é a clientela, deve admitir-se que este possa ter valor maior ou menor do que os investimentos realizados e não amortizados.



direito de comercializar seus produtos na área geográfica.

Neste segundo caso, a indenização faz sentido somente se, em função da natureza da relação, ficar entendido que o distribuído renuncia, em nome da relação contratual, a outras oportunidades de colocação de seu produto no mercado e que, em função desta “renúncia”, não houve compensação suficiente durante o período contratual.

Em uma interpretação mais intuitiva, se existir algum direito de indenização a uma das partes, tende a ser mais plausível que a indenização seja em favor do distribuidor, pois via de regra é a parte com menor poder de barganha na relação contratual. Todavia, os exemplos utilizados logo acima dão conta de que nem sempre é isso que ocorre. Um distribuído pode depender tanto de um distribuidor quanto a dependência pode se dar no vetor contrário.

Apesar de ser possível se especificar contratualmente com quem ficaria a carteira de clientes (contatos, dados estatísticos e informações de pedidos de compra, preço e condições por exemplo), parece ser verdade também que o cliente não será obrigado a manter a relação comercial com a parte com a qual não quer, e aqui surge a segunda questão proposta.

3.2. SEGUNDA QUESTÃO: A CLÁUSULA DE NÃO CONCORRÊNCIA E SEUS EFEITOS SOBRE ALOCAÇÃO DA CLIENTELA.

A segunda questão posta para análise crítica e econômica da rescisão dos contratos de colaboração diz respeito aos efeitos da cláusula de não concorrência na alocação pós-contratual da clientela. Como já se analisou no tópico anterior, a depender do tipo de produto distribuído, o cliente preferirá permanecer fiel à marca do distribuído (produto menos fungível) ou preferirá manter a relação comercial com o distribuidor (produto mais fungível). A existência de cláusula de não concorrência pode impedir



ou restringir que o aproveitamento da clientela se dê desta forma, conectando de forma intrínseca esta segunda questão à primeira.

A cláusula de não concorrência, com extensão e efeitos posteriores à rescisão, é um instrumento muito comum para operacionalizar a transferência ou manutenção da clientela com uma ou com a outra parte do contrato de distribuição. Essa cláusula, como o próprio nome já adianta, impede que uma parte pratique atividades de concorrência em relação à outra, sempre por determinado tempo e em determinada área geográfica.

A não concorrência pode ser do distribuidor em relação ao distribuído ou do distribuído em relação ao distribuidor. No primeiro caso, o distribuidor não poderá distribuir produtos concorrentes aos do distribuído na área geográfica, por determinado tempo após a rescisão do contrato. No segundo caso, o distribuído não poderá contratar outro distribuidor na mesma área em que atuava o antigo distribuidor, por determinado tempo após a rescisão do contrato. A não concorrência, em suma, diz respeito à proibição de exercer atividade concorrente, por parte daquele que está sujeito a seus efeitos, em determinada área e durante determinado tempo após a rescisão do contrato.

A cláusula de não concorrência não pode ser confundida com a exclusividade concedida de uma parte à outra durante o contrato. A exclusividade, quando contratada, concede ao distribuidor a prerrogativa de ser o único revendedor daquele(s) produto(s) na área estipulada e ao distribuído de ser o único fornecedor daquele(s) produto(s) ao distribuidor. Esses dois vetores da exclusividade podem ser contratados independentemente.

Essa estipulação contratual guarda íntima relação com a primeira questão posta neste trabalho. A cláusula de não concorrência, em grande medida, tem a função de garantir a operacionalização de uma cláusula que atribui a clientela a uma ou outra parte após término do contrato, ou pode ela mesma ser o elemento de definição de quem continuará fruindo o ativo ‘clientela’ (ao excluir a possibilidade de que a outra parte tenha



contato com estes clientes).

É preciso destacar: não é possível, dentro da realidade de mercado, impedir por completo e para sempre que o distribuidor acesse sua antiga clientela, ainda que ela tenha permanecido com o distribuído após o término da relação contratual²⁶. De igual maneira, não se pode garantir de forma absoluta que a clientela que permaneceu com o distribuidor não virá a adquirir no futuro produtos do distribuído por intermédio de novo distribuidor ou venda direta.

Todavia, é possível contratar a obrigação de não haver essa concorrência por determinado tempo após a rescisão do contrato, isto é, proibir a conduta concorrente ativa de uma e outra parte. A cláusula de não concorrência impede a ação de uma das partes e pode até mesmo precificar a infração deste dever de abstenção, e é nestas características que reside a importância econômica da cláusula.

Nesse passo, é extremamente importante que o distribuído e o distribuidor compreendam, na realidade peculiar do mercado em que atuam e na forma específica com que construíram seu *mix* de produtos, sua rede de distribuidores (ou subdistribuidores, no caso do distribuidor) e sua clientela, qual é o grau de dependência de parte a parte e qual a probabilidade de que a clientela fique com uma ou outra parte (principalmente em função da fungibilidade do produto).

Se essa dependência for muito alta, é provável que a rescisão do contrato de colaboração implique na impossibilidade de prosseguimento da atividade econômica de uma parte ou outra parte, como nos casos do distribuidor que era exclusivo de determinado fabricante e cujo objeto era um produto ou produtos infungíveis e de marca forte.

Permanecendo nos exemplos anteriormente adotados, imagine-se que o distribuidor de livros didáticos tenha se

²⁶ Mas, conforme se verá a seguir, é possível se colocar um ‘preço’ (punição) para esta prática, mediante contratação da não concorrência e adequadas penalidades.



submetido a uma cláusula de não concorrência por dois anos com a editora distribuída. Rescindido o contrato, ele não poderá mais distribuir livros didáticos de direito na área geográfica em que anteriormente atuava. Não poderá, portanto, continuar atendendo o mercado desenvolvido ao longo dos dez anos de atividade.

Se esse era o único setor em que atuava (livros didáticos jurídicos), certamente terá dificuldades de se estabelecer em um novo setor, pois sequer poderá distribuir livros didáticos jurídicos de outra editora. Para o distribuidor, pouco importará, portanto, se a clientela continua teoricamente acessível e se laços de confiança foram construídos. Todo e qualquer valor potencial da clientela para ele se diluirá em pouco tempo, porque simplesmente não pode atendê-la.

Nesse caso, não obstante o fato de o cliente já estar mais propenso a manter-se fiel à editora distribuída (que tem a maior fatia de mercado e, portanto, o maior volume de vendas), o distribuidor sequer poderia ofertar livros didáticos jurídicos de outra editora para sua clientela.

O segundo exemplo também pode ser trazido para ilustrar essa situação. O distribuído, fabricante de resinas plásticas, sujeito a uma cláusula de não concorrência com o distribuidor, seria obrigado a procurar um novo distribuidor em outra área, não podendo fazê-lo na mesma área em que atuava o distribuidor anterior. Além do fato de que a clientela preferiria permanecer fiel ao distribuidor das resinas plásticas (desde que este continuasse vendendo produtos similares), não poderia o distribuído sequer contratar outro distribuidor para explorar o mercado na mesma área.

Obviamente, a cláusula de não concorrência tem efeitos restritivos da livre competição, presumivelmente prejudiciais ao mercado (ainda que tolerada pela lei) e, por essa razão, deve ser aplicada, conforme já adiantado, sempre de forma limitada. Não é razoável impedir que qualquer das partes exerça atividade



concorrente com a outra por tempo e em área indeterminados. É preciso delimitar e restringir de maneira muito específica essa obrigação, tanto no que tange à área abrangida pela não concorrência, quanto ao tempo de sua vigência.²⁷

É intuitivo, contudo, que na maior parte dos casos a não concorrência pesaria mais para o distribuidor do que para o distribuído. Enquanto este pode simplesmente contratar novo distribuidor em outra área e de certa forma minorar sua perda de receita sem subverter a obrigação de não concorrência, o distribuidor submetido à cláusula teria de começar a explorar novo mercado não sujeito à restrição, seja em termos geográficos, seja em termos de setor do comércio. Afinal, como o distribuidor está "na ponta" do contrato de colaboração, conhecer e ser conhecido no mercado em que atua (em termos geográficos e objetivos) tem um peso maior do que para o distribuído, que é conhecido apenas por seu produto²⁸.

Apesar desta característica, é importante mencionar que

²⁷ Colhe-se, com efeito, alguns exemplos nesse sentido advindos de construção jurisprudencial. Vale citar, do STJ: RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL. CONTRATO EMPRESARIAL ASSOCIATIVO.

(...) EXTINÇÃO DO VÍNCULO CONTRATUAL. CLÁUSULA DE NÃO CORRÊNCIA. LIMITE TEMPORAL E ESPACIAL. ABUSIVIDADE. NÃO OCORRÊNCIA.

1. Demanda em que se debate a validade e eficácia de cláusula contratual de não-concorrência, inserida em contrato comercial eminentemente associativo.

$$\left(\begin{array}{c} \vdots \end{array} \right)$$

5. A funcionalização dos contratos, positivada no art. 421 do Código Civil, impõe aos contratantes o dever de conduta proba que se estende para além da vigência contratual, vinculando as partes ao atendimento da finalidade contratada de forma plena.

6. São válidas as cláusulas contratuais de não-concorrência, desde que limitadas espacial e temporalmente, porquanto adequadas à proteção da concorrência e dos efeitos danosos decorrentes de potencial desvio de clientela - valores jurídicos reconhecidos constitucionalmente.

7. Recurso especial provido.

Resp 1203109/MG, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 05/05/2015, DJe 11/05/2015.

²⁸ Ao ser impedido de atuar na área em que atuava, o distribuidor perde seu principal ativo, e tem que recomeçar em outra área praticamente do zero.



na maior parte das vezes, a cláusula de não concorrência será estipulada em desfavor do distribuidor, não sendo aplicável contra o distribuído. Isto provavelmente se dá porque na maior parte das vezes, o contrato de distribuição é proposto pelo distribuído, e esta costuma ser uma cláusula-padrão.

Não obstante essas restrições do escopo da cláusula de não concorrência, não há qualquer impedimento em sua aplicação baseado no fato de o distribuidor ou o distribuído dependerem de maneira muito relevante daquele mercado no qual, após a rescisão do contrato, não poderá exercer a atividade (concorrente com a da outra parte).

As considerações supra sobre economicidade da cláusula não respondem, ainda, a questão proposta para este tópico, mas são importantes para o correto entendimento dos potenciais problemas e interesses envolvidos.

É importante, nesse passo, que as partes prevejam a indenização ou os termos da rescisão em favor da parte que ficará sujeita à não concorrência, no caso de a outra parte dar causa à extinção do contrato. Apenas assim será possível estabelecer uma compensação pelo investimento aportado para desenvolvimento do mercado e para manutenção do contrato, tendo como premissa o fato de que, muitas vezes, o tempo contratual será insuficiente para proporcionar retorno adequado aos esforços necessários para conquista do mercado. As partes podem ainda prever fórmula que de alguma forma permita que a parte que será privada do acesso à clientela obtenha alguma compensação²⁹.

Não é plausível, contudo, na esteira das considerações supra, defender a invalidade da cláusula de não concorrência apenas em razão da dependência da parte a ela sujeita. É ônus e risco do contratante (não se pode esquecer que se trata de relação empresarial) prever e se resguardar quanto à possibilidade de ter o contrato rescindido.

²⁹ Podem, mas tal estipulação não é comum na prática contratual.



3.3. TERCEIRA QUESTÃO: A EXPECTATIVA DE CONTINUIDADE DO CONTRATO?

A terceira questão deste ensaio é analisar se a eventual expectativa das partes (ou ao menos de uma delas) de que o contrato tenha duração significativa, inclusive superior a eventual prazo avençado, tem implicações econômicas e jurídicas.

Quando se trata da duração de um contrato de colaboração, assim como em qualquer outro contrato, o prazo pode ser indeterminado ou determinado. No contrato de colaboração (ou na maior parte deles), no entanto, há muitas vezes uma peculiaridade envolvida, que já será analisada.

No primeiro caso – contrato por prazo indeterminado – as peculiaridades do contrato de colaboração apresentam uma dificuldade que se inter-relaciona com as duas outras questões já abordadas: uma vez que o distribuidor tem a obrigação de investir para desenvolver o mercado em que atuará, como resguardar esse investimento da rescisão unilateral por parte do distribuído, que pode ocorrer a qualquer tempo (respeitando-se apenas o prazo de notificação)?

No segundo caso, não se pode negar que é plausível a extinção do contrato ao final de seu prazo de duração³⁰, mas a prática mostra que muitas vezes uma das partes – principalmente o colaborador – tem a expectativa de renovação ou prorrogação do prazo contratual. Não são incomuns contratos de colaboração cujo prazo original era de 2 ou 5 anos durarem 30, 35 ou até mais.

Teoricamente, a projeção do prazo de duração do

³⁰ Essa seria a lógica que um agente puramente racional adotaria, mas no contrato de colaboração, ainda que existam regras rígidas, muitas vezes os agentes envolvidos se veem participando de uma série de “*repeated transactions*” e muitas vezes não consideram que a relação poderá encerrar-se ao final do prazo contratual. Com isso, não dimensionam seus esforços necessariamente contando com a rescisão do contrato ao seu término.



contrato deve ser levada em conta pelos contratantes quando da negociação dos termos contratuais e as partes devem se comportar de acordo com este prazo. Nesse sentido, não será interessante para um colaborador fazer investimentos consideráveis, a fim de exercer a atividade demandada pelo contrato, se o prazo da relação contratual tiver período muito curto.

Partes muitas vezes não dão adequada atenção às disposições referentes à rescisão do contrato, uma vez que não imaginam que vá acontecer, ou simplesmente consideram esse um problema a ser enfrentado no futuro, não na estipulação do contrato³¹. Dentre outras, as partes não dão ênfase a regras sobre rescisão, indenização e similares. Em suma, muitas vezes a cláusula de prazo e as regras de rescisão parecem constar do contrato apenas por ser praxe, não tendo as partes lhe dado a adequada consideração. É como se as partes não considerassem a rescisão um fato possível (até provável) ou, se o consideram possível, é tratado como evento de baixa probabilidade.

Na hipótese de o contrato ter duração por prazo indeterminado, a relação contratual torna-se mais instável, bastando a denúncia do contrato por uma das partes, respeitado o prazo de

³¹ A moderna economia comportamental refutou (ou complementou) a visão clássica do agente puramente racional, desprovido de sentimentos, focado exclusivamente na maximização de interesses com cálculos informacionais desprovidos de qualquer emoção. O pensamento hoje *mainstream* é que a tomada de decisão é influenciada por vieses comportamentais diversos, dentre eles o viés de otimismo, assim definido por Bianca Bez Goulart (Análise econômica da litigância: entre o modelo da escolha racional e a economia comportamental. Dissertação de mestrado profissional, UFSC, 2018, p. 76): “*De maneira genérica e subjetiva, o viés otimista pode ser visualizado como “[...] a capacidade de contestar pensamentos catastróficos recorrentes de forma eficaz [...]”*”

A mesma autora logo lembra que, embora ser otimista tenha vários pontos positivos: *“A despeito de parecer positivo ser otimista, por promover ação, resiliência e comprometimento, Rose Trevelyan assevera que o otimismo é útil até certo ponto, pois em determinado nível de atuação e a depender do contexto da situação pode tornar-se prejudicial. Sob esse aspecto, Daniel Kahneman também opina, salientando que, “quando combinados, os fatores emocionais, cognitivos e sociais que apoiam o otimismo exagerado são uma poção enebriante, que por vezes leva as pessoas a assumir riscos que teriam evitado se soubessem das chances”*



antecedência comumente pactuado³².

Na arquitetura da lei, a segurança para as partes advém justamente do estabelecimento de um prazo mínimo de antecedência para a notificação de rescisão unilateral, em consonância com os investimentos aportados para execução do contrato e para reorganização da atividade empresarial do denunciado.

Mais que isso, a previsão de uma indenização devida pela denúncia do contrato é importante também para garantir mínima compensação à parte denunciada, que está a todo e qualquer momento sujeita à extinção do contrato por prazo indeterminado.

Enquanto no caso da distribuição comercial é fundamental que as partes prevejam as regras em relação à rescisão do contrato, sob pena de se verem (uma ou outra, a depender da dinâmica da relação comercial, conforme debatido acima) em situação adversa, no caso dos contratos de colaboração típicos a lei por vezes supre essa regulamentação, trazendo regras

³² Mesmo não existindo expressa previsão contratual, deve ser dado prazo razoável para o desfazimento do vínculo. Nesse sentido:

RECURSOS ESPECIAIS. CONTRATO DE DISTRIBUIÇÃO DE BEBIDAS. IMPOSSIBILIDADE DE INCIDÊNCIA DA LEI 6.729/79. PRAZO INDETERMINADO. RESCISÃO. AVISO PRÉVIO. NECESSIDADE. INEXISTÊNCIA DE CONSENSO ENTRE AS PARTES. ARBÍTRIO JUDICIAL. CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO.

(...)

2. É da natureza dos contratos por prazo indeterminado seja notificada a parte acerca da vontade externada pela outra de romper o ajuste, sob pena de responder pelos prejuízos.

3. Diante da ausência de normatização específica à época do contrato, vigente entre 1992 e 1998, e da inexistência de acordo entre as partes, quer por não ter sido realizado um ajuste escrito regulando a relação comercial, quer por não haver consenso no momento do rompimento contratual, a verificação do prazo razoável deve ser feita segundo o prudente arbítrio do magistrado diante da prova colhida nos autos, consoante entendimento acolhido pela novel legislação civil.

4. Se o Tribunal de origem, com fincas no conjunto fático- probatório dos autos, entende razoável o prazo de aviso prévio de 120 dias, não há como alterar esse entendimento em face do óbice da súmula 07 do Superior Tribunal de Justiça.

5. Recurso especial da distribuidora não conhecido. Recurso especial da fabricante conhecido em parte e, nesta extensão, provido.

REsp 654.408/RJ, Rel. Ministro FERNANDO GONÇALVES, QUARTA TURMA, julgado em 09/02/2010, DJe 14/09/2010.



cogentes.

Com efeito, a Lei n. 4.886/1965 traz, em seu artigo 27, § 1º, a delimitação da indenização que é exigida pela alínea "j" do mesmo artigo³³. O dispositivo prevê que quando o contrato for firmado por prazo determinado, a indenização devida pelo representado ao representante em razão de denúncia imotivada será equivalente à "média mensal da retribuição auferida até a data da rescisão, multiplicada pela metade dos meses resultantes do prazo contratual".

Assim, em se tratando de contrato por prazo determinado, em que é evidente a expectativa do representante em "continuar" o contrato ao menos até o termo final pactuado inicialmente, a própria lei de regência já estabelece um mecanismo de compensação dessa expectativa.

Veja-se, ainda, que essa determinação deve estar consonante com o valor mínimo previsto no inciso "j" do artigo 27 daquela lei. A multiplicação pela metade dos meses faltantes para a extinção da relação contratual busca garantir que a indenização seja proporcional à expectativa já mencionada.

Destaque-se, ainda, que o artigo 27, § 2º, da lei em comento determina que a prorrogação de um contrato firmado por prazo determinado faz com que este se torne de prazo indeterminado, seja por prorrogação tácita ou expressa.

Logo, ao se tratar da expectativa de continuidade da relação "após" o seu termo final (caso pactuado por prazo

³³ Art. 27. Do contrato de representação comercial, além dos elementos comuns e outros a juízo dos interessados, constarão obrigatoriamente:

(...)

j) indenização devida ao representante pela rescisão do contrato fora dos casos previstos no art. 35, cujo montante não poderá ser inferior a 1/12 (um doze avos) do total da retribuição auferida durante o tempo em que exerceu a representação.

Deve ser considerado que mediante aplicação do percentual mencionado na alínea 'j' obtém-se um valor mínimo. Se o valor apurado conforme o § 1º deste mesmo artigo 27 ("Na hipótese de contrato a prazo certo, a indenização corresponderá à importância equivalente à média mensal da retribuição auferida até a data da rescisão, multiplicada pela metade dos meses resultantes do prazo contratual.") for superior ao obtido pela aplicação da regra da alínea 'J', prevalecerá o que for maior.



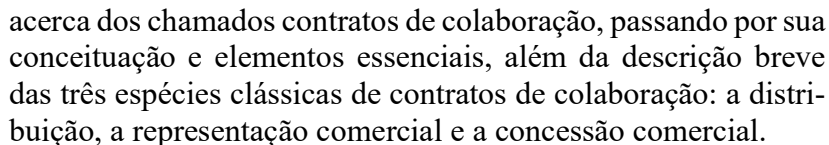
determinado em um primeiro momento), não se pode tomar como parâmetro seu prazo inicial (contrato por prazo determinado). Para essa situação, aplicar-se-á a indenização prevista no artigo 27, "j" da lei de regência, que observa não o tempo restante para o fim do prazo contratual (já que não é possível projetá-lo), mas sim um percentual de 1/12 (um doze avos) dos resultados passados.

Finalmente, no caso da concessão mercantil de veículos, também a lei de regência traz regulamentação específica para os casos de rescisão do contrato. O artigo 23 da Lei n. 6.729/1979 determina que o concedente, ao não prorrogar o contrato por prazo determinado, deverá readquirir o estoque de veículos e componentes novos, pelo preço de venda. De igual maneira, também nesse caso, deverá comprar os equipamentos, máquinas e instalações aplicadas para o exercício da concessão, pelo preço de mercado.

Assim, verifica-se que a expectativa de continuar o contrato por parte do concessionário está relativamente protegida pela lei de regência, que não garante a indenização por eventuais lucros futuros, mas ao menos determina a absorção, pelo concedente, dos possíveis prejuízos que seriam advindos da não prorrogação do contrato e suportados pelo concessionário.

A mesma conduta será exigida do concedente quando este rescindir o contrato firmado por prazo indeterminado, ou der causa à rescisão (artigo 24), adicionada à indenização de quatro por cento do faturamento projetado para um período correspondente à soma de uma parte fixa de dezoito meses e uma variável de três meses por quinquênio de vigência do contrato, corrigindo-se monetariamente o valor do faturamento de bens e serviços referentes à concessão.

Novamente nessa hipótese verifica-se a ideia de proporcionalidade, não ao tempo restante do contrato (uma vez que a projeção não pode ser realizada), mas sim ao tempo pretérito (em que este vigente o contrato) e ao faturamento auferido pelo



Além disso, à luz da caracterização e da distinção de cada um dos contratos, pretendeu-se responder a três questões. Primeiro, com qual das partes ficará a clientela, um ativo de inegável valor econômico, de desenvolvimento conjunto, mas cuja fruição após a rescisão de um contrato de colaboração se dá por apenas uma das partes? A segunda questão, relacionada com a primeira, é como aplicar a cláusula de não concorrência após a extinção da relação contratual, levando em consideração a realidade exposta pela primeira análise? Terceiro, como tratar a expectativa das partes (especialmente a parte que está na "ponta" do contrato de colaboração) quanto à continuidade do contrato, a partir de seus reflexos econômicos?

É evidente que a resposta para cada uma dessas questões depende de qual contrato se está a analisar, e o que se concluiu, em síntese, foi que nos casos em que o contrato analisado é típico e encontra regulamentação específica em lei de regência, especialmente no que tange à indenização pela perda da clientela, pela impossibilidade de prosseguir em atividade concorrente e pela frustração da expectativa de continuar a relação contratual, as partes têm mais segurança quanto ao que podem esperar (seu ‘pacote de direitos’) após a extinção do contrato.

Com efeito, a indenização prevista em lei busca compensar a presumida fragilidade em que se encontra a parte (tanto a parte na "ponta" do contrato quanto a parte fornecedora) após a extinção abrupta ou a ausência de prorrogação da relação. Essa compensação serve para todas as situações previstas nas questões tratadas na lei, mas, ainda que se possa criticar a atual formulação como insuficiente ou exagerada, não resta claro se outras compensações/indenizações podem ser objeto de pactuação específica.



A situação mais interessante, certamente, é aquela encontrada em contratos atípicos, tais como a distribuição. A resposta para as três questões propostas é mais complexa, e a estipulação das partes torna-se ainda mais importante, tendo em vista o vácuo normativo existente. Em se tratando de rescisão unilateral do contrato, no caso do distribuído, havendo período curto de aviso prévio, é intuitiva a dificuldade em readequar a operação para não violar eventual uma cláusula de não concorrência³⁵, ou (principalmente) para voltar a desenvolver mercado após a perda da clientela.

Por isso, em conclusão à primeira questão, pode-se dizer que a realidade de mercado tem muito mais força para ditar a permanência da clientela com uma ou outra parte do que eventual previsão contratual. Conforme se demonstrou aqui, quanto mais fungível (ou substituível) for o bem transacionado, mais a clientela tenderá a permanecer fiel ao distribuidor com que possui a relação comercial, não com o fornecedor. De outra ponta, quanto menos fungível for o bem, isto é, quanto mais vinculado à marca do produtor ou fornecedor, mais tenderá a clientela a permanecer fiel ao próprio produtor, e não ao distribuidor, ainda que este tenha empreendido esforços consideráveis de desenvolvimento de mercado.

Em relação à segunda questão, pode-se dizer que a restrição de concorrência é uma cláusula que deve ser bem analisada pelas partes, notadamente pela parte que desenvolve o mercado, uma vez que todos os seus esforços para captação de clientela podem não ter retorno econômico após extinção do contrato, se esta restar proibida de continuar atendendo a mesma clientela com produto concorrente.

No que diz respeito à terceira questão, verifica-se que o tratamento da expectativa de continuar o contrato é equacionada pela lei nos casos de contratos típicos, na forma de indenização. Já em relação ao contrato de distribuição, assim como nas

³⁵ Tal cláusula em desfavor do distribuído é rara, conforme já se mencionou.



o representante comercial. *In*: BUENO, Hamilton; MARTINS, Sandro G. (coord.). *Representação comercial e distribuição*: 40 anos da Lei n. 4.886/65 e as novidades do CC/02 (arts. 710 a 721). São Paulo: Saraiva, 2006.P. 427-442.

SALOMÃO FILHO, Calixto. Cláusulas de exclusividade nos contratos de representação comercial: aspectos concorrenciais. *In*: BUENO, Hamilton; MARTINS, Sandro G. (coord.). *Representação comercial e distribuição*: 40 anos da Lei n. 4.886/65 e as novidades do CC/02 (arts. 710 a 721). São Paulo: Saraiva, 2006. P. 444-470.

SILVA NETO, Orlando Celso da e MEIRELES, Vanessa Zimmerman de. Breves notas sobre o conteúdo e a extensão do dever de cooperação em contratos empresariais. *Justiça do Direito*, v. 30, n.1, p. 110-142, jan/abr. 2016.



inovações encartadas no Código de Processo Civil (CPC/15), evidência que se percebe pelo cotejo do atual artigo 371 com o revogado art. 131 do CPC de 1973.

Solipismo judicial, socialismo processual, simplificação procedimental foram termos cunhados por advogados e acadêmicos de expressão para identificar o processo civil anterior ao atual CPC/15. Neste universo delineado por muitos dos referidos estudiosos, os juízes agiriam, de forma recorrente, com desprezo ao comando do art. 93, IX, da Constituição brasileira - que consagra a motivação das decisões judiciais - primando pela não cooperação com os advogados das partes e pela produção de decisões abruptas e de fundamentação superficial, amparados por um sistema processual autoritário, desconforme com a natureza garantística do Estado Democrático de Direito. Assim, era importante retirar o protagonismo do onipotente e ensimesmado juiz no processo diante dos ventos argumentativos que sopravam os positivismos para o passado.

Será que o diagnóstico estava realmente correto ou se tomou, com uma certa dose de paixão, a parte pelo todo?

O CPC/15 alterou a estrutura do nosso processo civil a ponto de decretar o fim da liberdade de valoração da prova como extensão do dever de fundamentação das decisões e cooperação com as partes, bem como inovou sobrelevando a ponderação como critério a ser utilizado na “colisão entre normas” (princípios, talvez)?

A mágica legiferante produziu os efeitos buscados pelo seu criador ou, como sói acontecer em boas produções legislativas, a criatura ganhou autonomia ao tocar a realidade dentro dos limites constitucionais?

Em discussão tão multifacetada, parto da independência judicial e do diálogo que os juízes devem conduzir no processo.

DISCUSSÃO



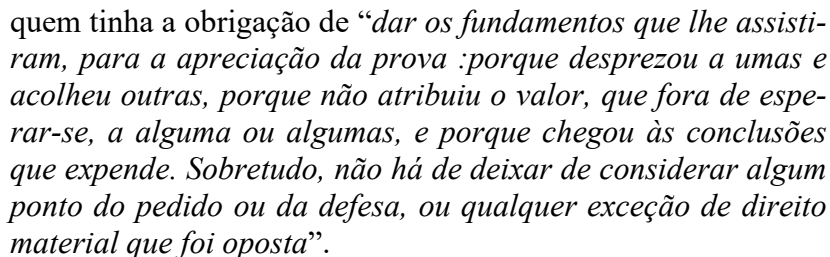
Em artigo seminal no que concerne ao atual Código de Processo Civil brasileiro, Dierle Nunes e Nicola Picardi (2011) apresentaram uma viagem histórica sobre a codificação processual civil brasileira. Os autores citados descreveram a transição da regulação pelo livro terceiro das Ordenações Filipinas, caracterizado pelo formalismo na aquisição da prova, segredo e impulso das partes, para o Regulamento 737, estendido ao processo civil com o advento da República, até chegar ao Código de Processo civil de 1939 durante o ministério estado-novista do controverso Francisco Campos.

Em referido ponto é realizada a vinculação das concepções de Chiovenda que teriam inspirado Francisco Campos, historicamente simpatizante do regime facista, sobre a restauração da autoridade no processo, com o advento do Codice di Procedura Civile do governo de Mussolini, em período quase pareado, que também previa a direção do processo pelo juiz, de forma ativa, proeminente e reguladora.

Pois bem. Apesar de não poucas infelizes ações – e omissões – do Poder Judiciário na era Vargas, eram todos os juízes de então estado-novistas?

Obviamente o *Zeitgeist* pode ser um conceito cínico que jamais teria força para justificar ataques a direitos fundamentais, contudo é importante assinalar que em 1938 surgiu também o código de processo civil estadunidense (*Federal Rules of Civil Procedure*), com os mesmos objetivos das leis citadas, ou seja, rapidez, diminuição dos custos e busca ativa das provas.

Pontes de Miranda, uma notável inteligência perdida nos positivismos e dogmatismo daquele mundo, ao comentar o CPC/39, utilizou de conceitos ainda hoje presentes na tradição do direito alemão para indicar o princípio da livre apreciação judicial da prova (*Grundsatz der freien richterlichen Beweiswürdigung*), apontando que o juiz seria livre para chegar às consequências que não foram tiradas pelas partes, mas ressaltava (1958, p.280) que não havia se dado arbítrio puro para o juiz, a



Estariam os juízes dos anos 40 tão distantes assim do dever de fundamentação das decisões judiciais, garantido pelo art. 93, IX, da Constituição brasileira de 1988, ou mesmo, de forma especial, da fundamentação com caráter argumentativo indicado pelo art. 489 do CPC/15?

Talvez seja necessário buscar raízes mais profundas da construção do Judiciário brasileiro, porquanto, como ensinava Stuart SCHWARTZ (1979), ao estudar a burocracia e sociedade no Brasil colonial, o direito de soberania da Coroa portuguesa em relação às suas colônias de além-mar, com destaque para o Brasil, firmava-se sobre o seu papel de guardião da Justiça exteriorizado pela ação dos seus magistrados.

A questão possivelmente não era o protagonismo do juiz no processo na pesquisa probatória, ainda que realizada em cooperação com os causídicos, ou mesmo a qualidade da fundamentação das decisões e nem o diálogo interprocessual com os advogados, mas sim a ausência dos jurisdicionados na equação. Juizes e advogados participavam do mesmo sistema judicial excludente e formavam – e ainda formam -uma burocracia com linguagem própria.

Ao continuar a narrativa sobre a história da codificação processual brasileira, NUNES e PICARDI trataram da influência de Enrico Tulio Liebman na construção da chamada Escola Paulista de Processo, que terá como um dos seus expoentes Alfredo Buzaid, artífice do Código de Processo Civil de 1973. Todavia, a controversia apresentada orbita o movimento pela socialização processual concretizado como “Projeto Firenze de



Acesso à Justiça”, capitaneado por Mauro Cappelletti, que teria longa influência no direito brasileiro.

As críticas sobre os efeitos no direito processual brasileiro do trabalho de Cappelletti e Bryant Garth – que foram influentes na construção da legislação consumerista (Lei nº 8.078/90), na defesa dos direitos coletivos e difusos (v.g.: Lei nº 7.347/85) e na própria formulação dos juizados especiais (v.g.: Lei nº 9.099/95) – tiveram ressonância na concepção do CPC/15. Em verdade, houve forte movimentação para afastar da legislação processual civil brasileira qualquer indicação do conceito de instrumentabilidade do processo, correlato à centralidade em um juiz ativo e responsável pela tutela de interesses metajurídicos, uma vez que identificado como a quintessência da socialização processual e do protagonismo judicial.

Não é de se estranhar a constatação de Eduardo OTEIZA (2018) de que o Brasil, diferente de tantos outros países democráticos, pouco levou em conta para a formulação do CPC/15 as bem sucedidas experiências sintetizadas no *Codigo Modelo Del Instituto Iberoamericano* – talvez apenas as questões sobre mediação e conciliação – e as regras da UNIDROIT – com exceção da novidade do *amicus curiae*.

Aliás, o aumento do poder do juiz na direção e impulso do processo, que parece que se tentou evitar durante a formulação do CPC/15, é um dos alicerces do *Codigo Modelo Del Instituto Iberoamericano*, que produziu resultados interessantes em países de língua espanhola, como o Uruguai, segundo apontado por OTEIZA (2018, p. 121).

Não muito diferente aconteceu na Espanha, onde a *Ley de Enjuiciamiento Civil* tem como um dos seus pilares o papel atribuído ao juiz no desenvolvimento do processo.

O conceito de *sana critica*, difundido na Espanha e em países de língua espanhola desde longa data, ressalta a valoração da prova pelo juiz através do convencimento motivado. O poder concedido aos juízes para a apreciar as provas “*en conciencia*”



não significa arbitrariedade, já que as decisões judiciais devem ser assentadas no argumento racional, que deve ser exteriorizado.

A linha a ser seguida se afasta de uma ação irracional, arbitrária e incontrolável do juiz. Em verdade, como cita Victória SESMA (2003, P.344-345), o juiz tem de ser livre para valorar discricionariamente a prova, mas terá para tanto de observar – e externar- uma metodologia racional na fixação dos fatos controvertidos, pois sua íntima convicção está bitolada pelo convencimento segundo o processo e a razão.

A referida autora reforça a ideia de que o “livre convencimento” não se identifica com o arbítrio quando a avaliação livre da prova pelo juiz implicar no fornecimento de regras e critérios racionais para determinar a verdade dos fatos colocados em questão. Em reforço, SESMA (2003, p.344) cita Tartufo ao contrapor o livre convencimento ao sistema de prova tarifada, elaborando a ideia dos critérios do juiz em avaliar a eficácia cognitiva e a credibilidade das provas singulares em torno do fato que constitui o objeto, bem como a necessidade de o juiz realizar uma avaliação conjunta e comparativa para determinar os fatos, diante da ausência de uma hierarquia apriorística entre as provas.

De forma semelhante, a UNIDROIT (Istituto Internazionale para Unificação do Direito Privado) apontou princípios de processo civil partilhados entre os seus membros, com o objetivo de reconciliar diferenças entre várias regras nacionais, bem como harmonizar a aplicação do direito privado em um mundo globalizado. A independência do juiz para decidir a questão de acordo com os fatos e com a lei, assim como a sua responsabilidade de considerar todos os fatos e evidências relevantes e determinar a base legal correta para as suas decisões são princípios basilares da UNIDROIT.

A importância de iniciativas como a UNIDROIT é sobrelevada diante da constatação de que os sistemas processuais predominantes, *adversarial system* e *inquisitorial system*, se



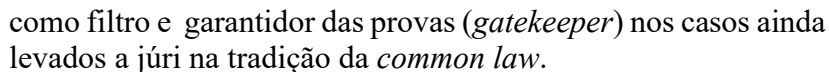
entrelaçam no mundo real, não mais existindo na sua forma pura. A rigor, como expõe Neil ANDREWS (2002, p.275), no sistema inglês de modelo *adversarial* já se busca o livre exame das provas seguindo a tendência mundial da UNIDROIT. Da mesma forma, no sistema escandinavo, o *Principle of Party Presentation* (forhandlingsmaksimen na Dinamarca) não significa que as partes controlem a produção e o exame das provas, pois é o juiz responsável pela condução do processo formal, não podendo ser maculada a garantia constitucional de sua independência². Também o método discursivo e argumentativo cada vez mais utilizado na Suécia, na prática, significa a apresentação pelo juiz das razões do seu decidir, incluindo fatos, normas e até juízos de valor, realizando então a ponderação.

De outro lado, a livre valoração da prova é princípio observado no *Zivilprozessordnung* alemão (§260 do ZPO), não se distanciando da prudente apreciação (*prudente apprezzamento* do art. 116 do *Codice di Procedura Civile*) do direito processual italiano, que não fogem ao reconhecimento de que cabe o juiz avaliar e sopesar as provas, justificando os critérios de escolha ou valoração por ele utilizados.

Não é diferente no Japão ou na França, onde o dever do juiz de motivar a sentença, ainda que com uma breve declaração dos fatos, é uma demonstração de que os argumentos das partes foram analisados.

Por fim, ao se falar de democracia, a 14ª Emenda à Constituição estadunidense ampara o devido processo legal, consubstanciado na exigência de que os juízes decidam com base nas evidências registradas no processo. O direito a um processo justo (*fair judicial procedure*) não afasta, antes pelo contrário, que o juiz atue como investigador dos fatos (*factfinder*) e aprecie a questão probatória (*factual issues*) na linha do *equity*, e atue

² A Constituição dinamarquesa (Grundloven) contém várias provisões para garantir a independência do sistema judicial. Como exemplo, consta da Seção 64, subseção 1, que os juízes devem obedecer apenas a lei, além de ter em mente os direitos civis como fator de correção.



Os modelos até então citados são de democracias sólidas, que reconhecem a independência do sistema judicial como um dos suportes do Estado Democrático de Direito. O juiz é obrigado a exercer seu julgamento, e deve fazê-lo com base nos fatos e através da interpretação da norma. A motivação é parte indissociável da jurisdição, assim como daquela faz parte a argumentação racional derivada da condução do processo e da avaliação independente das provas pelo juiz.

Por outra abordagem, não é perceptível como efeito do então chamado giro argumentativo a estruturação do atual Código de Processo Civil brasileiro como policêntrico, com o consequente afastamento da centralidade do juiz na apreciação livre da prova.

Faz-se mister observar que as estratégias de conquistas de espaços (políticos, jurídicos, econômicos, sociais etc) podem se revelar pela busca do consenso, mas também pelo dissenso; tanto pela ação como pela resistência, quando não pela sabotagem; na atuação como *game-changers* em complexos cálculos probabilísticos ou até na utilização massiva de algoritmos no mundo da Inteligência Artificial. Da mesma forma acontece no processo civil, nem sempre existindo paridade de armas ou interesse no diálogo pelas partes.

A percepção inspirada em SESMA (2003, p.435) de que o objetivo das teorias da argumentação jurídica não é revelar as razões justificadoras que levam a uma decisão, pois teriam os jogos de linguagem dos juristas o escopo também de não revelar a dinâmica real que move a semântica dessa linguagem e ainda menos apresentar a sua pragmática, é possível discorrer sobre a comum assimetria das partes no processo, o uso predatório da justiça por alguns advogados e pelo próprio Estado, os focos de pressão econômica que movimentam a atuação das partes no processo, as causas de interesses coletivo e difuso, a defesa dos



As modificações comparativas trazidas pelo art. 301 do CPC/15 em relação aos artigos 131 do CPC/73 e 118 do CPC/39 refletem um longo caminho, que vem sendo trilhado pelos



sistemas judiciais desde o século passado, de convivência de estruturas dedutivas - tão presentes no direito continental europeu e ibero-americano - ou indutivas - que trazem a *common law* a lume - com um sistema discursivo e argumentativo. É possível que se trate de um reflexo da necessária coabitação no exercício de argumentação judiciária do raciocínio analítico com a lógica abdutiva: a busca da melhor hipótese no processo decisório passa pela interferência e avaliação do juiz de todo contexto fático e normativo, com respeito às relações humanas e sociais subjacentes ao processo, mas sem estar impedido de olhar para a construção do futuro através de conclusões novas e criativas.

Novas já não são as advertências de karl POPPER (2008) no sentido de que a determinabilidade não se aplicaria a efeitos de massa, máxime em razão de depararmos em um universo aberto, de futuro, muitas vezes, imprevisível. Por consequência, se nem todos os fatos que o juiz diuturnamente decide podem ser previstos e classificados de antemão pelos tribunais ou pelas leis, mormente em uma sociedade de massas, onde o franco desenvolvimento tecnológico traz novas questões éticas a cada dia (ambientais, neurocientíficas, genéticas, comunicacionais, tecnológicas, etc), a ênfase deveria ser dada na qualidade da motivação da decisão judicial, que deveria servir como parâmetro crítico para a constante sindicância a ser realizada pela sociedade democrática.

Em outro contexto, Elio FAZZALARI (2006.p.456) explicava que “a análise das normas que o juiz emprega – em razão do ‘iura novit curia’- pode revelar que eles não correspondem aos fatos accertados, e impor a formulação de uma nova hipótese, a qual coloca em movimento um novo iter juízo, de fato e de direito”.

Esse fluxo constante de informações que introduz novidades no processo de formação argumentativa do juiz, com vistas a alcançar uma decisão racional , aproximando-se de uma percepção de fechamento autopoietico na esteira de Niklas



Luhmann (*input/output*), nada mais é que o resultado da ação cotidiana e coparticipativa – nem sempre cooperativa – em que os envolvidos no processo, em sistema cognitivamente aberto, participam da instrução do feito, auxiliando na produção das provas que vincularão a decisão do juiz a respeito da licitude ou ilicitude (*Recht/Unrecht*) do caso em discussão, em um sistema agora normativamente fechado.

A grande questão é que o juiz precisa participar ativamente desse fluxo, não só como condutor responsável pelo desenvolvimento pacífico do processo, mas principalmente em razão da interferência na dinâmica probatória e a independência para a sua valoração serem partes da construção do seu próprio argumento.

Aliás, a pertinente crítica à industrialização das decisões judiciais, esta que é fruto de uma resposta precária do sistema judicial à anomalia do ajuizamento massivo, gerou a necessidade do desdobramento da motivação em fundamentação exauriente, como se nota, entre outros, pelo art. 489 do CPC/15. Porém, na mesma toada, deve ser compreendido que a responsabilidade pessoal do juiz se acertará no decorrer do processo judicial como consequência da necessidade do contato do magistrado com o jurisdicionado e as provas individualizadas, e não apenas com as teses jurídicas, pois, como lembra Chaïm Perelman (1998), um dos principais fatores da massificação é o racionalismo científico, que deita por terra os fundamentos e a dignidade da vida individual ao retirar do homem a sua individualidade, transformando-o em unidade social e num número abstrato da estatística de uma organização.

CONCLUSÃO

A ampla valoração da prova pelo juiz, como corolário do que antes se conhecia como “livre convencimento motivado”, persistiu no CPC/15, como não poderia deixar de ser, ao lado de



tantas outras ferramentas que permitem buscar a melhor decisão através da pesquisa probatória, como se nota pelos seus artigos 77, 138, 139, 332, 355, 356, 370, 932.

Por outro lado, o dever de fundamentação externado pelo art. 489 do CPC/15 apenas desdobrou, penso, o comando do art. 93, IX, da Constituição brasileira, sendo a motivação estrutura da própria jurisdição.

As novidades de maior consequência para o desenvolvimento da argumentação judiciária talvez tenham vindo da inteligência dos arts. 1º, 8º, 13 e 489, §2º, do CPC/15. É certo que não restou autorizada a liberdade interpretativa axiológica desmedida, bem como são conhecidas as limitações da teoria procedimental de Robert Alexy que parece ter influenciado os legisladores, mas o estímulo da interpretação do processo civil tendo os valores encartados na Constituição como axioma pode ser bem-vinda, assim como o é o desenvolvimento da aplicação prática da proporcionalidade em sentido estrito. Como fecho, a observância pelos juízes das decisões provenientes da Corte Internacional de Justiça (CIJ) e da Corte Interamericana (IDH), inclusive na promoção do debate da possibilidade ou não do controle de convencionalidade, pode ser alvissareira, aproximando o nosso ordenamento processual do caminho dos demais países que observam o Estado Democrático de Direito.



REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDREWS, Neil. O moderno processo civil: formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

ATIENZA, Manuel. O sentido do direito. Lisboa: Escolar Editora, 2014.



- ALEXYY, Robert (org). Dignidade humana, direitos sociais e não-positivismo inclusivo. Florianópolis: Qualis, 2015.
- ALI/UNIDROIT Principles of Transaccional Procedure. Disponível em <https://www.unidroit.org/instruments/transnational-civil-procedure>. Acesso em: 10 de outubro de 2019
- BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988
- BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Institui o Código de Processo Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 17 março 2015. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 10 de outubro de 2019
- FAZZALARI, Elio. Instituições de Direito Processual. Campinas: Bookseller, 2006.
- FERNANDES, Sérgio Henrique Cordeiro Caldas. A motivação das decisões judiciais nos tempos do processo eletrônico. Amagis Jurídica. Belo Horizonte, Número 4, Ano II, 2010
- FISS, Owen. Um novo processo civil: estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- _____. El derecho como razón pública. Madrid: Marcial Pons, 2007.
- LUHMANN, Niklas. Introdução à Teoria dos Sistemas. Petrópolis: Vozes, 2010
- _____. Organización y decisión. Autopoiesis, acción y entendimiento comunicativo. Rubi (Barcelona): Anthropos Editorial, 2005.
- MacCormick, D. Neil; Summers, Robert S., Goodhart, Arthur L. Interpreting Precedents: A Comparative Study (Applied Legal Philosophy). London: Routledge, 2016. Ebook.
- MIRANDA, Pontes. Comentários ao código de processo civil.



- Tomo III. Editora Forense, 1958.
- NUNES, Diele; LEITE, George Salomão; Streck, Lenio. O fim do livre convencimento motivado. Florianópolis; Tirant lo blanch, 2018.
- OTEIZA, Eduardo. Sendas de la reforma de la justicia a principios del siglo XXI. Madrid: Marcial Pons, 2018.
- PERELMAN, Chaim. Lógica Jurídica: Nova Retórica. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- PETERSEN, Lars Lindencrone; WERLAUFF, Erik. Civil procedure in Denmark. The Netherland: Kluwer Law International BV, 2017. Ebook.
- PICARDI, Nicola; NUNES, Dierle. O código de processo civil brasileiro. origem, formação e projeto de reforma. Revista de Informação legislativa Revista de informação legislativa, v. 48, n. 190 t.2, p. 93-120, abr./jun. 2011. Disponível https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/48/190/ril_v48_n190_t2_p93.pdf. Acesso em: 10 de outubro de 2019
- POPPER, Karl. A Sociedade Aberta e seus Inimigos. Belo Horizonte: Itatiaia, 1987.
- Rules of Civil Procedure (Japan) The Law Library, 2018. Ebook.
- SCHWARTZ, STUART B. BUROCRACIA E SOCIEDADE NO BRASIL COLONIAL. SÃO PAULO: EDITORA PERSPECTIVA, 1979.
- SESMA, Victoria Iturralde. Aplicación del derecho y justificación de la decision judicial. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003.



UMA RELEITURA CONSTITUCIONAL DA LEGITIMIDADE PARA AGIR DO MINISTÉRIO PÚBLICO NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

Thadeu Augimeri de Goes Lima*

Resumo: A Constituição Federal Brasileira de 1988 representou o marco jurídico-institucional de uma nova identidade para o Ministério Público brasileiro, uma vez que o alçou à condição de instituição permanente e essencial à função jurisdicional do Estado e lhe incumbiu da defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. No plano da atuação do *Parquet* no processo civil como órgão agente, isto é, como legitimado ativo à propositura de demandas em prol de interesses supraindividuais e individuais indisponíveis, essa nova identidade enseja a necessidade de uma releitura da natureza da sua legitimidade, frente à dicotomia *legitimidade ordinária-legitimidade extraordinária*, a partir da norma-matriz do art. 127, *caput*, da CFB/1988. Sustenta-se neste artigo que a legitimidade para agir do Ministério Público em favor daqueles interesses tem sempre natureza *ordinária funcional*, o que, como principal consequência, dispensa previsões legais específicas de atribuição da *legitimatio ad causam* para a busca de tutela jurisdicional.

Palavras-Chaves: Ministério Público; processo civil; legitimidade para agir; natureza jurídica; releitura constitucional.

Abstract: The 1988's Brazilian Constitution represented the

* Doutor em Direito Processual pela Universidade de São Paulo (USP). Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Especialista em Direito e Processo Penal pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). Diretor e professor da Fundação Escola do Ministério Público do Estado do Paraná (FEM-PAR), unidade de Londrina.



legal-institutional framework of a new identity for the Brazilian Public Prosecutor's Office, since it elevated this one to the status of a permanent institution considered essential to the Judiciary branch and granted with the defense of rule of law and the social and the unavailable individual interests. Regarding the *Parquet's* performance in civil procedure as an agent organ, that is, as a plaintiff in class and individual actions, that new identity imposes the need for a re-reading of the nature of its standing, faced with the dichotomy *ordinary standing-extraordinary standing*, parting from the matrix norm of the 1988's Brazilian Constitution's article 127, *caput*. It is argued in this text that the Public Prosecutor's Office's standing in those cases has always the nature of *functional ordinary standing*, what, as main consequence, makes unnecessary specific legal provisions granting *legitimatio ad causam* for judicial claims.

Keywords: Public Prosecutor's Office; civil procedure; standing; legal nature; constitutional re-reading.

Sumário: 1. Introdução; 2. Perfil do Ministério Público na Constituição Federal Brasileira de 1988; 3. Papeis do Ministério Público no processo civil brasileiro; 4. O Ministério Público como órgão agente; 5. Releitura constitucional da natureza da legitimidade para agir do Ministério Público e consequências práticas; 6. Conclusões; Referências.

1. INTRODUÇÃO



a perspectiva do Direito brasileiro, o processo civil já se tornou sem dúvida um tradicional e assentado *locus* para a atuação do Ministério Público.

De fato, se em suas origens era perceptível uma mais significativa atuação na esfera criminal, o *Parquet* foi paulatinamente conquistando espaço e



importância na área extrapenal, a ponto de hoje desfrutar, nessa seara, de posição de proeminência e respeito com relação à tutela de interesses de marcada relevância social, sejam eles individuais ou transindividuais.

Tal tutela não raramente precisa ser buscada junto ao Poder Judiciário, mediante o manejo dos instrumentos processuais adequados. Assim, a ampliação dos interesses a cargo do Ministério Público traz a consecutória expansão das hipóteses de sua legitimação para agir.

O presente artigo tem por objetivo fazer uma releitura da natureza jurídica dessa legitimidade *ad causam* ativa, frente à dicotomia *legitimidade ordinária-legitimidade extraordinária*, a partir do perfil do *Parquet* delineado na norma-matriz do art. 127, *caput*, da Constituição Federal Brasileira de 1988, bem como apontar algumas consequências práticas de dita releitura.

Tecemos primeiramente breves considerações sobre o regime jurídico-constitucional do Ministério Público e, na sequência, sobre os seus papéis possíveis no processo civil brasileiro, com destaque à atuação como órgão agente.

Dando prosseguimento, expomos os fundamentos e o conceito da *legitimidade ordinária funcional* – ideia que sustentamos desde trabalho anterior¹ – e nela enquadrámos a legitimidade para agir do *Parquet* quando se trate das situações contempladas no art. 127, *caput*, da CFB/1988, daí extraindo algumas consequências processuais práticas.

2. PERFIL DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL BRASILEIRA DE 1988

A CFB/1988 representou o marco jurídico-institucional de uma *nova identidade* para o Ministério Público pátrio, ao registrá-lo como instituição permanente e essencial à função

¹ V. LIMA, Thadeu Augimeri de Goes. *Tutela constitucional do acesso à justiça*. Porto Alegre: Núria Fabris, 2013.



jurisdicional do Estado e incumbi-lo da defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, no *caput* de seu art. 127, assim como ao estruturá-lo nos parágrafos do dispositivo e nos artigos seguintes, dotando-o de uma série de garantias, prerrogativas, funções e poderes instrumentais.²

O novo regime jurídico-constitucional do *Parquet* refletiu, em linhas gerais, as aspirações contidas na chamada *Carta de Curitiba*, proposta elaborada pelos seus vários segmentos e aprovada no 1º Encontro Nacional de Procuradores-Gerais de Justiça e Presidentes de Associações, realizado na Capital do Estado do Paraná entre os dias 20 e 22 de junho de 1986.³

Carlos Roberto de Castro Jatahy afirma que o art. 127, *caput*, da CFB/1988, “ao (re)definir a Instituição (velha conhecida da sociedade, especialmente em virtude da acusação penal), modificou-lhe a essência. Numa mudança conceitual e paradigmática nunca antes vista.” Outrossim, ressalta que duas alterações ficam nítidas na leitura do dispositivo: suas novas funções institucionais, como agente de transformação social, e sua posição constitucional diferenciada perante os demais Poderes constituídos do Estado (art. 2º da CF), como órgão de extração constitucional, que não se encontra formalmente integrado ao Legislativo, ao Executivo ou ao Judiciário, porém mantém com eles relações institucionais que possibilitam os freios e contrapesos necessários ao harmônico funcionamento do sistema.⁴

² Cf. CAMBI, Eduardo; LIMA, Thadeu Augimeri de Goes. Compromisso de ajustamento de conduta: um eficaz instrumento à disposição do Ministério Público para a implementação de políticas públicas e à efetivação de direitos fundamentais sociais. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 100, n. 908, jun. 2011. p. 119.

³ GARCIA, Emerson. *Ministério Público: organização, atribuições e regime jurídico*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 34-35.

⁴ JATAHY, Carlos Roberto de Castro. 20 anos de Constituição: o novo Ministério Público e suas perspectivas no estado democrático de direito. In: CHAVES, Cristiano; ALVES, Leonardo Barreto Moreira; ROSENVALD, Nelson (Coord.). *Temas atuais do Ministério Público: a atuação do “Parquet” nos 20 anos da Constituição Federal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 7-8, 10.



Entendimento semelhante sobre a natureza e a posição do *Parquet* no complexo quadro estatal é manifestado por Emerson Garcia, para quem se trata de órgão independente originário da própria Lei Maior, órgão *sui generis* ou instituição constitucional.⁵

Fábio Konder Comparato, não se afastando sobremaneira dessas concepções, preleciona que o Ministério Público é um órgão do Estado Democrático de Direito, destacando suas facetas de órgão defensor da soberania popular, órgão fiscalizador da separação de Poderes e defensor institucional dos direitos humanos.⁶

Gregório Assagra de Almeida, por sua vez, argumenta que a ideia que melhor explica o atual posicionamento do *Parquet* é a que o desloca da sociedade política, como órgão representativo do Estado, para a sociedade civil, como legítimo e autêntico defensor dela. Esclarece, entretanto, que a referida transposição tem cunho muito mais funcional do que administrativo, visto que administrativamente continua com estrutura de instituição estatal, com quadro de carreira, lei orgânica própria e recursos financeiros proporcionados pelo ente político a que se liga.⁷

Conquanto as opiniões acima alinhavadas apresentem ligeiras divergências entre si, percebe-se que, ao invés de serem antitéticas e colidentes, mostram-se complementares, o que justifica um esforço de sintetizá-las e, por conseguinte, conceituar o hodierno Ministério Público brasileiro como órgão componente do modelo positivado de Estado Democrático de Direito, estruturado pela Carta Magna sob forma institucional e com

⁵ GARCIA, Emerson. *Ministério Público: organização, atribuições e regime jurídico*, cit., p. 35-43.

⁶ COMPARATO, Fábio Konder. *Ministério Público, Ministério do Povo. Direito e Sociedade*, Curitiba, v. 1, n. 1, set./dez. 2000. p. 3-7.

⁷ ALMEIDA, Gregório Assagra de. O Ministério Público no neoconstitucionalismo: perfil constitucional e alguns fatores de ampliação de sua legitimação social. In: CHAVES, Cristiano; ALVES, Leonardo Barreto Moreira; ROSENVALD, Nelson (Coord.). *Temas atuais do Ministério Público: a atuação do “Parquet” nos 20 anos da Constituição Federal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 27.



independência em relação aos demais Poderes e órgãos estatais, cuja vinculação se dá diretamente com a Constituição Federal Brasileira, com a ordem jurídica que com ela seja compatível e com a sociedade civil e seus superiores interesses.⁸

Ademais, convém apontar que a CFB/1988, ao mesmo tempo em que reconhece um lugar cimeiro ao *Parquet* na estrutura estatal brasileira, e justamente por isso, comete-lhe atribuições de elevada magnitude que, direta ou indiretamente, são fundamentais para a própria continuidade e para o desenvolvimento da comunidade jurídico-politicamente organizada.

Tais atribuições são arroladas, em caráter não exaustivo, no art. 129, *caput*: promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei (inc. I); zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados na Constituição, promovendo as medidas necessárias à sua garantia (inc. II); promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos (inc. III); promover a ação de inconstitucionalidade ou representação para fins de intervenção da União e dos Estados, nos casos previstos na Constituição (inc. IV); defender judicialmente os direitos e interesses das populações indígenas (inc. V); expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua atribuição, requisitando informações e documentos para instruí-los, na forma da lei complementar respectiva (inc. VI); exercer o controle externo da atividade policial, também na forma da lei complementar (inc. VII); requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais (inc. VIII); e exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas (inc. IX).

⁸ Cf. CAMBI, Eduardo; LIMA, Thadeu Augimeri de Goes. Compromisso de ajustamento de conduta, cit., p. 121.



Finalmente, a CFB/1988, no seu art. 129, § 1º, explicita que a legitimação do Ministério Público para as ações civis previstas no *caput* (incs. III, IV e V) não impede a de terceiros, nas mesmas hipóteses, conforme ela própria e a lei dispuserem.

3. PAPEIS DO MINISTÉRIO PÚBLICO NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

O Código de Processo Civil de 2015, na esteira do Código de Processo Civil de 1973 – e diferentemente do Código de Processo Civil de 1939, que não trazia semelhante sistematização –, dedica um título inteiro (o Título V) à definição das linhas gerais da atuação do Ministério Público na seara processual civil. Trata-se de conjunto de normas que institui verdadeiro e completo regime jurídico norteador das atividades da instituição nesse específico âmbito de suas atribuições.⁹

Inaugurando o referido título, o art. 176 preconiza que o *Parquet* “atuará na defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses e direitos sociais e individuais indisponíveis”. O preceito normativo em tela reitera quase de forma literal o teor do art. 127, *caput*, da Lei Maior, indicando pretender sintonizar com ele todo o regramento que se apresenta em seguida.¹⁰

A doutrina mais tradicional costuma classificar a atuação do Ministério Público no processo civil brasileiro em duas vertentes ou dimensões: a de *parte* e a de *fiscal da lei (custos legis)*.¹¹

⁹ Cf. ZUFELATO, Camilo; LIMA, Thadeu Augimeri de Goes. O Ministério Público no novo Código de Processo Civil: breve análise sistemática. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 421, jan./jul. 2015, p. 26.

¹⁰ Cf. ZUFELATO, Camilo; LIMA, Thadeu Augimeri de Goes. O Ministério Público no novo Código de Processo Civil: breve análise sistemática, cit., p. 26.

¹¹ Adotando tal classificação, dentre outros, v. SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1977, v. 1. p. 109; SANTOS, Ernane Fidélis dos. *Manual de direito processual civil*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, v. 1. p. 104-105; THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito*



Vicente Greco Filho, contudo, alega que a classificação em tela merece críticas, porque não define exatamente a razão da intervenção ministerial e a sua real posição processual. Segundo o mestre paulista, todo aquele que está presente no contraditório perante o juiz é parte. Logo, conclui, seja como autor, como réu ou como interveniente equidistante de ambos, o *Parquet*, desde que participante do contraditório, também é parte.¹²

José Fernando da Silva Lopes, em idêntico sentido, enfatiza que ser parte significa participar da contradição posta em juízo, qualquer que seja a posição processual ocupada, e, consequentemente, exercitar ou suportar, no processo, todo um conjunto de direitos, faculdades, ônus e sujeições inerentes às posições processuais, implicando, necessariamente, desfrutar naquela contradição da igualdade de oportunidades para influir na decisão. Assim, o Ministério Público, sempre, ainda que intervindo, é parte, e os adjetivos com que se lhe individualiza a qualidade (parte artificial, parte imparcial, parte adjunta, parte acessória ou parte secundária) nenhum significado apresentam no fenômeno processual.¹³

Por fim, Hugo Nigro Mazzilli acusa a distinção de ser insatisfatória, primeiramente porque não enfrenta em profundidade todos os aspectos da atuação ministerial; em segundo lugar porque, ainda que seja sujeito parcial, isso não quer dizer que o

processual civil. 42. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, v. 1. p. 140-142; e MEDINA, José Miguel Garcia. *Código de Processo Civil comentado: com remissões e notas comparativas ao projeto do novo CPC*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 108.

¹² GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, v. 1, p. 163-164. Concordando com tal visão, cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, v. 1. p. 702; MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. *A intervenção do Ministério Público no processo civil brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 98-103, 128; e MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação civil pública: em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores: Lei 7.347/1985 e legislação complementar*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 129-130.

¹³ LOPES, José Fernando da Silva. *O Ministério Público e o processo civil*. São Paulo: Saraiva, 1976, p. 79.

Parquet deixe de zelar pela legalidade; e em último lugar porque, ainda que se apresente como fiscal da lei, não deixa o Ministério Público de ser titular de ônus, poderes e faculdades, e portanto deve ser considerado parte, para todos os fins processuais. Por conseguinte, relativamente às formas pelas quais as atividades do *Parquet* se manifestam, propõe diferenciá-las nas condições de *autor, por legitimação ordinária; autor, por substituição processual; interveniente em razão da natureza da lide; interveniente em razão da qualidade da parte; e réu*.¹⁴

Diante das pertinentes críticas apontadas, e tal como fazem Paulo Cezar Pinheiro Carneiro e Marcelo Zenkner, mostra-se de melhor técnica classificar a atuação processual civil do Ministério Público na dupla perspectiva de *órgão agente e órgão interveniente*, que bem resume a variada gama de qualidades que assume e de atividades que desempenha.¹⁵

¹⁴ MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente: consumidor: patrimônio público: e outros interesses*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 83-84. De acordo com o jurista (*ibidem*, p. 116-117), nada impede que o *Parquet* seja demandado em ação civil, não para responder patrimonialmente, enquanto instituição, por eventuais danos causados a terceiros, mas sim nos casos em que a lei lhe outorgue capacidade processual para, como parte pública, responder ao pedido do autor, tal como já ocorre nas ações rescisórias destinadas a desconstituir coisa julgada formada em processo no qual figurou no polo ativo, nos embargos à execução opostos pelo executado em execução de título extrajudicial movida pela instituição ou em outros casos em que a lei lhe confira legitimidade para defender direitos de terceiros. No que tange ao processo coletivo, ressalva que somente em situações excepcionais será dado ao Ministério Público ocupar o polo passivo da demanda, o que poderá ocorrer quando do ajuizamento de embargos de terceiro, ou ainda quando o executado oponha embargos à execução fundada em título extrajudicial (v.g., um termo de compromisso de ajustamento de conduta), bem assim em ação rescisória destinada a atacar a coisa julgada obtida em ação civil pública ou coletiva.

¹⁵ CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *O Ministério Público no processo civil e penal: promotor natural: atribuição e conflito: com base na Constituição de 1988*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p. 7-14; ZENKNER, Marcelo. *Ministério Público e efetividade do processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 99. Marcelo Zenkner frisa que, no âmbito do processo civil, os órgãos do Ministério Público, “presentando” (isto é, tornando presente) a instituição, ora aparecem como agentes, atuando como autores ou réus no processo, ora aparecem como intervenientes.



4. O MINISTÉRIO PÚBLICO COMO ÓRGÃO AGENTE

Preceitua o art. 177 do CPC/2015 que o Ministério Público “exercerá o direito de ação em conformidade com suas atribuições constitucionais”. O enunciado em comento, embora bastante sucinto em sua redação, ostenta enorme amplitude normativa, consistindo em uma *cláusula geral de legitimação para agir*.¹⁶

Com efeito, não se limita o dispositivo a perfazer uma conexão com o art. 129, incs. III, IV e V, da CFB/1988, que traz um elenco de demandas civis ajuizáveis pela instituição, como uma leitura perfunctória poderia induzir a pensar. Ao revés, liga-se ele, também e principalmente, ao art. 127, *caput*, que, como já visto, incumbe o Ministério Público da defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.¹⁷

Em consequência, qualquer situação, ainda que indiciária, de lesão ou ameaça a algum aspecto desses vetores constitucionais é apta a justificar o exercício do direito de ação pelo *Parquet*. Sua legitimidade ativa, portanto, apresenta antes caráter objetivo, ditado pelo próprio rol de funções institucionais consignado na Lei Maior, não decorrendo da subjetivação de algum interesse próprio.¹⁸

Além da cláusula geral acima mencionada, o CPC/2015 ainda conferiu ao Ministério Público novas hipóteses expressas de legitimação para agir, não previstas no CPC/1973, todas compatíveis com o seu perfil constitucional e legal. São elas: 1) legitimidade para requerer as medidas judiciais pretendidas por órgão estrangeiro e que devam ser implementadas em território

¹⁶ Cf. ZUFELATO, Camilo; LIMA, Thadeu Augimeri de Goes. O Ministério Público no novo Código de Processo Civil: breve análise sistemática, cit., p. 31.

¹⁷ Cf. ZUFELATO, Camilo; LIMA, Thadeu Augimeri de Goes. O Ministério Público no novo Código de Processo Civil: breve análise sistemática, cit., p. 31.

¹⁸ Cf. ZUFELATO, Camilo; LIMA, Thadeu Augimeri de Goes. O Ministério Público no novo Código de Processo Civil: breve análise sistemática, cit., p. 31.



brasileiro, nos casos de cooperação internacional por meio de auxílio direto, quando o *Parquet* for a autoridade central solicitada (art. 33, par. ún.)¹⁹; 2) legitimidade para promover a instauração de procedimento especial de restauração de autos (art. 712)²⁰; 3) legitimidade para pleitear o levantamento de curatela, quando cessar a causa que a determinou (art. 756, § 1º)²¹; e 4) legitimidade para ajuizar reclamação (art. 988)^{22, 23}.

Por outro lado, o CPC/2015, em comparação com o CPC/1973²⁴, restringiu a legitimidade do Ministério Público relativamente ao ajuizamento de pedido de interdição, tornando-a totalmente subsidiária, uma vez que, a teor do art. 748, a instituição somente promoverá a medida em caso de doença mental grave, e desde que faltem, omitam-se ou sejam incapazes os legitimados designados no art. 747.²⁵

Finalmente, é natural que o CPC/2015, por se preocupar em regular precipuamente o processo civil individual, destinado a solucionar conflitos de clássico corte intersubjetivo, destaque ao Ministério Público, ainda quando atue como órgão agente, posição de zelo por certos interesses individuais. Porém, a própria formatação constitucional da instituição, analisada linhas

¹⁹ O CPC/2015 regula a cooperação internacional por meio de auxílio direto nos seus arts. 28 a 34.

²⁰ O que já era admitido pela jurisprudência. V. STF, MS n. 23.595-DF, Rel. Min. Celso de Mello, *apud* RE 590.393-SP, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. em 21.06.2002.

²¹ O que também já era admitido. Nesse sentido, v. MARCATO, Antonio Carlos. Da curatela dos interditos. In: _____ (Coord.). *Código de Processo Civil interpretado*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 2.749.

²² Que, em caráter mais limitado, já constava do art. 13, *caput*, da Lei 8.038/1990.

²³ Cf. ZUFELATO, Camilo; LIMA, Thadeu Augimeri de Goes. O Ministério Público no novo Código de Processo Civil: breve análise sistemática, cit., p. 31-32.

²⁴ O art. 1.178, inc. I, do CPC/1973 estabelecia a legitimidade do *Parquet* para requerer a interdição nos casos de anomalia psíquica, de forma concorrente e disjuntiva com a legitimidade dos naturais interessados arrolados no art. 1.177, e sem lhe exigir outros condicionamentos. Nesse sentido, v. MARCATO Antonio Carlos. Da curatela dos interditos, cit., p. 2.742.

²⁵ Cf. ZUFELATO, Camilo; LIMA, Thadeu Augimeri de Goes. O Ministério Público no novo Código de Processo Civil: breve análise sistemática, cit., p. 32.



acima, alça-a a um sobrelevado papel na tutela jurisdicional coletiva, que o diploma legal não ignorou – *vide* o art. 139, inc. X, que trata da comunicação da existência de demandas individuais repetitivas para fins de eventual ajuizamento de demanda coletiva.²⁶

Na legislação processual extravagante também se constata bastantes hipóteses de legitimação do *Parquet* para a propositura de ações civis. Apenas a título exemplificativo, citam-se as emblemáticas e muito conhecidas ação civil pública ou coletiva (art. 5º, *caput*, inc. I, da LACP – anterior ao art. 129, inc. III, da CFB/1988 e encampado por ele – e art. 82, *caput*, inc. I, do CDC, de modo genérico) e ação de responsabilização por ato de improbidade administrativa (art. 17, *caput*, da LIA), sem prejuízo de outras.

5. RELEITURA CONSTITUCIONAL DA NATUREZA DA LEGITIMIDADE PARA AGIR DO MINISTÉRIO PÚBLICO E CONSEQUÊNCIAS PRÁTICAS

A legitimidade, explica Donaldo Armelin, surge na Teoria Geral do Direito como pressuposto de eficácia do ato jurídico, de caráter subjetivo-objetivo, na medida em que resulta de uma relação entre o sujeito e o objeto do ato. A eficácia constitui esfera diversa da existência e da validade, as quais, embora possam se imbricar, jamais se superpõem. No sistema processual civil pátrio, a legitimidade integra a área da admissibilidade da ação.²⁷

José Carlos Barbosa Moreira preleciona que, para todo e qualquer processo, considerado em relação ao conflito de interesses que por meio dele se busca compor, cria a lei, explícita ou implicitamente, um esquema subjetivo abstrato, um modelo

²⁶ Cf. ZUFELATO, Camilo; LIMA, Thadeu Augimeri de Goes. O Ministério Público no novo Código de Processo Civil: breve análise sistemática, cit., p. 33.

²⁷ ARMELIN, Donaldo. *Condições da ação no direito processual civil brasileiro*. Vitória: Escola da Magistratura do Estado do Espírito Santo, 1987. p. 23.



O complexo de relações jurídicas que tornam alguém titular de algo, com um próprio e determinado objeto, sugere a

²⁹ CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de direito processual civil*. Tradução de Hilto-mar Martins Oliveira. São Paulo: Lemos e Cruz, 2004. v. 2. p. 57.



imagem de uma esfera, em cujo centro está um sujeito, a quem convergem as várias relações. Mais especificamente, entende-se por esfera jurídica o conjunto de todas as relações jurídicas, pessoais ou econômicas, de que uma pessoa é titular. Isolando-se nesta esfera as relações de caráter econômico, isto é, aquelas que têm por objeto coisas ou bens imateriais, identifica-se uma esfera menor, designada como *patrimônio*.³⁰

A titularidade de esfera jurídica que, a partir do provimento jurisdicional, será submetida a uma modificação quantitativa (diminuição ou acréscimo, por exemplo, em relações obrigacionais) ou qualitativa (alteração de um *status* jurídico), por força mesmo da cláusula do devido processo legal (art. 5º, inc. LIV, da CFB/1988), que preconiza que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”, conjugada com a garantia do contraditório (art. 5º, inc. LV), no sentido de exigência de identificação das justas partes do processo, certamente coloca o sujeito na situação legitimante de destinatário do provimento, que caracteriza clássico caso de *legitimação ordinária*. Em primeiro lugar, portanto, é legitimado ordinário o titular da esfera jurídica diretamente afetável pelo provimento jurisdicional. Cuida-se de legitimação ordinária que se pode chamar de *pessoal*.

Ocorre que restringir a situação legitimante que dá azo à legitimidade ordinária unicamente à titularidade de uma esfera jurídica pessoal afetável pelo provimento jurisdicional, como habitualmente se faz, é opção metodológica impregnada de ranço privatista e individualista, incompatível com a visão atual do sistema processual inerente ao Estado Democrático de Direito e com a percepção das dimensões política e social do direito de ação e da legitimidade para agir. Eis por que cumpre destacar que não só a titularidade de esfera jurídica, mas igualmente a *titularidade de função* se traduz em situação legitimante que

³⁰ FONTES, André. *A pretensão como situação jurídica subjetiva*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 115.



tipificado de exercício do poder, e precisa ser apreendida em tríplice perspectiva (material, formal e orgânica).³²

Em resumo, a função do Estado, na lição do constitucionalista português e naquele primeiro sentido, que é o que aqui mais interessa, consubstancia uma finalidade ou tarefa concernente a uma necessidade ou um interesse da coletividade ou de alguns de seus setores e que diz respeito à *comunidade como um todo*, isto é, à *inteira sociedade civil*, não somente ao Estado enquanto sua personificação jurídica, eis por que pode ser perseguida tanto por entidades e órgãos componentes da estrutura estatal quanto por grupos, segmentos ou pessoas integrantes do corpo social, na dependência das coordenadas em vigor em certo contexto histórico-geográfico, sociopolítico e jurídico. A função do Estado, destarte, é vista com caráter *substancial e não privativo do aparelho burocrático público*. Corolário dessa mirada, ademais, é a constatação de que algumas funções são outorgadas por lei (constitucional ou infraconstitucional), ao passo que outras surgem espontaneamente no seio da sociedade e são meramente “referendadas” pelo ordenamento jurídico, como manifestação prática das disposições contidas no art. 1º., *caput*, inc. V, e par. ún., da Carta Magna, que consagram o pluralismo político e a máxima de que “todo o poder emana do povo”.³³

O Estado Democrático de Direito exsurge como o ambiente privilegiado de uma interação justa e equilibrada entre as esferas pública e privada, repercutindo na equitativa divisão de responsabilidades entre o Poder Público (Estado como pessoa jurídica ou aparato organizado) e a sociedade civil (Estado como comunidade), em uma dimensão política liberal-democrática e social solidarista. No caso específico do Estado Brasileiro, é o que se depreende inequivocamente da leitura das promessas trazidas no art. 3º da Lei Maior, de construir uma sociedade livre,

³² MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Coimbra: Coimbra, 1997. t. 5. p. 8-9.

³³ LIMA, Thadeu Augimeri de Goes. *Tutela constitucional do acesso à justiça*, cit., p. 217.



justa e solidária (inc. I); garantir o desenvolvimento nacional (inc. II); erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais (inc. III); e promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (inc. IV). Assim, preconiza-se um compromisso irrevogável do Estado (enquanto Poder Público e enquanto sociedade civil) com os interesses sociais em sentido lato (interesses gerais, interesses difusos e interesses coletivos) e os individuais indisponíveis, notadamente os relativos aos direitos fundamentais, cujas satisfações lhe incumbe perseguir, inclusive na via judicial e por intermédio das entidades e dos órgãos do aparelho público ou dos corpos intermediários e até dos indivíduos referidos ao seu povo.³⁴

Logo, aceito que as funções estatais, no sentido que se enfatizou, tocam imediatamente tanto ao ente público quanto à comunidade, imperioso concluir que é *ordinária* a legitimação das entidades e dos órgãos do aparelho público ou dos corpos intermediários e até dos indivíduos para demandar a tutela jurisdicional em favor do interesse público, dos interesses difusos, dos interesses coletivos e também de alguns interesses individuais indisponíveis. Portanto, é legitimado ordinário o titular de função cujo desempenho seja diretamente afetável pelo provimento jurisdicional. Cuida-se de legitimação ordinária que se pode chamar de *funcional*, ao lado da tradicional, *pessoal*. Essa *legitimidade ordinária funcional*, por sua vez, pode ser dividida em *individual*, quando diga respeito à tutela de certos interesses individuais indisponíveis, e *transindividual* ou *supraindividual*, quando diga respeito à tutela do interesse público e dos interesses difusos e coletivos. Outrossim, é possível extrair diretamente da Constituição ou do modelo de Estado nela plasmado os substratos materiais que se traduzem processualmente em situações legitimantes ensejadoras da legitimidade ordinária pessoal ou da

³⁴ LIMA, Thadeu Augimeri de Goes. *Tutela constitucional do acesso à justiça*, cit., p. 217-218.



funcional.³⁵

Quer-se dizer com isso que é possível identificar a titularidade de esfera jurídica pessoal ou a titularidade de função por meio da interpretação constitucional, a qual, de acordo com Eros Roberto Grau, não é exclusivamente do texto da Constituição escrita, formal, mas da *Constituição real*, compreendida como expressão do ser político do Estado, atividade em que o intérprete não se movimenta no mundo das abstrações, frequentando intimamente a *constituição* do povo ao qual ela corresponde.³⁶

Cabe registrar que, na proposta classificatória que trazemos, os esquemas de legitimação ordinária pessoal e funcional ainda convivem harmonicamente com a técnica da *legitimação extraordinária* ou *substituição processual*, mediante a qual se atribui a alguém o direito de demandar ou ser demandado em relação a esfera jurídica de titularidade de outrem, nada havendo de incompatível entre tais figuras. Ademais, o que diferencia a legitimidade ordinária funcional individual da substituição processual, já que em ambas, em princípio, o legitimado busca tutela em favor de interesse alheio, são a *finalidade da outorga de legitimação* e a *natureza da situação objeto de tutela*.³⁷

Enquanto na substituição processual deve haver algum liame entre a esfera jurídica do substituído e uma posição jurídica própria do substituto, e portanto uma finalidade de tutela reflexa desta posição jurídica, na legitimação ordinária funcional individual a finalidade é precipuamente protetiva e altruística, voltada tão só à preservação do direito alheio. Por outro lado, enquanto na substituição processual há em regra um conflito de interesses comum, de qualquer natureza, pondo em lados opostos sujeitos individualizáveis, e o substituto se engaja na defesa

³⁵ LIMA, Thadeu Augimeri de Goes. *Tutela constitucional do acesso à justiça*, cit., p. 218, 232.

³⁶ GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 279-282.

³⁷ LIMA, Thadeu Augimeri de Goes. *Tutela constitucional do acesso à justiça*, cit., p. 219-220.



da esfera jurídica de um deles, justamente o substituído, em processo de índole contenciosa, na legitimação ordinária funcional individual sempre se estará diante de controvérsia relativa a direitos indisponíveis, não lhe sendo estranha inclusive a situação em que dois ou mais direitos de um mesmo titular estejam em jogo e colidam entre si, e o exercício de um deles se mostra incompatível com o exercício do(s) outro(s). É o que acontece nos casos de interdição de pessoa incapaz e de internação psiquiátrica compulsória de pessoa acometida de transtorno mental, em que o direito de liberdade (de gestão da própria vida civil, de locomoção) é cerceado no propósito de preservar a dignidade e os direitos à saúde, à integridade física e mental e de propriedade. A legitimidade ordinária funcional individual aparece notadamente, conquanto não exclusivamente, na jurisdição voluntária.³⁸

À vista do exposto, é possível afirmar que a legitimidade do Ministério Público para ingressar em juízo visando à defesa de direitos transindividuais e individuais indisponíveis é sempre ordinária funcional. Consequentemente, sua legitimação não necessita de previsões legais específicas concernentes a cada matéria de atribuição do *Parquet*, podendo ser inferida diretamente da regra geral do art. 127, *caput*, da CFB/1988, que lhe comete a tutela daqueles interesses como funções institucionais.³⁹

Eis um ponto importantíssimo: muitas vezes, a lei processual que define um quadro de legitimados para a propositura de certas ações tem eficácia meramente declarativa, pois tão somente reconhece que o substrato material da situação legitimante (titularidade de função) preexiste no ordenamento substancial e que a legitimação (ordinária funcional) para agir em juízo lhe é uma consequência natural. Assim, apenas a

³⁸ LIMA, Thadeu Augimeri de Goes. *Tutela constitucional do acesso à justiça*, cit., p. 220-221.

³⁹ LIMA, Thadeu Augimeri de Goes. *Tutela constitucional do acesso à justiça*, cit., p. 221.



As funções de que o Ministério Público é titular dizem respeito ao plano do direito material constitucional-administrativo e, cotidianamente, podem ser exercidas sem a necessidade de invocar a prestação jurisdicional, como ocorre na proteção de interesses transindividuais por meio da celebração de compromisso de ajustamento de conduta ou da expedição de recomendação administrativa. A lei, nesses casos, é até despicienda, tendo mais caráter didático e enunciativo. Sua inexistência não tolheria a legitimidade para agir do *Parquet*, que é decorrência da titularidade de funções delineadas constitucionalmente, passadas ao plano processual. Legitimidade ordinária funcional, portanto.⁴¹

Relativamente à tutela de interesses individuais indisponíveis, a legitimação do Ministério Público, por também guardar essa natureza ordinária funcional, além de independer de previsões legais específicas, é plena e incondicionada e concorrente e disjuntiva com a legitimidade do próprio titular do direito. Nesse sentido, veja-se a remansosa jurisprudência que a admite para a propositura de ações versando sobre o direito fundamental à saúde, sem fazer qualquer ressalva às características pessoais do beneficiário.⁴²

Por outro lado, sendo o processo deflagrado por iniciativa do titular do direito indisponível, o *Parquet* poderá inclusive se habilitar como seu assistente, se assim entender oportuno e conveniente. Trata-se, no caso, de situação que melhor se caracteriza como *assistência simples*, na forma dos arts. 119 a 123 do CPC/2015, até porque inexistente uma relação jurídica entre o Ministério Público e o adversário do assistido, que ensejaria o

⁴² Por todos, v. STF, AI 863852 AgR/MG, 2ª T., Rel. Min. Dias Toffoli, j. em 07.04.2017, p. DJe-093, de 05.05.2017.



reconhecimento da *assistência litisconsorcial*, ex vi do art. 124 do mesmo diploma legal.

Alongando o raciocínio, há ainda que se admitir ampla legitimidade do *Parquet* para recorrer das decisões judiciais desfavoráveis proferidas no processo deflagrado por iniciativa do titular do direito indisponível e inclusive para ajuizar ação rescisória, nos moldes dos arts. 996, *caput*, *in fine*, e 967, inc. III, c, do CPC/2015, respectivamente.

Enfim, frente à dicotomia legitimidade ordinária-legitimidade extraordinária, a legitimidade para agir do Ministério Público nas hipóteses insculpidas no art. 127, *caput*, da CFB/1988 se enquadra na primeira, na sua modalidade que denominamos de funcional, o que não se cinge a questão puramente teórica, proporcionando considerável rendimento dogmático em termos de extração de consequências processuais práticas.

6. CONCLUSÕES

A CFB/1988 reconhece um lugar destacado e ativo ao Ministério Público na estrutura estatal brasileira e lhe outorga funções de elevada magnitude, fundamentais para a própria continuidade e para o desenvolvimento da comunidade jurídico-politicamente organizada.

A ampliação dos interesses a cargo do *Parquet* traz a consecutória expansão das hipóteses de sua legitimação para agir, visto que a tutela deles não raramente precisa ser buscada junto ao Poder Judiciário, mediante o emprego dos instrumentos processuais adequados.

A legitimidade do Ministério Público para ingressar em juízo visando à defesa de interesses transindividuais e individuais indisponíveis é sempre ordinária funcional, e não extraordinária. Consequentemente, ela não necessita de previsões legais específicas, podendo ser inferida diretamente da regra geral do



art. 127, *caput*, da CFB/1988, que lhe comete a proteção daqueles interesses como funções institucionais.

Relativamente à tutela de interesses individuais indisponíveis, e por conta dessa natureza ordinária funcional, a legitimação do *Parquet* é plena e incondicionada e concorrente e disjuntiva com a legitimidade do próprio titular do direito, permitindo-lhe ainda a intervenção no processo instaurado por este último na qualidade de seu assistente e o amplo manejo de meios de impugnação das decisões judiciais.



REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Gregório Assagra de. O Ministério Público no neo-constitucionalismo: perfil constitucional e alguns fatores de ampliação de sua legitimação social. In: CHAVES, Cristiano; ALVES, Leonado Barreto Moreira; ROSENVALD, Nelson (Coord.). *Temas atuais do Ministério Público: a atuação do “Parquet” nos 20 anos da Constituição Federal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 17-60.
- ARMELIN, Donaldo. *Condições da ação no direito processual civil brasileiro*. Vitória: Escola da Magistratura do Estado do Espírito Santo, 1987.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Apontamentos para um estudo sistemático da legitimação extraordinária. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 404, p. 9-18, jun. 1969.
- CAMBI, Eduardo; LIMA, Thadeu Augimeri de Goes. Compromisso de ajustamento de conduta: um eficaz instrumento à disposição do Ministério Público para a implementação de políticas públicas e à efetivação de direitos fundamentais sociais. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 908, p.



- 113-141, jun. 2011.
- CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *O Ministério Público no processo civil e penal: promotor natural: atribuição e conflito: com base na Constituição de 1988*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.
- CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de direito processual civil*. Tradução de Hiltomar Martins Oliveira. São Paulo: Lemos e Cruz, 2004. v. 2.
- COMPARATO, Fábio Konder. Ministério Público, Ministério do Povo. *Direito e Sociedade*, Curitiba, v. 1, n. 1, p. 1-8, set./dez. 2000.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. v. 1.
- FONTES, André. *A pretensão como situação jurídica subjetiva*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.
- GARCIA, Emerson. *Ministério Público: organização, atribuições e regime jurídico*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 1.
- JATAHY, Carlos Roberto de Castro. 20 anos de Constituição: o novo Ministério Público e suas perspectivas no estado democrático de direito. In: CHAVES, Cristiano; ALVES, Leonardo Barreto Moreira; ROSENVALD, Nelson (Coord.). *Temas atuais do Ministério Público: a atuação do “Parquet” nos 20 anos da Constituição Federal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 3-16.
- LIMA, Thadeu Augimeri de Goes. *Tutela constitucional do acesso à justiça*. Porto Alegre: Núria Fabris, 2013.
- LOPES, José Fernando da Silva. *O Ministério Público e o processo civil*. São Paulo: Saraiva, 1976.



- MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. *A intervenção do Ministério Público no processo civil brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação civil pública: em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores: Lei 7.347/1985 e legislação complementar*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- MARCATO, Antonio Carlos. Da curatela dos interditos. In: _____ (Coord.). *Código de Processo Civil interpretado*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 2.739-2.750.
- MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente: consumidor: patrimônio público: e outros interesses*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- MEDINA, José Miguel Garcia. *Código de Processo Civil comentado: com remissões e notas comparativas ao projeto do novo CPC*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Coimbra: Coimbra, 1997. t. 5.
- SANTOS, Ernane Fidélis dos. *Manual de direito processual civil*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. v. 1.
- SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1977. v. 1.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 42. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. v. 1.
- ZENKNER, Marcelo. *Ministério Público e efetividade do processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- ZUFELATO, Camilo; LIMA, Thadeu Augimeri de Goes. O Ministério Público no novo Código de Processo Civil: breve análise sistemática. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 421, p. 23-49, jan./jul. 2015.



O USO DE VETORES HERMENÊUTICOS NA INVALIDAÇÃO DE DECISÕES POLÍTICAS EM CONSONÂNCIA COM A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

Tiago Arantes Franco¹

Resumo: O presente trabalho busca apresentar ideias da interpretação hermenêutica e econômica como contraponto a decisões políticas que possam ser contrárias a efetivação dos direitos fundamentais e os standards normativos e princiológicos, que visam garantir uma mínima eficiência das condições para uma existência humana. Pautando no realismo da aplicação do direito, tem-se como norte a aplicação prática, como experiencia jurídica e social, que inclui a visão de uma pratica conjunta entre institutos normativos e a pratica social. Além de buscar fundamentar por meio da teoria de decisão minimalista como uma forma de se pensar tanto as decisões judiciais como os custos dos direitos postos para a sociedade. Para tanto, se utilizou do método dedutivo, consubstanciado pela pesquisa bibliográfica, por meio de livros, artigos científicos com intuito de fazer um recorte e aproximação de teorias do direito com uma visão econômica do mesmo e suas possibilidades para guarnecer os direitos fundamentais.

Palavras-Chave: Interpretação. Mínimo existencial. Direitos fundamentais.

Abstract: This paper presents ideas of hermeneutic and

¹ Mestrando em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná - UENP (Campus de Jacarezinho-PR). Graduado em Direito (2018) pela Faculdade de Telêmaco Borba - FATEB. Pesquisador. Participante do Grupo de Pesquisa Democracia e direitos fundamentais.

economic interpretation as a counterpart of policies that can be effectively and effectively effective by fundamental rights and normative standards and principles, which aim to guarantee a minimum average conditions for a human person. Guided by the realism of the application of the law, its guiding principle is practical application, such as legal and social experience, which includes a vision of a joint practice between normative institutes and a social practice. In addition to seeking to ground through a minimalist decision theory, as a way of thinking both in court decisions and copyright costs for a society. To do so, use the deductive method, substantiated by bibliographic research, through books, scientific articles in order to make a clipping and review of theories of law with an economic view of it and its possibilities to guarantee fundamental rights.

Keywords: Interpretation. Existential minimum. Fundamental rights.

1. INTRODUÇÃO



s ações políticas refletem no sistema social e de direito, e isso pode ter efeitos positivos ou negativos, dependerá somente da forma como tal ação foi pensada e refletida por parâmetros constitucionalmente estabelecidos e de acordo com standards de proteção ou não.

Para tanto o aplicado do direito pode/deve lançar mãos a uma importante forma de invalidar tais ações, o uso da hermenêutica. Assim dentro desse aspecto, o operador deve fazer uma leitura do fato por meio da utilização do viés constitucional e por conseguinte analisar se todo o bloco constitucional foi respeitado, assim, toda a decisão deveria receber tal análise, para que não se caia na injustiça de aplicar somente quando houver interesses individuais, mas sim, aplicar a todo e qualquer caso.



Com o uso da interpretação, o aplicador usara-a como um vetor, para colidir contra a decisão que ameaça os direitos, e sua força dependerá do recorte principiológico e da posição no tempo, levando em conta, valores e normas contemporâneas a decisão que, suprimi ou que reduz a eficácia dos direitos sociais e fundamentais.

2. METODOLOGIA

Para a presente pesquisa se utilizou do método dedutivo, consubstanciado pela pesquisa bibliográfica, por meio de livros, artigos científicos com intuito de fazer um recorte e aproximação de teorias do direito com uma visão econômica do mesmo e suas possibilidades para guarnecer os direitos fundamentais

3. DESENVOLVIMENTO

O direito passou a ter um papel mais incisivo na aplicação de condições mínimas e garantidoras da condição humana após o final da segunda guerra mundial, e com isso, a promoção de um mínimo de justiça para as pessoas, sobretudo, em Estados democráticos de direito, os quais as conquistas da dignidade foram resultadas de movimentos e lutas para se ter um *standard* mínimo de proteção.

Com a separação de poderes em desequilíbrio, casos de ativismo e passivíssimo de ambos os lados dos poderes, fizeram com que os freios e contrapesos da balança fossem questionados, e, de quem realmente seria a última palavra, apontando como o diálogo entre as esferas que compõem o poder estatal podem atuar para garantir uma ação condizente com o modelo democrático e representativo adotado.

Assim, o judiciário em muitos casos se coloca em condição de atuar para sanar erros ou garantir que direitos sejam levados aos destinatários, mais ainda, quando estes não contemplam



um mínimo para existência dos indivíduos.

Para tanto, em face de algumas decisões, o operador do direito pode lançar mão dos vetores hermenêuticos para invalidar decisões políticas que não se adequem as regras do jogo democrático.

Essa perspectiva pode ser analisada de uma forma interdisciplinar, a luz da filosofia e do direito, e nada mais exemplificador que a visão de Miguel Reale, ao aplicar a teoria da nomogênese do direito, em sua obra *O Direito como experiência*, o autor traz a construção da teoria tridimensional do direito, pela qual, não se pode estudar o direito sem o fazer pela leitura conjunta entre, fato, valor e norma, sendo uma análise de teórica da justiça pelo viés integrador entre diferentes concepções do direito. (REALE, 1992).

Em primeiro plano, a teoria rompe com o normativismo da norma, e passa a considerar um importante elemento a análise do direito, o fato, segundo o qual passa a ser uma das premissas da análise do operador. Em segundo lugar, a mudança passa a garantir uma análise mais apurada a criar um padrão que envolve a ontologia, a axiologia e gnosiologia, que ligam o ser jurídico, o fenômeno jurídico e a interpretação. (REALE, 1992)

Nessa esteira, a apresentação da política pública sem o viés de garantir a eficácia valorativa da ação (MINIMO EXISTENCIAL), acaba se tornando uma norma dissociada da eficácia do direito pela teoria tridimensional, mais a frente, cumprir mais conectividade desse ponto de vista a outras formas de interpretação.

A teoria tridimensional, se torna evolutiva ao adicionar a análise do fato, ou o culturalismo jurídico, pois, os fatos devem estender-se as normas e valores daquela sociedade no momento em que ocorrem, assim a análise de uma injúria ao ordenamento deve ser observada pela ótica contemporânea do fato. (REALE, 1992)

Nesse diapasão pode ser apresentada a teoria de



Gadamer, que compreende que aplicação da compressão sempre parte do geral para o caso concreto, sendo que a compreensão se torna um ato de aplicação. No entanto, tal dinâmica não se produz pela subsunção pura e simples e sim por um processo cognitivo que engloba desde o processo cognitivo a pré-compreensão do intérprete e tradição que este pertence, ainda, os preceitos inerentes deste, de forma que, a compreensão se figura como uma forma de criação do intérprete. (GADAMER, 2005).

Ainda nesse sentido, Gadamer liga a ideia da compreensão da fenomenologia jurídica a um modelo próprio de compreensão, sendo que o direito como um saber, dentro da práxis, se volta para o ato de aplicar a lei, o que portanto, enseja que o ato da interpretação, subsunção e aplicação da lei aos fatos, diferentemente do que se pensava no positivismo, não pode ser encarada como atos de neutralidade e de formas autônomas, pois levam consigo a pré-cognição do interprete, como apontada pela filosofia hermenêutica gadameriana. (GADAMER, 2005).

Desta forma, para o autor, a compreensão se caracteriza de forma circular, de forma que quando o operador se depara com o texto, esse projeta um sentido, sendo que este, se torna o primeiro ponto da interpretação que, segundo Gadamer, os conceitos que previamente são trazidos, são pouco a pouco substituídos por novos e mais adequados, de forma que, uma constante reformulação do projeto interpretativo se apresente a medida com que se caminha no texto. (GADAMER, 2005).

Seguindo o pensamento Heideggeriano, Gadamer, aponta a derivação circular e estruturante de como se compreende por meio da temporalidade da presença, e, como ontologia da compreensão em forma circular, de forma que, a pré-compreensão do interprete vai estar ligada ao tempo que o interprete recebeu e presenciou, ou seja, sua historicidade, tradição a qual este pertence, e, que chegam a este como frutos de sua experimentação como ser da temporalidade e finitude. (GADAMER, 2005).



A compreensão então, deve ser encarada menos como uma ação da subjetividade e mais como um retroceder que penetra num acontecimento da tradição, pois nesse ponto reside a interseção mediadora entre passado e o presente, e que, portanto, seria uma forma de aplicar a hermenêutica, em face da insistência procedimental metodológica dominante. (GADAMER, 2005, p. 385).

Com vênia, nesse sentido, pode-se trazer à tona, uma ocorrência típica e crítica da atuação de alguns magistrados, que, se pautam na sua aplicação do texto na ideia de uma escola do direito passada, que não acompanham as mudanças legais e sociais geram uma ruptura no sistema, que acabam por enfraquecer ou dar sentido diverso na análise das decisões, e que podem gerar ou contribuir para uma ruptura no sistema democrático, uma vez que a escolha destes não está ligada a participação pública direta, mas seus atos sim, e com seu entendimento ligado a antigos postulados, por consequência, não evoluem ao novo status normativo. (VALDÉS, 2003).

Se retomar o pensamento de Reale, no ponto em que o mesmo liga a interpretação do direito pelo viés tridimensional, coloca-se o interprete preso a realidade, a presença de sua existência temporal, o qual irá fazer análise da nomogênese, baseado em sua experiência atual, aplicando a norma e os valores que este traz consigo, sendo necessário, que o mesmo intérprete de acordo com o que se vive a realidade fática, sendo necessário portanto se enquadrar na dimensão temporal fática. (REALE, 1992).

Com isso a invalidação de atos políticos que interfiram na ordem dos direitos e princípios constitucionais deve ser combatida a fim de resguardar as conquistas sociais e humanas do povo, além de proteger o bom desenvolvimento do estado, visto que, a economia interfere diretamente na disponibilidade do mínimo existencial, visto que este não pode ser visto como algo para amparar apenas necessidades fisiológicas das pessoas, mas



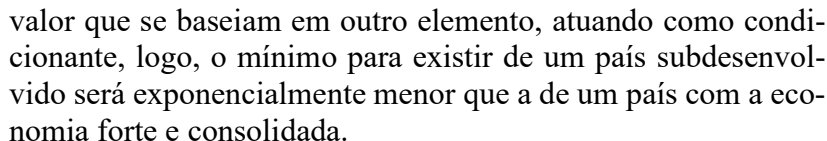
sim, prover condições para que estas se desenvolvam de forma digna (CAMBI, 2018), o que leva a pensar, que o direito deve também ser observado pelo viés econômico.

Para Luciano Benetti Timm, deve ser proposta uma perspectiva diferente de se pensar sobre os direitos fundamentais e o mínimo possível de dignidade dada à população, levando em consideração as bases orçamentárias do governo. Pois o problema da separação de poderes com os direitos fundamentais e a questão de justiça social que assola o país não parece ter uma resposta simples para tais problemas. (TIMM, 2008).

Evidencia-se portanto, que a promoção dos direitos não se restringe apenas a atuação negativa do Estado, assim com a abstenção estatal no âmbito privado e também na ação positiva com permissões e concessões e também de forma direta, que desemboca no problema da importação de modelos estrangeiros para a realidade brasileira, sobretudo o modelo alemão de reserva de possível. (TIMM, 2008).

Timm (2008) também aponta que os estudiosos que se baseiam no estado social classificam os direitos fundamentais em essenciais e os não essenciais, sendo ainda, absolutos ou não. Assim, os absolutos não podem sofrer restrições orçamentárias, além de buscar a aplicação dos direitos fundamentais que visem a dignidade humana nas relações privadas, ou seja, em relações contratuais, como relação com previdência, planos de saúde e propriedade, para que se aumente a implementação de novos direitos fundamentais. (TIMM, 2008).

Com isso, se infere que, o mínimo existencial e os direitos fundamentais que foram feitas para serem aplicados de forma gradual, ainda não se concretizaram, um dos motivos apontados está no fato do país fazer parte do rol de países de modernidades tardias, em que as promessas da constituição ainda não foram cumpridas (CAMBI, 2018), de forma que, se cumpridos esses pontos, haveria por consequência a expansão do que se entende por direito mínimo, pois máximo e mínimo são expressões de



Ocorre que, o estudo da economia dentro do direito enfrenta uma certa resistência, e assim, diferente de outras áreas do conhecimento, que foram atribuídas em consonância ao estudo do direito, como a psicologia, a sociologia e a filosofia, a economia ainda não se estabeleceu como um filtro para se pensar. O que não ocorre em países desenvolvidos, que já possuem uma extensa produção sobre o tema, com apontamentos críticos sobre os efeitos da economia na esfera dos direitos. (TIMM, 2008).

Para tanto, o autor infere certos pontos que podem explicar essa ausência da economia de forma mais contundente no campo acadêmico jurídico:

a) a dificuldade ou resistência da maioria dos estudantes de Direito com as ciências exatas; b) maus cursos de economia oferecidos dentro das faculdades de Direito; c) más experiências de operadores do Direito em épocas pretéritas de choques econômicos heterodoxos feitos ao arrepio da ordem jurídica e sem o menor respeito por princípios e valores constitucionais (como o caso do “Plano Collor” por exemplo). (TIMM, 2008, p. 5).

Como a economia já possui seu campo reconhecido pela cientificidade, pode ser elencado três pontos que lhe são inerentes, i) pela relação que possui com o estudo entre os humanos e seu comportamento no mercado; ii) padrão científico, pela ciência comportamental e sua análise social que se aplica por modelos matemáticos e econométrica; iii) uma ciência que estuda o manejo de recursos sociais e eficiência econômica para atender as ilimitadas necessidades humanas. (TIMM, 2008, p. 3).

Normalmente o problema apontado para os juristas frente à Economia, é que ela rejeitaria a noção de justiça, a qual, por sua vez, seria a preocupação fundamental do Direito. No entanto, se pensarmos que a ineficiência provoca desperdícios em uma sociedade, certamente não seria justo que os recursos da sociedade fossem gastos sem maximizar a sua utilização social. (TIMM, 2008, p. 4).



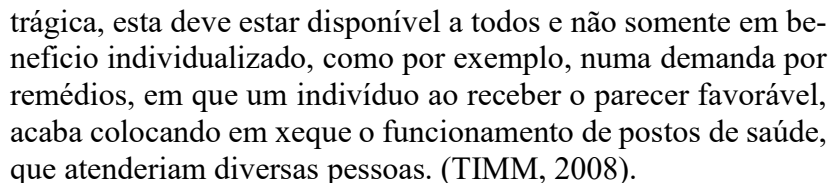
A economia portanto, por meio de sua aplicação e estudo no estado, pode trazer a leitura de qual forma mais eficiente para disponibilizar os recursos de maneira adequada, visando atender a demanda social, uma vez que os Estados, em muitas vezes não terão como comportar o repasse de todas as necessidades, ficando diante de escolhas trágicas a serem realizadas. Assim sendo, somente com um estudo prático e real poderá se chegar a bases que sustentem estas decisões, buscando sempre uma melhor solução e com maior justeza. (TIMM, 2008).

Nesse sentido, autor, crítica o pensamento doutrinário da aplicação alexyana no campo prático, pois uma vez apresentados os problemas para serem solucionados, a escolha trágica deverá ser realizada, e nesse ponto, a teoria apenas aponta qual se deve escolher, utilizando como base o peso de princípios, e com isso, o uso de argumentação, os quais, o tribunal pesará sua decisão em face de um em detrimento de muitos (TIMM, 2008).

Mas uma vez tomada a decisão, ela deve valer para todos, impessoalmente. Pois realmente o maior problema do país parece ser se ater impessoalmente à regra e agir fora da lógica do patrimonialismo estatal (que vê a coisa pública justamente como res nullius). Justamente o que caracterizaria um direito como social é sua não apropriação por um indivíduo, mas estar à disposição de toda a sociedade. De modo que o direito social à saúde é um direito de todos terem um hospital funcionando com um nível x de atendimento, ainda que limitado (por exemplo, urgências). Não significa o direito de um indivíduo contra todos da sociedade obter um medicamento que poderá provocar o fechamento do ponto de saúde. Este não é um direito social ou coletivo, mas individual (TIMM, 2008, p. 16).

Isso porque, o método alexyano se pauta em uma forma argumentativa de retorica-discursiva, que não dá suporte a guias interpretativos, sendo desguarnecido de critérios de previsibilidade e nem de precisão quanto ao melhor resultado à sociedade daquele debate que acontecerá no tribunal no caso concreto. (TIMM, 2008, p. 15).

Desta forma, Timm (2008), argumenta que a decisão não pode ser individualista, ou seja, uma vez realizada a escolha



Dito isso, cumpre dar sequência a análise do direito como concreção de práticas garantistas, visto que, o judiciário tem como papel principal garantir os direitos servindo como instrumento de garantias, e, para tanto, deve utilizar os critérios interpretativos de forma correta, para que se extraia sempre o máximo para defesa dos direitos fundamentais e humanos (CAMBI, 2018, p. 533).

Assim, diante de mais de uma possibilidade de interpretação constitucional, deve ser eleita aquela que melhor proteja o valor dignificante da condição humana, sendo essa conduta uma forma restritiva a qualquer interpretação que se mostre contrária à efetivação desses valores (CAMBI, 2018, p. 534).

Nesse eixo, as decisões devem levar em conta não somente a constituição ou a constitucionalidade das leis e normas infraconstitucionais, bem como expandir a visão decisória para o bloco de constitucionalidade, formado pelos tratados e convenções internacionais que resguardam os direitos humanos, pois estes desde a declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 encontram-se em posição central do sistema jurisdicional.

Com esse movimento, o país possui um importante pacto internacional, que visa a promoção e proteção das medicas econômicas, sociais e culturais, devendo o Estado parte assegurar condições para um mínimo essencial em meio ao máximo de recursos à disposição, sendo que os direitos fundamentais devem obedecer uma implementação progressiva (CAMBI, 2018, p. 536).

A adoção de um sentido interpretativo em prol dos direitos estabelecidos, constitucionalmente ou por convenções,



garantem a decisão um caráter de dúplice proteção jurisdicional, ao ampliar o alcance da leitura do texto de direito fundamental. No entanto, podem surgir questões provenientes de tomada de decisões pelos entes estatais, como em políticas públicas ineficientes, nesses casos o papel da justiça deve ser o de afastar o bloqueio e pavimentar o caminho para efetivação dos direitos (CAMBI, 2018, p. 536-540).

Diante desse panorama, cumpre suscitar a análise econômica do direito com o respaldo de teorias da decisão, sendo nesse caso apontado como uma alternativa a construção de Cass Sunstein e R. Posner, que delineiam na teoria liberal estadunidense uma análise dos custos dos direitos. Nesse intuito será apresentado uma breve introdução sobre a teoria de Sunstein, mais precisamente sobre a teoria minimalista.

Na ocorrência de impasses institucionais, surgem diálogos sobre as possibilidades de resolver tais impasses sobre os poderes e suas posições em relação aos direitos postos a sociedade, sobretudo, na tentativa de solucionar o ativismo ou a inércia legislativa, surge portanto, o uso do silêncio da cortes, inicialmente percebida na teoria de Alexander Bickel, que fora retomada e remodelada, por Sunstein, que tem buscado ao longo do tempo encorpar seus estudos implementando elementos das críticas apontadas em sua posição a respeito do minimalismo (LIMA, 2013).

Portanto, a construção da teoria do minimalismo de Sunstein, inicia de fato na sua obra *One Case at time: Judicial Minimalism on the Supreme Court*, a qual delineia as atitudes minimalistas da Corte estadunidense, além de outras inúmeras obras que tratam acerca do tema, incluindo a *Constitutional Personae*, que demonstra como sua visão pode ser utilizada em um contexto democrático de deliberação pela postura de silenciar-se diante determinados casos, chamando ao diálogo atores sociais que possuem conhecimento aprofundado da causa (LIMA, 2013, p. 80).



O traço fundamental de sua obra consiste na posição dos juízes/cortes em abster-se de pronunciamento diante de casos difíceis ou emblemáticos, pois, pauta-se na ideia de que nem sempre os juízes possuem conhecimento suficiente para decidirem sobre o tema, sendo mais aceitável que decidam de forma não integral, possibilitando que outros membros da sociedade com conhecimento sobre o tema possam participar da construção da decisão, o que afasta a figura de juiz legislador e torna o judiciário um espaço democrático (LIMA, 2013, p. 80 ss.).

O autor se baseia nas teorias de *Alexander Bickel* e a segunda da teoria de *John Rawls*, na primeira ele busca as fontes das “virtudes passivas” e a segunda sua inclinação a teoria de justiça liberal rawlsiana com vistas a aceitação de um multiculturalismo social e incentivo de debates para tomada de decisão. Já a utilização de argumentos “estreitos” e “superficiais” consiste na atitude de prevenção de erros e custos por possíveis más fundamentações das decisões, sendo ainda privilegiado o diálogo que ocorre num espaço democrático. (SIEGEL, 2005, p. 1957-1959).

Assim, o minimalismo busca uma forma de evitar custos provenientes de decisões erradas que possam ser revisadas num futuro, com a ausência de pronunciamento, as decisões podem ser realizadas por diversas visões sobre o tema. A teoria atua, portanto, tanto na redução destes custos quanto na busca por efetivação democrática da decisão, uma vez que, os juízes não são eleitos diretamente pela sociedade, bem como suas funções típicas não contempla a atuação legislativa (LIMA, 2013, p. 80).

Lima (2013), também aponta que a teoria minimalista deve ser observada com ressalvas, uma vez que, o próprio Sunstein aponta falhas no sistema minimalista, no entanto, não merece ser desvalorizada, pois o autor de uma forma aberta, absorve os pontos criticados ao longo do tempo e busca refinar a teoria com o avanço do tempo e de suas observações (LIMA, 2013, p. 86).



O modelo minimalista de atuação busca, portanto, promover um diálogo democrático, pois há espaço para uma construção com diversos vieses, que visam obter decisões mais coesas, mas essas ações somente podem ser efetivadas na presença de ferramentas que permitam medir a precisão política, como o *accountability*, que pode demonstrar as ações dos órgãos do governo, criando um real espaço de participação igualitária entre as pessoas e Estado numa construção dialógica política, de forma que, aqueles que detêm o poder político prestem contas como forma de legitimar a legislação e também a expressão popular (LIMA, 2013, p. 82).

O *accountability* possui duas dimensões, a *answerability* e o *enforcement*. A primeira, trata-se de referir as autoridades públicas que têm de informar e explicar suas ações, a segunda, trata da capacidade dos agentes que tem a tarefa de fiscalizarem a responsabilidade daqueles que detêm o poder, atuando caso estes não ajam de forma legal ou moral (CAMBI, 2018, p. 543).

Ainda para a teoria de Sunstein, dentro do sistema democrático deliberativo, o juiz possui algumas funções que podem ser divididas da seguinte forma, validação do resultado do processo democrático, isolamento ou separação de possíveis condutas de controle de regras democraticamente aprovadas e requisição de resultado político que cumpra com as restrições do modelo democrático deliberativo.

No caso em que o juiz se depare com a necessidade de proferir uma decisão, dentro da visão minimalista, deve escolher a abordagem rasa e estreita, *Shallow and Narrow*, de forma que não se profira uma decisão profunda e nem ampla, assim a sentença cumpre com a sensatez esperada (SUNSTEIN, 2008, p. 4).

Importante frisar que o próprio autor aponta quem nem todas as situações poderão ser amparadas pelo minimalismo, devido a questão da superficialidade, que a longo prazo, a ação de não decidir alguns pontos pode incorrer em sobrecarga àqueles que são adeptos ao minimalismo devido a cobrança que pode ser



direcionado sobre o tema não decidido (SUNSTEIN, 2008, p. 4).

Por outro lado, os pontos positivos defendidos por Sunstein, recaem sobre a ideia de não se discutir determinados temas de forma superficial para demonstrar respeito mutuo entre as partes que irão aprofundar sobre o debate, sendo estes agentes do estado ou atores que possuem o conhecimento necessário para sustentar as decisões (SUNSTEIN, 2008).

Ainda sobre os argumentos favoráveis, a postura de evitar decisões gerais com a utilização de ambição teórica em torno das decisões leva ao entendimentos que os juízes são falhos e que suas escolhas podem acarretar custos em um futuro, além de ter noção que, o minimalismo não poderá ser empregado em todas as decisões, pois como já dito, a superficialidade poderá gerar mais custos no futuro, e isso não revela o sentido minimalista (SUNSTEIN, 2008, p. 1-5).

Outra característica minimalista consiste na sua essência pragmática, na busca por efetivar formas de autogoverno ou *self-government* democrático, pregando o respeito a normas cívicas ao tomar a atitude de não decidir sobre questões centrais, e, promovendo uma abertura ao autogoverno com respeito as pessoas que venham pensar de forma diferente sobre questões que são fundamentais ao jogo democrático (SUNSTEIN, 2008, p. 5).

Quanto as formas de minimalismo, elas podem ser como *Shallow, Narrow, Hollowness, and Conceptual Descents*, sendo, superficial, estreita, vazia e a descida conceitual (Sunstein, 2008, p. 6).

Essas formas consistem em linhas estratégicas para concretização de decisões consensuais, vez que, na abstenção da pronuncia em certos casos, o judiciário chama para o debate processual atores políticos que podem contribuir na elaboração das decisões em face do silencio do órgão judicial como validador do que se debate em volta da questão a ser decidida (LIMA, 2013, p. 86).

A forma de adoção da estratégia minimalista deve ser



feita em *small-steps* (pequenos passos), inferindo a seguinte pergunta, quais casos são favoráveis a implementação da teoria de argumentos teóricos incompletos? Além de sugerir o enfrentamento a possíveis críticas sobre o não enfrentamento das questões a serem decididas, o autor mostra que nem sempre será possível defender essas estratégias modestas, como nos casos em que o juiz possui conhecimento amplo e profundo sobre o tema, podendo por si só encerrá-lo. De outro lado, existirão casos que, o silêncio poderá contribuir para redução de conflitos, além da redução de possíveis custos com a decisão, “deixar o presente aprender com o futuro” (SUSNTEIN, 2008, p. 10).

Portanto, Sunstein (2008), aponta pontos sobre o silêncio na construção da decisão, como a estabilidade social alcançada pelos acordos incompletos e aplicados aos princípios constitucionais, promoção de uma democracia constitucional, bem como de um sistema legal liberal, no qual as pessoas possam viver com respeito mútuo, redução dos custos políticos envolvidos nas questões controvertidas, utilização dos argumentos teóricos incompletos como propulsor do progresso de uma sociedade bem como a evolução moral ao longo do tempo, uma vez que como as mudanças sociais ocorreram no passado, hão de ocorrer no futuro. (SUSNTEIN, 2008).

Logo, a importância de não ter teorias não calcificadas e com erros de forma fechada, representa uma abertura para o debate de questões como discriminação da orientação sexual, idade, deficiência e questões de discriminação racial (SUSNTEIN, 2008).

Por fim, o uso dessas estratégias se mostra mais adequado a corte judicial como forma de evitar erros por uma busca por aprofundamento teórico, uma vez que os juízes não são autossuficientes, portanto, são passíveis de cometer erros em suas decisões, que podem gerar custos no futuro (SUSNTEIN, 2008).

4. CONCLUSÃO



As conquistas sociais obtidas pelo povo, por meio de diversos movimentos e que, geraram standards de proteção principiologicas e normativas, mas que ainda hoje correm o risco de serem postas de lado por uso de aplicação política, seja em decisões tendenciosas ou em políticas públicas que interfiram na prevalência destes direitos.

O ato que instaura o conflito de normas e princípios deve ser observado pelo tempo e espaço que ocorre, sendo que, a formação de uma visão sistêmica do direito se faz importante, observar por camadas, parece ser um ponto positivo para uma interpretação mais ampla. A existência de forças axiológicas e normativas em volta do fato social, condiz com a realidade factual de todas as ações que interferem na esfera da justiça e da política, mediadas pelo direito.

A percepção vetorial de forças, sejam estes, princípios, normas ou regras, parece ser exemplificativa para aplicação das teorias supra mencionadas, pois dentro do espectro social, histórico e jurídico, as ações podem ser observadas pelos vetores de força que representam o sentido dado ao texto, aplicação ou criação de políticas, sendo necessário portanto a observação do evento por um viés abstrato, que levará a compreensão fática das ações lançadas no jogo político.

Os vetores apresentados, são a força determinante da defesa dos standards principiologicos e normativos, que visam a proteção dos direitos fundamentais, os quais o aplicador do direito pode, e deve usar para invalidar decisões que se apresentem como uma força contraria a estes direitos, os quais podem ser aparentes ou velados, mas que geram impactos aos indivíduos na sociedade.

As formas de aplicação e interpretação dos direitos, devem ser aquelas que o interprete reconheça o espaço e tempo de sua interpretação, bem como o destinatário de duas escolhas, a ponto que, sua leitura esteja adequada as normas e valores que



se apresentam a contemporaneidade fatural, do contrário, uma ruptura com o sistema vigente pode ocorrer, e sua magnitude pode ser imensurável, visto a forma que se adota para a escolha daqueles que podem ditar a vida de terceiros por meio de seus atos, e, que na prática, ao se deparar com um conflito de normas, o julgador deve adotar a posição que melhor garanta os direitos humanos e fundamentais estabelecidos, qualquer interpretação que vá contra esse postulado deve ser abandonada.

A visão econômica do direito, parece ser uma saída lógica e racional, para tempos irracionais e de ações descomedidas, vez que, não se pode imaginar um Estado sem participação econômica, seja interna ou externa a seus domínios, mas que suas escolhas geram efeitos sobre todos aqueles que estão sob sua tutela. Avançar discussões com essa área de conhecimento se torna vital, para que, o conhecimento e a informação de ações tomadas pelos governos sejam de conhecimento de todos, e que ações possam ser não pautadas em interesses individuais ou de certas classes, e sim, que abranjam a totalidade.

Com isso, analisar teorias constitucionais ligadas a possibilidade de análise econômica dos direitos merece ter um espaço para discussão, visto que tanto a implementação de políticas públicas que possam cercear direitos quanto decisões que violem as garantias mínimas podem ocorrer no atual estado do direito.

A abstenção de julgamento aprofundado em determinados casos pode ser uma saída para impasses institucionais que possam vir a mitigar direitos fundamentais, e, ao mesmo tempo abre espaço para o debate de atores envolvidos com as causas a serem decididas, possibilitando que o judiciário não seja legislador ativo, somado a criação de um espaço democrático para o debate, privilegiam o exercício democrático, pois permite a ampla participação social na construção de decisões ao mesmo tempo que possibilita uma visão mais refinada das possibilidades econômicas em torno da implementação de direitos.



CAMBI, Eduardo A. S. *Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo: Direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judicial*. Ed. 2ª. São Paulo: Almedina, 2018.

GADAMER, Hans Georg. *Verdade e Método I*. 7 ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2005.

GARZON VALDES, Ernesto. El papel del poder judicial en la transición a la democracia. *Isonomía*, México, n. 18, p.27-46, 2003. Disponível em: <http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-02182003000100002&lng=es&nrm=iso>. Acesso em 2 jun. 2019.

LIMA, Flavia S. *ATIVISMO E AUTOCONTENÇÃO NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: uma proposta de delimitação do debate*. 2013. Tese de Doutorado. Universidade Federal de Pernambuco.

SIEGEL, N. S. A theory in search of a Court, and itself: Judicial minimalism at the Supreme Court Bar. *Michigan Law Review*. 2005.

SUNSTEIN, C. R. Beyond Judicial Minimalism. *SSRN Electronic Journal*, n. 237, 2008.

REALE, Miguel. *O direito como experiência*. 2. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1992.

SIEGEL, N. S. A theory in search of a Court, and itself: Judicial minimalism at the Supreme Court Bar. *Michigan Law Review*, v. 103, n. 8, p. 1951–2019, 2005.

TIMM, Luciano Benetti. Qual a maneira mais eficiente de prover direitos fundamentais: uma perspectiva de direito e economia? In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM



Luciano Benetti (orgs.). *Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.



ANÁLISE DA SEGURANÇA JURÍDICA DAS MOEDAS DIGITAIS E O ATRASO DE REGULAMENTAÇÃO SOB A ÓTICA TRIBUTÁRIA

Tiago Nunes da Silva¹

Maria de Fátima Ribeiro²

Resumo: O presente artigo analisa o avanço das tecnologias em relação às moedas digitais. O estudo justifica-se por demonstrar aspectos voltados para a segurança jurídica e, de igual modo, os possíveis impactos tributários, sobretudo a segurança jurídica em torno de sua intrínseca relação com a atividade econômica. Assim, objetiva-se, inicialmente, a abordagem da evolução tecnológica junto com os desafios para o Direito. Após isso, é realizada a exposição da gênese das moedas digitais no mercado, e seu aspecto conceitual e, por fim, a ausência de regulação tributária. Para a concretização da pesquisa, observou-se a método bibliográfico, acompanhado do dedutivo. Em conclusão, no plano normativo brasileiro, nota-se o visível atraso ensejando de tal modo, grave insegurança jurídica nesse novo paradigma negocial econômico.

Palavras-Chave: Moedas Digitais. Regulamentação. Segurança Jurídica.

Abstract: This paper analyzes the advancement of technologies

¹ Doutorando e Mestre em Direito pela Universidade de Marília – UNIMAR. Pós-graduado em Direito Público. Procurador Geral da Câmara Municipal de Uberlândia. Professor da Faculdade ESAMC em Uberlândia.

² Pós-Doutora em Direito Fiscal pela Universidade de Lisboa. Doutora em Direito Tributário pela PUC/SP. Professora titular do Programa do Doutorado e Mestrado em Direito da Universidade em Marília – UNIMAR.



concerning to digital currencies. The study is justified because it demonstrates aspects related to legal certainty and the possible tax impacts, especially legal certainty around its intrinsic relationship with economic activity. Thus, the aim is initially to approach technological evolution along with the challenges for the Law. After that, the genesis of digital currencies is exposed in the market, its conceptual aspect and, finally, the absence of tax regulation. For the accomplishment of the research, it was observed the bibliographical method, followed by the deductive one. In conclusion, in the Brazilian normative plan, there is a noticeable delay resulting in such a serious legal uncertainty in this new economic business paradigm.

Keywords: Digital coins. Regulation. Legal security.

1 INTRODUÇÃO



A partir da análise geral e específica dos avanços tecnológicos, apresenta-se como elemento de afeição, entender como ocorreu essa rapidez na modernização no mundo atual; além dos desafios do Direito para ingressar juntamente nesse campo de progresso e para abranger a todos os que necessitam da Justiça.

A proposta deste trabalho é demonstrar a necessidade de tratar da questão do desenvolvimento tecnológico e sua relevância para as gerações presentes e para as futuras, de modo que sirvam para uma existência de vida digna, além de se atentar aos desafios do Direito na questão de desenvolvimento, sobretudo no aspecto econômico digital.

O estudo justifica-se, pela crescente negociação por meio das moedas digitais e, como se sabe, no Brasil, ainda pairam inúmeras dúvidas acerca da regulamentação e, de igual modo, no aspecto da tributação, se deve ou não ocorrer. E se afirmativamente, como efetivar de modo seguro a cobrança pelo fisco.



completamente resolvido e, nessa perspectiva, a complexidade do mundo começa por ser analisada, em um texto programático central, como problema para os sistemas, e ainda destaca:

A “complexidade do mundo” reside, assim, na dimensão do tempo. Um sistema que opera com sentido, e que está sujeito ao tempo, concebe constantemente o mundo como um “mundo de possibilidades” de “viver” e de agir, projetadas no futuro. [...] (SANTOS, 2005, p. 135).

Nessa esteira de complexidade social moderna, na qual os sistemas se desenvolvem na busca da qualificação e de crescimento, a cibernética surge como um modo de reduzir as complexidades sociais, em face de sua rápida evolução e organização nas sociedades atuais, inserida em todos os níveis da organização social, e provoca as mudanças e desenvolvimentos que chegam para permanecer. Nesse sentido, Ferraz Júnior (2016, p. 8) averbou que “[...] a revolução tecnológica, que implica a substituição das máquinas por aparelhos eletrônicos cada vez mais miniaturizados em unidade de convergência técnica, aponta novos caminhos”.

Diante do crescente e rápido desenvolvimento tecnológico que tem invadido todos os setores da sociedade, faz-se necessário analisar o seu impacto também sob a ótica do Direito, como dito; visto que os aplicativos tecnológicos têm atraído grande parcela da população, principalmente a classe jovem.

Desse modo, segundo Giddens (2002, p. 23) torna-se importante refletir sua influência na prática, a qual é: “[...] O impacto desse avanço se efetiva como processo social atingindo todas as instituições, invadindo a vida do homem no interior de sua casa, na rua onde mora, nas salas de aulas com os alunos e no sistema financeiro”.

Giddens (2002, p. 24), diz ainda que “[...] a sociedade atual, vivencia uma realidade, onde as crianças nascem e crescem em contato com as tecnologias que estão ao seu alcance” e que essas novas tecnologias dão acesso, não somente a conhecimentos transmitidos por palavras, como também por sons,



imagens, vídeos, bem como as moedas digitais.

De acordo com Ulrich (2014, p. 30), com o processo de globalização, em específico, a globalização da informação é simples utilizar em conjunto com os meios digitais, como pagar um boleto pela internet até cursar uma faculdade por meio dela, rápida e exatamente, podendo ser observado como um processo modernístico; ou seja, permite maior conexão em várias regiões do mundo com ideias diferentes.

O Direito e a Economia não se confundem, mas se integram em primordial relação, são sistemas que fazem parte dos demais sistemas, cada um com sua especificidade no atingimento dos objetivos sociais e, como observa Petter (2008, p. 75) o Direito, como elemento regulador, não se pode abster da cognição do elemento econômico, devendo, ao contrário, absorver e captar seu conteúdo para buscar a sua regulação e finalidade.

Relata Ulrich (2014, p. 33) que a evolução tecnológica, como já dito, tem-se tornado presente na vida das pessoas, além de ser um incentivo para ações diárias, todavia, para a área do Direito, trouxe desafios, que não eram presentes no âmbito jurídico. Em um mundo cada vez mais marcado pela presença das tecnologias digitais, faz-se necessário que as pessoas também se adaptem a essa nova realidade. Em decorrência disso, em especial sobre a forma de comunicação em tempo real, as relações humanas buscaram maior agilidade e dinamismo, mas, com isso, houve a criminalidade, que também se beneficiou das vantagens tecnológicas.

Além disso, o Direito deve incluir todos com acesso à Justiça e a igualdade, respeitando seus direitos e garantias fundamentais, conforme expressamente na Constituição Federal. Entretanto, nem todos os cidadãos possuem condições de ter acessibilidade a essas modernizações, nem o conhecimento da internet, sendo prejudiciais nos seus direitos como seres humanos; e com isso, o Direito deve minimizar a ocorrência desse problema. Em complemento as informações, segundo Pierre



Lévy (1993):

A preservação e a realização dos fundamentos elencados no primeiro artigo da Constituição Federal, quais sejam, a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o do pluralismo político, devem passar pela necessidade de conviver com a tecnologia em estado cada vez mais avançado; como percebe nas votações desenvolvidas com o emprego de urnas eletrônicas (LÉVY, 1993, p. 7).

Segundo Giddens (2002, p. 234), é possível reconhecer a frequência do sistema tecnológico em nossas vidas, servindo nos e suprimindo as necessidades e dificuldades para resolução das adversidades diárias; está associado à liberdade da sociedade e à escolha para ingressar ao meio virtual. É uma das características da sociedade a velocidade de informações, pois a globalização não trouxe apenas a circulação mundial de pessoas e bens, mas o fez de maneira por vezes desigual, sem que acarretasse necessariamente melhorias sociais planetárias.

Para Giddens (2002, p. 235), o Direito, no entanto é atrasado em referência aos avanços tecnológicos, não consegue acompanhar essa modernidade; ensejando de tal modo, grave prejuízo em todas as áreas jurídicas e econômicas.

A descoberta da moeda representa, então, um avanço notável na História da humanidade, pois como padrão de valor potencializa o entesouramento, a divisibilidade e a facilidade de transporte. Surgiram, então, no Século VII, antes de Cristo, as primeiras moedas parecidas com o formato que hoje têm, isto é, pequenas peças de metal com peso e valor definidos, e com impressão de cunho oficial.

Assim, o dinheiro, inclusive as moedas digitais, pode ser classificado como peça-chave nas relações sociais e no desenvolvimento da sociedade, um mundo com vários paradigmas. Nesse cenário, surgem as moedas digitais, que, de alguma forma, provocam uma revolução nas ciências do Direito, da Economia e da Sociologia.

Nesse contexto de desenvolvimento econômico, o



caminho a ser percorrido pela ordem econômica é buscar o desenvolvimento social, alinhar riqueza e crescimento, com vistas à garantia da dignidade da pessoa humana, maior princípio a ser salvaguardado para a conquista de todos os demais direitos; bem como a moeda é um fenômeno convencional e evolui com o tempo, conforme os instrumentos que são utilizados para fazer a função econômica.

3 O SURGIMENTO DAS MOEDAS E DAS MOEDAS DIGITAIS

A palavra “surgimento”, em seu íntegro significado conota algo novo, por exemplo, a criação das moedas digitais, ou seja, uma melhor versão das moedas comuns, que trouxe, em seu bojo, mais efetividade com as pessoas por meio da tecnologia.

Nessa linha sobre as moedas, de acordo com Vita (2008, p. 80), com a descoberta do metal, o homem passou a usar essa matéria-prima para fabricar os utensílios mais diversos entre os quais um instrumento aceitável como unidade representativa de valor, que possibilita, dessa forma, as trocas comerciais em comunidade, a famosa Moeda. Etimologicamente, o termo vem do latim *moneta*, que provém do Templo *Juno Moneta*, local em Roma onde se cunhavam as moedas.

Objeto das relações humanas, a moeda surgiu como instrumento, universalmente aceito, para intermediar as transações de troca que se verificam na sociedade. Por seu intermédio, passou a suprir necessidades e, conforme destaca Mosquera (2006, p. 39), a palavra “moeda” é termo técnico, cuja significação tem sido construída ao longo do tempo pelos financistas e economistas, ligado às ciências econômicas, mais particularmente à economia monetária. Portanto, é instituto da realidade econômica.

Por ser uma realidade que se instalava na comunidade, fazendo a interface e sendo objeto de relação direta entre as pessoas e razão de desenvolvimento, imperioso era que a ciência do



Direito se ativesse a esse fenômeno e, como bem aponta Mosquera (2006, p. 39), como realidade fática, a moeda não escapou ao estudo dos cientistas do Direito e, nessa mesma esteira, assevera que a moeda, como objeto das relações intersubjetivas, provoca o surgimento de conflitos e de interesses na comunidade, o que faz com que o Direito se manifeste por intermédio de suas normas.

Nas lições de Tortorello (2001, p. 21), a moeda é uma realidade presente e palpável, nada tem de irreal, e surgiu na vida econômica, quando houve a necessidade de sua utilização, ante a insuficiência do primitivista escambo, de atender à demanda exigida pelo natural e progressivo desenvolvimento da humanidade e destaca:

A primeira função, também denominada circulação, implica a ação evolutiva da atividade econômica, facilitando e incrementando as trocas que outorga a seu possuidor um espécie de liberdade e autoafirmação perante a sociedade em que vive e, em segunda função, como denominador ou medida de valores, expressa em todas as coisas e serviços, com indicação da quantidade e uma unidade monetária, permitindo assim, a comparatividade entre si de todos os bens econômicos (TORTORELLO, 2001, p. 23).

Com o desenvolvimento do comércio, necessário era o surgimento de uma moeda de troca mais robusta e, como observa Vita (2008, p. 128), seu aparecimento se concretizou em face da necessidade de se estabelecer uma valoração comum e padronizada nas sociedades onde o comércio se instalara. Era, então, uma referência nas transações comerciais e também uma forma de suplantar o transporte de mercadorias para troca, que já se mostrava ineficiente, tornando-se, então, a moeda o referencial das transações comerciais. Cortez (2004) estabelece um conceito bem abrangente para moeda no seguinte sentido:

A moeda é uma instituição social, que surge como facilitadora da interação entre os membros da comunidade, figurando, ainda, como elemento de manutenção e desenvolvimento desta interação. [...] A moeda como realidade tem sua origem de ser nas relações de cunho econômico que se estabelecem entre os



indivíduos de uma determinada sociedade (CORTEZ, 2004, p. 3).

O direito de emissão de moedas sempre pertenceu ao Estado, como forma de demonstrar sua soberania, contudo, com o aparecimento das moedas digitais, fomentadas pelo avanço da cibernética, essa soberania foi afetada, a considerar que elas existem sem a interferência de um órgão estatal regulador.

Considerando as moedas digitais, ou denominadas de moedas virtuais ou criptomoedas, surgiram no ano de 2009, mas a utilização foi apenas em 2012, e principalmente na cidade de São Paulo, por ser uma megalópole industrial que tem um sistema de rede descentralizada, pelo qual pode ser transferido dinheiro e realizados procedimentos diversos de comercialização de uma pessoa a outra sem a burocracia de um banco. Sendo assim, elas não precisam passar pelos trâmites de negociação.

Tratar das moedas digitais é um grande desafio, principalmente no âmbito do Direito, por ser um conceito novo na área, conforme já foi dito; além disso, a figura das moedas digitais nasceu na própria era virtual, e a sociedade terá que conviver cada vez mais intensamente, como se vive com a tecnologia, relacionando e assimilando os grandes benefícios e os malefícios.

Importante ressaltar que o novo paradigma trouxe uma forma de modernidade de utilização, que a sociedade da era cibernética passou a realizar transações financeiras sem o emprego dos clássicos mecanismos de comercialização de pagamentos, como o cartão de crédito/débito, talões de cheque ou mesmo em espécie. Ademais, como aponta Casseb (2016, p. 201), as moedas digitais não são gerenciadas por instituições financeiras, o que simplifica as atividades comerciais e econômicas em geral, prestigiando-se, igualmente, outro princípio basilar e estruturante da ordem econômica constitucional brasileira, a livre concorrência, pelo fato de não disputar com os famosos bancos.

As moedas digitais, no conceito de Costa (2016, p. 131), não é um tipo de dinheiro digital, mas é controlável pelos seus desenvolvedores, sendo utilizadas e aceitas pela comunidade



virtual, de forma progressiva. Ademais, moedas jurídicas em geral, são conhecidas como aquilo que lei determina como tal, ou seja, instrumento destinado para cumprir as funções monetárias de curso forçado.

Ainda, pelo entendimento de Costa (2016, p. 118), as moedas digitais fazem parte principal da recente transformação social, bem como econômica, contudo, deve atentar-se ao fato de ser uma moeda de livre produção, sem nenhum regulamento ou norma Estatal, tanto as plataformas de negociação como a própria moeda podem, sim, ser objetos das atividades criminosas, como, por exemplo, golpes.

Por sua vez, Faria (2001, p. 19) entende como outro desafio do Direito com as novas modernizações é a exposição de muitas informações através da internet, que possibilita a pessoas de má fé propiciarem momentos em que possam utilizar informação pessoal, até mesmo relacionada a contas bancárias, ao dinheiro e até na família pela forma exacerbada do descontrole do uso com essas tecnologias. Contudo, os famosos cibercriminosos, são *experts* em evolução digital e trazem aos consumidores e vendedores digitais uma desconfiança.

Assim, é evidente que a moeda digital não é considerada oficialmente uma moeda de curso forçado pelos Estados soberanos, contudo, tem servido no mercado como meio de transações comerciais, fazendo, inclusive, surgir empresas que prestam os serviços de compra e venda dessas moedas, tornando-se organismos empresariais semelhantes a instituições financeiras, que fazem das moedas digitais um meio legal de objeto transacional de várias espécies de negócios, como já foi dito anteriormente.

Para Giddens (2014, p. 234), o mundo globalizado, juntamente com os relacionamentos comerciais e sociais, traz os frutos de um patamar econômico, como, por exemplo, o instituto da compra e venda. Assim, é necessário estabelecer juridicamente que um sujeito seja proprietário de algo, bem como com seu valor econômico, e que esteja disposto a cedê-lo; portanto,



ao falar das moedas digitais, significa dizer que as sociedades e a aquisição das coisas são feitas por troca específica, pré-estabelecida, que possua valor fixado previamente e que possa ser negociado ou flexibilizado considerado como uma das características sociológicas.

Seguindo os ensinamentos de Giddens (2014, p. 235), ainda que não se disponha de dados de pesquisas empíricas ou tempo suficiente decorrido da utilização das moedas digitais, consideradas um conjunto de fatores ou valores que levam a sociedade atual a buscar o uso do dinheiro que, além de nem ser tocado, não é somente um meio digital ou virtual, mas um instrumento de troca flexível e viável que pode também transformar-se em dinheiro.

A transformação das moedas digitais em dinheiro não precisa ser fruto somente para o pagamento das atividades, como usamos as moedas tradicionais; mas pode ser útil para investimentos, assim como pelo fato de que muitos associam a moeda digital à sua própria moeda nacional, de origem.

Segundo Costa (2016, p. 116), como já dito, moedas digitais não possuem enfrentamento com os bancos nacionais nem internacionais nem objetivo de mudar o modelo bancário que temos, mas, sim, apresentar uma nova alternativa moderna e prática que inclua todos, com o modo de adquirir produtos e serviços no mercado, visando sempre às melhorias. Têm como uma peculiaridade o desprezo pelos papéis das instituições financeiras e do Estado.

Nas palavras de Barbosa (2016, p. 262), a facilidade nas aquisições de moedas digitais, aumenta seu caráter especulativo, além de não oferecer uma segurança aos investidores, gerando uma tendência de não utilização em face da desconfiança de sua solidez, além de outros aspectos como o anonimato das transações.

A par do exposto, conclui-se que as moedas digitais têm sido desenvolvidas e preparadas para o mercado, bem como para



a socialização moderna ao longo de alguns anos e, principalmente, a partir dos estudos de especialistas, que percebem a necessidade de evolução do meio econômico e social para acompanhar as tecnologias.

4 A SEGURANÇA JURÍDICA NAS RELAÇÕES ECONÔMICAS COM AS MOEDAS DIGITAIS

Sob a ótica da complexidade social moderna, em que os sistemas autodesenvolvem na busca da qualificação e crescimento, a cibernética surge como um modo de reduzir as complexidades sociais, em face de sua rápida evolução e organização nas sociedades atuais, inserida em todos os níveis da organização social e provocando as mudanças e desenvolvimentos que chegam para ficar.

Destaca Ferraz Júnior, (2016, p. 9) “[...] a revolução tecnológica, que implica a substituição das máquinas por novas tecnologias, cada vez mais inventivos; aponta novos caminhos”, no seguinte sentido:

O surgimento do Estado Moderno é um marco desse processo evolutivo até a modernidade. A diferença da sociedade moderna às demais formas sociais está justamente na complexidade, ou melhor, na elevada complexidade. [...] A complexidade é o termômetro da seletividade: quanto maior a opção de alternativas, maior será a complexidade; daí a diversidade de opções significa ambiente social complexo (FERRAZ JÚNIOR, 2016, p. 39).

O Direito, em todos os seus ramos, por sua essência, caracteriza-se pelo pragmatismo, uma interpretação sistemática, fechada, até mesmo pela característica de incidência direta na vida das pessoas. Contudo, a sociedade evolui de forma acelerada, o que gerou o comércio virtual, atraiu um volume grande de movimentação financeira, produziu riquezas, transferências de patrimônios, capitais, tecnologias, modelos de negócios no âmbito da internet das coisas, o que acarretou um novo grupo concorrencial em face de todos esses novos caracteres, torna-se



imperiosa uma segurança jurídica para não se instalar a insegurança a insegurança, nociva aos interesses da sociedade.

Assim, importantes considerações devem ser feitas no que tange à utilização de moedas digitais ou virtuais hoje existentes no mercado, a considerar sua inserção no mercado econômico, que capta e distribui recursos da maneira transacional, devendo atentar para os imperativos da ordem econômica e da livre concorrência, bem como a justa e devida tributação destas movimentações financeiras.

Nas palavras de Ávila (2014, p. 54), vive-se, na atualidade, em uma sociedade plural, também denominada de sociedade de risco, sociedade global ou sociedade da informação, qualificada pela existência de uma enorme quantidade de informações, uma quantidade de leis, como leis complementares, de decretos, de instruções normativas, de pareceres normativos e de soluções de consulta.

Diante de todo cenário, tem-se considerado a morosidade legislativa que, apesar da quantidade grande de dispositivos, não está no mesmo passo da evolução tecnológica. Infere-se analisar como o Estado vai atuar como agente regulador frente às novas tecnologias, levando em conta que o modelo atual brasileiro é construído sob conceitos tradicionais e com diversas limitações e carece de maior e melhor segurança jurídica.

Sobre o tema, Borges (1997, p. 25) salienta que o próprio ordenamento constitucional atribui fundamentalidade à segurança jurídica. Desde o preâmbulo institui um Estado Democrático, com objetivo de dar garantia, assegurar, proteger os direitos fundamentais e sociais, entre os quais, a segurança, o bem-estar, a justiça e a igualdade e todos com status de valores supremos da sociedade.

Seguindo a mesma linha de raciocínio, Ávila (2014, p. 48), salienta que a expressão segurança é associada aos ideais de determinação, de estabilidade e de previsibilidade do Direito, de que são exemplo a legalidade, a irretroatividade e anterioridade



e, no Direito Tributário, em virtude desses elementos, bem como em razão das numerosas regras de competência, o ideal de segurança jurídica fica ainda mais acentuado e, nessa linha, destaca “[...] que no Direito Tributário a segurança é fortalecida em ponto máximo”.

Tendo como base o entendimento anterior sobre as moedas digitais, infere-se a necessidade de regulamentação, a fim de proporcionar maior efetividade no seu uso, pois a falta de regulação de qualquer instrumento inserido no âmbito social, jurídico e, sobretudo, econômico, pode gerar conflitos de grandes proporções e com efeitos deletérios, provocando desequilíbrio nos diversos sistemas existentes que regulam a vida em sociedade.

Ainda mais, a considerar que o avanço tecnológico sem parâmetro legal, irá proporcionar a quebra dos princípios da ordem econômica constantes da Constituição da República Federativa do Brasil (1988), pois a inclusão da moeda digital na sociedade traz significativas mudanças em todos os sistemas, afeta a área econômica, jurídica, política e social, portanto, para sua aceitação e adequação social, deve estar em harmonia com os preceitos constitucionais.

O ordenamento pátrio pode-se considerar como lacunoso no que se refere à definição de moedas digitais, todavia, é presente na Lei n.º 12.865/2013, em seu art. 6º, VI, a normatização sobre a moeda eletrônica, que é também regulada pela Resolução n.º 4.282 do Conselho Monetário Nacional e pelas circulares 3.680, 3.681, 3.682 e 3.683 do Banco Central do Brasil.

E, com isso apontam Tapscott e Tapscott (2017, p. 345), pelo fato de as moedas digitais desafiarem o papel dos bancos centrais em uma Economia, pode-se dizer que é natural ter uma oposição a essa nova tecnologia, contudo, não é de surpreender que os Bancos Centrais têm pensado à frente, ao compreenderem a importância da tecnologia em suas respectivas economias.

Tem-se presente que a nova figura das moedas digitais



Dessa forma, a análise de Derzi (2009, p. 247), também observa a insegurança na forma de utilidade da sociedade referente às moedas digitais, muitas delas com o intuito negativo, de



má-fé, com a finalidade de obter vantagem ilícita por meio das pessoas, ainda mais que seja de maneira eletrônica. Ou seja, atrás de uma tela de um computador ou celular, sem ter o conhecimento de quem esteja presente do outro lado da proposta, do investimento ou do contrato de compra e venda, como já foi analisado, são os chamados *hackers*, aqueles que são *experts* no âmbito da Era cibernética.

Nas palavras de Ávila (2014), o Direito encontra dificuldades que se intensificam em face de sua peculiaridade, o que torna um ramo muito vinculado às regras de legalidade que funcionam como as principais bases da confiança, pela repercussão que provocam na sua liberdade e na sua propriedade e bem pondera com a seguinte lição:

A segurança jurídica adquire, pois, caráter instrumental relativamente à liberdade: quanto maior segurança, maior grau de liberdade, isto é, maior capacidade de o indivíduo planejar seu futuro conforme aos seus ideais. É igualmente um meio de garantir a dignidade da pessoa humana [...] capaz de planejar seu futuro (ÁVILA, 2014, p. 74).

A segurança jurídica está entrelaçada à liberdade dos indivíduos, principalmente quando é dito sobre algo mais recente, como as moedas digitais; bem como o envolvimento das relações jurídicas e financeiras das pessoas em um ambiente virtual, e que não possui regras fixas e determinadas por uma Instituição financeira de alto renome. Não há dúvidas quanto à complexidade e à velocidade das mudanças o que provoca uma revolução nos sistemas sociais, deságua no Direito que, por consequência, traz efeitos no direito tributário, civil, empresarial, administrativa, presente ininterruptamente na vida das pessoas o que leva à insegurança jurídica das novas tecnologias.

Recai sobre os campos do Direito, de maneira que versa sobre a influência dessa matéria como uma seguridade para a sociedade, pois é ele que possui a competência da Justiça, versando sobre os direitos e deveres dos seres humanos, de forma clara. Conforme Ávila (2014, p. 74), as moedas digitais e sua



funcionalidade estão presentes na forma de contratos, de investimentos, de trocas, de vendas e de tributos.

Nesse contexto de desenvolvimento econômico, o caminho a ser percorrido pela ordem econômica é buscar o desenvolvimento social, alinhar riqueza e crescimento com vistas à garantia da dignidade da pessoa humana, maior princípio a ser salvaguardado para a conquista de todos os demais direitos e sem prejuízos nem exclusão da sociedade.

Importante destaque traz Cortez (2004, p. 38) ao afirmar que os prós e contras de um futuro complexo, como geram as moedas virtuais, são frutos de uma busca por acompanhar juntamente com as tecnologias atuais, como também para que as pessoas não percam tempo ou se desgastem dentro das instituições financeiras.

Sendo assim, na sociedade complexa, devem surgir demandas avançadas, como são as moedas digitais e a abordagem da evolução das moedas digitais e, conhecidas também por virtuais é um caminho sem volta em face da forma gradativa de seu desenvolvimento no decorrer do tempo.

5 A SONOLÊNCIA TRIBUTÁRIA PARA A REGULAMENTAÇÃO

A despeito da tributação sobre as moedas digitais, até o presente momento, vive-se em um cenário de clara ausência de regulamentação em âmbito nacional. Nesse sentido, releva destacar também, a necessidade de regulamentação sob a perspectiva de todos os Entes.

Registre-se, entretanto, que, na presente seção, não se constitui como principal objeto de abordagem, quais seriam os possíveis tributos a serem cobrados na presente relação. O apontamento é aqui e tecer críticas, no sentido de apontar o quanto a ciência jurídica permaneceu adormecida, se comparada com outras ciências, podendo citar a Economia como maior exemplo.



Neste passo, é possível afirmar que, uma vez identificadas as espécies de moedas virtuais, apresenta-se a indispensável identificação dos possíveis tributos atrelados às transações. Todavia, não é novidade a matéria inerente ao Direito Tributário, no que diz respeito à competência dos Entes tributantes, nota-se a delimitação estabelecida pela Constituição Federal.

A par dessas notas introdutórias, a tendência é que esse novo modelo de moedas digitais passe a ser considerado como hipótese de incidência dos tributos, que enseja, de tal modo, fatos jurídicos tributários e surja, então, a relação jurídica entre fisco e contribuinte e, conseqüentemente, a arrecadação aos cofres públicos.

Sob a análise estrutural do aspecto conceitual, na lição de Cunha Júnior (2014, p. 954), o tributo nasce da obrigação e/ou vínculo jurídico de cunho econômico existente entre a pessoa física ou jurídica e o Estado, sendo constituído de prestação em dinheiro, com disposição em lei, em decorrência de fato lícito nela descrito sobre hipótese fática de incidência.

Para melhor compreensão, a Constituição Federal contempla cinco espécies de tributos, quais sejam: impostos, taxas, contribuições de melhoria, empréstimos compulsórios e contribuições sociais. Nesse sentido, a identificação de cada tributo é identificada pela materialidade da hipótese de incidência, que pode ou não ter relação com atividade estatal, razão pela qual apresentam-se como tributos vinculados ou não.

Para que a presente reflexão não se apresente de forma meramente descritiva, urge aqui consignar os entendimentos norte-americano e canadense, a partir da perspectiva das *Bitcoins*, denominadas como moedas digitais.

O Tesouro Americano, em 2014, firmou o entendimento de que as moedas virtuais devem ser tratadas como propriedades e não como dinheiro. O aviso prevê que a moeda virtual seja tratada como propriedade para fins de impostos federais dos EUA. Princípios fiscais gerais que se aplicam às transações de



propriedade aplicam-se transações usando moeda virtual (IRS, 2014).

No mesmo sentido, o Canadá, por sua vez, considerou a moeda como propriedade e obrigou as empresas a declararem as vendas efetuadas por meio de *bitcoins* e os lucros com a especulação da moeda (IRS, 2014).

Com base em ambos os entendimentos, se analisados à luz do art. 43 do Código Tributário Nacional, incide Imposto de Renda sobre a aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica, compreendida de forma simplificada como acréscimo patrimonial observado como produto do capital, do trabalho ou da combinação de ambos, ou, ainda, de proventos de qualquer natureza.

Em resumo: toda operação realizada em Bitcoin, que incida acréscimo patrimonial, será passível de imposto de renda, devendo, portanto, ser declarada. Alias, a Secretaria da Receita Federal consignou esse entendimento no questionário de 2017.

447 – As moedas virtuais devem ser declaradas?

Sim. As moedas virtuais (bitcoins, por exemplo), muito embora não sejam consideradas como moedas nos termos do marco regulatório atual, devem ser declaradas na Ficha de Bens e Direitos como “outros bens”, uma vez que podem ser equiparadas a um ativo financeiro. Elas devem ser declaradas pelo valor de aquisição.³

Não se pode olvidar acerca da possibilidade de tributação, no caso em comento, de *Bitcoins* (moeda digital) no Brasil. Em que pese ser um tema controverso, faz-se necessária a regulamentação, para que, desse modo, haja maior clareza, ensejando, ademais, segurança jurídica na relação “econômica digital”.

Chama atenção também outro fator. Há que se pensar não só no empasse da tributação, mas na complexidade que reside no campo da fiscalização de tais transações comerciais na

³ <http://receita.economia.gov.br/interface/cidadao/irpf/2017/perguntao/pir-pf-2017-perguntas-e-respostas-versao-1-1-03032017.pdf>. Acesso em: 21.12.2019



relação compra e venda da moeda digital, por vez que a negociação ocorre entre pessoas de países distintos, ensejando, certamente, o ato de sonegar e de evasão fiscal.

Como se vê, a era tecnológica parece ter ultrapassado aspectos regulatórios e, sobretudo, o contexto jurídico, em especial, no tocante ao Direito Tributário, ensejando inúmeras indefinições para a cobrança de tributos em face de transações realizadas pelas moedas digitais.

A essa altura, é oportuno consignar a urgente necessidade de regulamentação concernente a valores e, de igual modo, os bens digitais. Nesse contexto, convém citar apenas uma justificativa para a regulamentação: o combate à lavagem de dinheiro e outras espécies de crimes envolvendo as moedas digitais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A sociedade passa por uma complexidade nos tempos modernos, ativados por diversos fatores que a influenciam, entre os quais o avanço da cibernética, da internet e das relações econômicas, provocando uma grande quebra de paradigmas em todos os níveis e de forma irreversível.

Nesse cenário, surgem as moedas digitais, que, de alguma forma, provocam uma revolução nas ciências do Direito, Economia e Sociologia. As moedas digitais surgiram para alterar a forma e a maneira de compreensão do sistema econômico e financeiro mundial.

Atualmente, a moeda digital não tem caráter de moedas em curso forçado, assume a característica de um novo “dinheiro”, ao que parece, sem a tutela do Estado, pela ausência de regulamentação; há, portanto, a urgente necessidade de regulamentação sobre a matéria no Brasil, a fim de estancar a insegurança jurídica que paira na relação econômica digital.

As moedas digitais prometem mudar os modelos de negócios e transformar a indústria para uma nova era com



Por derradeiro, pode-se concluir que o fato de não haver conceito jurídico, não significa que as moedas digitais não existam para o Direito, pois integram o mundo dos fatos e, se esses fatos estiverem regulados pelo Direito, haverá repercussão no mundo jurídico.



ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 3. ed., rev. atual. ampl. São Paulo: Malheiros, 2014.

BARBOSA, Tatiana Casseb B. M. Regulamentação internacional de moedas digitais, In: BARBOSA, Tatiana Casseb B. M (coord.). *A revolução das moedas digitais: Bitcoins e altcoins*. Aspectos jurídicos sociológicos econômicos e da ciência da computação. São Paulo: Editora Revoar, 2016.

BORGES, José Souto Maior. *O princípio da segurança jurídica na criação e aplicação do tributo*. RDDT Editora, n 22. São Paulo, 1997.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Lavagem de dinheiro*, 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

CASSEB, Paulo Adib. Moedas digitais na sociedade da informação- aspectos constitucionais In: BARBOSA, Tatiana



- CASSEB B.M (coord.). *A revolução das moedas digitais: Bitcoins e altcoins*. Aspectos jurídicos sociológicos econômicos e da ciência da computação. São Paulo: Editora Revoar, 2016.
- CORTEZ, Tiago Machado. *Moeda, Estado e Direito*. o papel do Estado na Ordem Monetária e seu controle. Tese de Doutorado em Direito- USP- São Paulo, 2004.
- COSTA, Claudia. As moedas Digitais Sob Aspecto Sociológico e da Defesa do Consumidor. In: BARBOSA, Tatiana Casseb B.M (coord.). *A revolução das moedas digitais: Bitcoins e altcoins*. Aspectos jurídicos sociológicos econômicos e da ciência da computação. São Paulo: Editora Revoar, cap. 4, 2016.
- CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. 8 ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2014.
- DERZI, Misabel de Abreu Machado. *Modificações da jurisprudência no direito tributário*. São Paulo: Editora Noeses, 2009.
- DIAZ, Elias. *Estado de direito e sociedade democrática*. 3. ed. Madri: Editorial Cuadernos para el dialogo, 1969.
- FARIA, José Eduardo. *Informação e democracia na economia globalizada*: São Paulo, Editora Instituto dos Advogados de São Paulo e Revista dos Tribunais, 2001.
- FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*. Técnica, decisão, dominação. 10. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2016.
- International Revenue Service – IRS (Org.) *IRS Virtual Currency Guidance*: Virtual Currency Is Treated as Property for U.S. Federal Tax Purposes; General Rules for Property Transactions Apply. 2014. Acesso em: 21.12.2019.
- GIDDENS, Anthony. *Modernidade e Identidade*. Tradução Plínio Dtzein. Rio de Janeiro: Editora Zaar, 2002.
- LÉVY, Pierre. *As Tecnologias da inteligência- o futuro do pensamento na era da informática*. Tradução de Carlos Irineu



DIREITO HUMANO E FUNDAMENTAL AO TRABALHO: UMA TENTATIVA DE CONCREÇÃO NORMATIVA A PARTIR DE SEUS POSSÍVEIS SENTIDOS

Vitor Salino de Moura Eça¹

Bruno Gomes Borges da Fonseca²

Resumo: Este estudo analisou possíveis sentidos do trabalho na condição de direito humano e fundamental. A partir de uma abordagem dialética, objetivou apresentar possibilidades interpretativas do direito humano e fundamental ao trabalho com vistas à sua concretização. O exame partiu do ordenamento jurídico brasileiro, contudo, evidenciou que a pauta do direito ao trabalho possui traços de universalidade, por estar prevista em diversas Constituições e, sobretudo, em instrumentos normativos internacionais de direitos humanos. A título de resultados, a pesquisa concluiu que o direito humano e fundamental ao trabalho é plurissignificativo. Possui, portanto, diversas possibilidades interpretativas. Entretanto, sob o ponto de vista pragmático, ainda continua com reduzida aplicabilidade, o que, sem exagero, atenta contra a força normativa da Constituição e a própria estrutural do Estado democrático de direito.

¹ Pós-doutorado em Direito Processual Comparado pela Universidad Castilla-La Mancha, na Espanha. Pós-doutorado em Direito Processual Internacional na Universidad de Talca – Chile. Juiz do Trabalho no TRT da 3ª Região. Professor Adjunto IV da PUC-Minas (CAPES 6) do programa de mestrado e doutorado em Direito, na área de Direito Processual.

² Pós-doutorado em Direito pela Pontificia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC-MG). Pós-doutorado em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Doutor e Mestre em Direito pela Faculdade de Direito de Vitória (FDV). Procurador do Trabalho na 17ª Região. Professor da graduação e da pós-graduação da FDV. Professor colaborador no Mestrado Profissional em Gestão Pública da UFES.



Palavras-Chave: Direito humano e fundamental. Direito do trabalho. Dialética. Trabalho como categoria central.

INTRODUÇÃO



m tempos de desemprego estrutural espreado por diversos países, um quase desconhecido e/ou esquecido direito deveria ocupar papel central nas discussões socioeconômicas: o direito ao trabalho.

 O direito ao trabalho, ao lado da dignidade da pessoa humana, ocupa lugar central na ordem jurídica brasileira. Mesmo sem uma análise detalhada dos ordenamentos jurídicos de cada país, parece possível concluir que onde a dignidade humana prevalece como precípua valor constitucional, o direito ao trabalho está presente, sob pena de tornar aquele intento em mera abstração.³

No plano normativo, o trabalho é reconhecido como direito humano. Inúmeros instrumentos internacionais preceituam nesse sentido. Muitas ordens internas, por sua vez, reconhecem-no como fundamental. O direito ao trabalho, portanto, ocupa o mais especial patamar conferido pelos ordenamentos jurídicos.

A par desse cenário (desemprego estrutural, crise socio-econômica e reconhecimento do trabalho como direito humano e fundamental), o direito ao trabalho se afigura esquecido. Proposição jurídica sem eficácia social. Algo que se chama no Brasil como *letra morta da lei*.

Esta pesquisa possui como problema as possibilidades interpretativas do direito ao trabalho. Visa apresentar caminhos para sua materialização. O estudo parte da premissa (hipótese) de que a força normativa da Constituição (o que serve para o Brasil e outros países asseguradores desse direito) impõe a aplicação pragmática desse direito.

³ Essa proposta é encontrada em: FONSECA, Bruno Gomes Borges da. *Direito humano e fundamental ao trabalho*. Curitiba: Editora CRV, 2019.



Assente no método dialético, adota-se a técnica de pesquisa documental indireta nas modalidades pesquisas documental e bibliográfica, ou seja, para a confecção deste estudo analisa documentos públicos, estatísticas, fontes normativas e

⁷ MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. *Metodologia científica*. 5. ed. rev. ampl. São Paulo: Atlas, 2007. p. 83-84.



bibliografia tornada pública.⁸

Esta pesquisa é composta de uma única sessão cujo objetivo é abordar possíveis sentidos do direito ao trabalho.

1 ALGUNS POSSÍVEIS SENTIDOS DO DIREITO HUMANO E FUNDAMENTAL AO TRABALHO⁹

O direito ao trabalho, no plano internacional, é reconhecido como direito humano, enquanto, nas ordens jurídicas internas, é preceituado, em muitas delas, como direito fundamental.

Na perspectiva internacional, a Organização Internacional do Trabalho (OIT) cumpre papel decisivo na universalização do direito ao trabalho, como se nota do preâmbulo da sua Constituição, de 20 de abril de 1948,¹⁰ e da interpretação da sua Convenção n. 122.¹¹ Destacam-se igualmente o art. XXIII, item 1, da Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 10 de dezembro de 1948,¹² o art. 6º, item 1, do Pacto de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 16 de dezembro de 1966,¹³ o art.

⁸ A partir de classificação exposta por: MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. *Técnica de pesquisa*. 7. ed. rev. ampl. São Paulo: Atlas, 2010. p. 48-57.

⁹ Trechos e citações constantes desta seção foram extraídos de: FONSECA, Bruno Gomes Borges da. *Op. cit.*

¹⁰ BRASIL. *Organização Internacional do Trabalho - Brasil*. Preâmbulo da Constituição da Organização Internacional do Trabalho, de 20 de abril de 1948. Disponível em: <http://www.oitbrasil.org.br/sites/default/files/topic/decent_work/doc/constituicao_oit_538.pdf>. Acesso em: 17 nov. 2013. A partir desse ponto, as citações desse ato normativo não serão referenciadas. Adotar-se-á essa regra para todos os atos normativos (apenas para eles), com referência apenas na primeira citação, sem prejuízo de sua listagem ao final. O objetivo é conferir maior fluidez ao texto.

¹¹ BRASIL. Planalto. Decreto n. 10.088, de 5 de novembro de 2019. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Decreto/D10088.htm#art5>. Acesso em: 19 fev. 2021.

¹² BRASIL. *Organização das Nações Unidas Ministério da Justiça*. Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 10 de dezembro de 1948. Disponível em: <<https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Pages/Language.aspx?LangID=por>>. Acesso em: 28 out. 2018.

¹³ BRASIL. *Ministério da Justiça*. Pacto de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 16 de dezembro de 1966. Disponível em:



6º da Declaração Sobre Progresso e Desenvolvimento Social, proclamada pela Resolução n. 2542 (XXIV) da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 11 de dezembro de 1969,¹⁴ os arts. 6º e 7º do Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, “Protocolo de San Salvador”, de 1988,¹⁵ e o art. 15 da Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos, de 1981.¹⁶ Todos reconhecem, à sua maneira, o direito ao trabalho.

Nas ordens jurídicas domésticas, por outro lado, há previsões similares ao art. 6º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CF/1988)¹⁷ cujo teor considera o trabalho um direito fundamental.

A proposta desta seção, nesse contexto, é tentar explorar possíveis sentidos do direito humano e fundamental ao trabalho.

O direito possui um caráter deontológico inafastável. O texto normativo, apesar de todas as suas limitações nessa tarefa e da ideologia que o permeia, põe-se como instrumento a serviço da modificação social e/ou manutenção de um sistema. Em outro dizer, sem menosprezo ao seu aspecto ideológico, a previsão constante de um texto jurídico visa, no plano teórico, que, no futuro, haja similitude entre o previsto e o real, sob pena de sua imposição coercitiva. Nesse caminho, muitas vezes, alcança

<http://portal.mj.gov.br/sedh/11cndh/site/pndh/sis_int/onu/convencoes/Pacto%20Internacional%20sobre%20Direitos%20Economicos,%20Sociais%20e%20Culturais%20-1966.pdf>. Acesso em: 24 nov. 2013.

¹⁴ BRASIL. *Declaração Sobre Progresso e Desenvolvimento Social*. Proclamada pela Resolução n. 2542 (XXIV) da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 11 de dezembro de 1969. Disponível em: <http://direitoshumanos.gddc.pt/3_16/III-PAG3_16_1.htm>. Acesso em: 5 jun. 2017.

¹⁵ BRASIL. *Planalto*. Decreto n. 3.321, de 30 de dezembro de 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3321.htm>. Acesso em: 16 maio 2017.

¹⁶ ÁFRICA. *African Commission on Human and Peoples' Rights*. Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos. Disponível em: <<http://www.achpr.org/pt/instruments/achpr/>>. Acesso em: 17 maio 2017.

¹⁷ BRASIL. *Planalto*. Constituição [da] República Federativa do Brasil, promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 11 jan. 2020.



sucesso, enquanto em outras, mesmo com a coerção, fracassa. No primeiro caso, impõe mudança (ou manutenção) na prática social, em virtude de sua aderência pela sociedade civil. Na segunda hipótese, torna-se letra morta, inefetivo, porém, às vezes, apto a ser exigido com imposição de penalidades. O direito ao trabalho, obviamente, enquadra-se nesse contexto, e ele pode ser neutralizado (algo ocorrido até hoje) ou concretizado nos planos jurídicos e da realidade social, ainda que limitadamente diante da ordem jurídica e das formas política e econômica.

Platão ressalta que o legislador caberá se interrogar, com frequência, o que se pretende com a lei e se o objetivo perseguido foi ou está sendo atingido.¹⁸ O direito pode ser transformador, mas com limites tendencialmente intransponíveis. Acreditar em uma emancipação pelo direito, parece algo improvável e destoante da realidade social. As transformações emancipatórias, ou não, dependerão, sobretudo, dos movimentos das pessoas que, muitas vezes, recorrem ao direito e, contraditoriamente, os negam. Entretanto o direito, na condição de forma jurídica, nasce imbricado nas formas econômica e política. Daí patenteia a sua insuficiência para emancipar, embora seja capaz de transformar as pessoas e suas condutas.

O direito ao trabalho também desempenha um papel deontológico, consagra direitos objetivos e subjetivos, é regra e princípio, impõe deveres e obrigações e sujeita o seu infrator a penalidades, pois, do contrário, deveria ser negado como direito e, portanto, deveria estar excluído do texto constitucional. O ponto central é explorar o seu sentido. A partir dessa constatação, teoricamente, ele se encaixará em todas as características de um preceito jurídico.

A tentativa de concretizar o direito ao trabalho, no entanto, mesmo nos limites da ordem jurídica, encontra muitos obstáculos, sobretudo por ir de encontro ao sistema produtivo. Mesmo nesse cenário restritivo, é necessário e possível tentar

¹⁸ PLATÃO. *As leis*. 2. ed. Tradução Edson Bini. Bauru, SP: Edipro, 2010. p. 222.



buscar alguns sentidos.

À partida cabe afirmar a centralidade do trabalho, tanto na constituição, no desenvolvimento e na emancipação do ser social, quanto no desenvolvimento do capitalismo, que, mesmo em sua fase imperialista, monopolista, *financeirizada* e informacional ainda é dependente da extração do mais-valor da força de trabalho. Inclusive, a centralidade do trabalho, no plano jurídico, foi evidenciada pela CF/1988, cujo texto o reconheceu como fundamento da República, das ordens econômica e social e como um dos objetivos do processo educacional (arts. 1º, IV, 170, 193, 205, 214, V, e 227, II), sem se esquecer do reconhecimento expresso do direito humano e fundamental ao trabalho (art. 6º).

Outro ponto de partida importante é o reconhecimento de que o direito ao trabalho, embora esvaziado de efetividade, possui, ao menos em tese, inúmeros sentidos; é, portanto, plurissignificativo.¹⁹ De certa forma, possui a capacidade de aglutinar seus sentidos ontológicos e também os conteúdos vivenciados nos principais modos de produzir (comunismo primitivo, escravocrata, feudalismo e capitalismo). Inclusive, o processo de acumulação de conhecimento na história, nesse tom plural, parece torná-lo mais maduro para exaltar ou repelir certos sentidos. A priorização da atividade da agricultura ou de atividades manuais, por exemplo, são sentidos testados pela história que podem ser desprezados. A omissão, na atualidade, na produção de valores exclusivamente de uso, tão presente no modo de produzir primitivo, diferentemente, pode ser recuperada.

A Observação Geral n. 18, ao interpretar o art. 6º do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1966,²⁰ alerta para a necessidade de reconhecer o direito ao

¹⁹ Rafael Ibarreche acerta ao negar o sentido unitário do direito ao trabalho: IBARRACHE, Rafael Sastre. *El derecho al trabajo*. Estructuras y procesos. Derecho. Madrid: Trotta, 1996. p. 130.

²⁰ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *The International Network for Economic, Social and Cultural Rights*. Observación general n. 18: el derecho al trabajo. Aprobada el 24 de noviembre de 2005. Artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos



trabalho como um direito capaz de impor obrigações jurídicas precisas (e não apenas um princípio filosófico), cuja extensão não é exaustiva. Exige, portanto, um direito humano e fundamental ao trabalho de cunho normativo.

O direito humano e fundamental ao trabalho, apesar de todas as suas limitações, carrega uma perspectiva mais genérica. É plurissignificativo, como dito. A amplitude de seus possíveis sentidos oportuniza a junção de inúmeras pautas, seja uma política de pleno emprego, quer um trabalho com dignidade, seja o acesso a um posto empregatício, para ficarmos nessas hipóteses. Encara também as questões raciais e de gênero ao alinhar-se com o princípio da igualdade e conspira contra qualquer forma de discriminação, além de ensejar políticas afirmativas, como as direcionadas às pessoas com deficiência.

Suas diversas dimensões podem coexistir e operarem juntas com vistas à sua concreção e maior efetividade. Assim, além de diversos sentidos, atua como regra e princípio e nos planos individual e metaindividual. A aludida Observação Geral n. 18, por exemplo, reconhece duas dimensões do direito ao trabalho: individual e coletiva (preferimos metaindividual, cujo conteúdo engloba os interesses difusos e coletivos e os direitos individuais homogêneos). Na verdade, os direitos fundamentais, a rigor, podem ser interpretados nessas duas perspectivas. Essa, portanto, não é apenas uma característica do direito ao trabalho. Consequentemente, o direito ao trabalho pode ser visto sob o ponto individual do trabalhador, como um direito da classe trabalhadora e de futuros trabalhadores. É, portanto, pluridimensional.

Essas distinções entre regra e princípios e direitos individual e metaindividual, embora úteis, também apresentam dificuldades operativas. Os direitos fundamentais, a rigor, apresentam diversas perspectivas. São, concomitantemente, princípios,

Económicos, Sociales y Culturales. Disponível em: <<https://www.escri-net.org/es/recursos/observacion-general-no-18-derecho-al-trabajo>>. Acesso em: 30 maio 2017.



regras e direitos e interesses individuais e metaindividuais. Veja o exemplo do direito à saúde. É reconhecido como direito subjetivo (como se vê, por exemplo, nas demandas judiciais com pleitos de fornecimento de medicamento), mas também pela sua condição de direito metaindividual (é o que se verifica em casos de saúde coletiva). É aplicado como regra e princípio. Isso ocorre também com o direito humano e fundamental ao trabalho. Diante disso, não se adotará um rigorismo ao abordar o seu sentido em cada uma dessas dimensões.

Outra premissa se refere ao reconhecimento do trabalho, nas ordens jurídicas nacional e internacional, como direito humano e fundamental, sem esquecer seus carizes constitucional e social. Alcançou na ordem jurídica burguesa, portanto, o mais alto *status*. Como visto, o Brasil, expressamente, reconhece no trabalho esse caráter. Essa tendência também é verificada na ordem jurídica interna de diversos países. Em uma perspectiva internacional, muitos instrumentos internacionais reconhecem-no com a mesma característica, o que permite a conclusão de que, no plano jurídico, há, sem exagero, o reconhecimento universal do trabalho como direito humano. Essa asseveração é de fácil constatação: basta verificar o número de países que patentearam essa condição internamente ou aderiram a instrumentos internacionais que assim estabeleceram.

As ideias da classe dominante são, em cada época, as ideias dominantes, ou, em outro dizer, a classe que consubstancia a força material dominante na sociedade é, concomitantemente, a sua força espiritual. A classe dominante, obviamente, pensa e como tal produz ideias fortificadoras de sua dominação e manutenção no poder.²¹ O capitalismo impôs a ideia de que o indivíduo, nesse novo modo de produção, estava conforme a natureza e não como um produto histórico. O capital, portanto, é

²¹ Em sentido próximo: MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. *A ideologia alemã*. Tradução Rubens Enderle, Nélcio Schneider e Luciano Cavini Martorano. São Paulo: Boitempo, 2014. p. 47-48.



autointitulado como eterno em uma relação natural. Nesse momento, o ser humano torna-se um simples meio para seus fins privados.²² Essas ideias, com o tempo, tornam-se a-históricas, naturalizam, integram a essência humana e transformam-se em *leis eternas*.

A neutralização do direito ao trabalho, malgrado seu reconhecimento como direito humano e fundamental, integra esse processo de naturalização de um modo produtivo, o que evidencia os limites emancipatórios do e pelo direito. Atualmente, por efeito, o primeiro sentido a constar sobre esse direito é a sua inexistência, como letra morta da ordem jurídica brasileira. Por isso, a feliz afirmação de Guy Mundlak: “El derecho al trabajo está en todas partes y en ninguna [...]”.²³ Possui, no plano da linguagem normativa, previsão em diversas ordens jurídicas mundiais, enquanto no plano da concretude é, antes, vazio de sentido, e, depois, de efetividade. Leonardo Wandelli, nesse contexto, reconhece um *deficit* na fundamentação do direito ao trabalho. Com acerto, verifica que o direito perdeu (ou nunca teve) conexão com as necessidades humanas, como um critério fundante de parâmetros normativos, enquanto o trabalho foi esvaziado da riqueza de sentidos.²⁴

No modo de produzir capitalista, entretanto, negar o trabalho como direito é condenar as pessoas à morte. Em uma feliz síntese, o direito ao trabalho, entre outros sentidos, é o direito à vida e à subsistência.²⁵

Malgrado todas as limitações do direito positivo, o direito ao trabalho, talvez, permita uma interpretação diferente ao

²² MARX, Karl. Introdução à contribuição à crítica da economia política. In: MARX, Karl. *Contribuição à crítica da economia política*. 2. ed. Tradução Florestan Fernandes. São Paulo: Expressão Popular, 2008. p. 238-240 e 242.

²³ MUNDLAK, Guy. Derecho al trabajo. Conjugar derechos humanos y política de empleo. *Revista Internacional del Trabajo*, v. 126, 2007, n. 3-4. p. 217.

²⁴ WANDELLI, Leonardo Vieira. *O direito humano e fundamental ao trabalho: fundamentação e exigibilidade*. São Paulo: LTr, 2012. p. 31.

²⁵ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Direito do trabalho na Constituição de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 25.



contribuir para o exercício de atividade mais próxima da emancipação humana e, nesse ponto, ao mesmo tempo, amenizadora de um trabalho sem sentido para o ser humano, embora, deixe-se claro, não se apresenta para equacionar todos os problemas da sociedade regida pelo capitalismo.

O direito ao trabalho, reconhecido pelo Estado democrático de direito, pode ser um dos mecanismos de luta da classe trabalhadora, ao menos para evidenciar as contradições do modo de produção e amenizar a exploração e a miséria. Ora, se o Estado nega sentido a esse direito, de certa forma, coloca em xeque a normatividade dos direitos humanos e fundamentais, o que, em última análise, gera suspeição sobre a legalidade e a sua própria existência.

Uma das grandes conquistas do constitucionalismo moderno foi o reconhecimento da força normativa da Constituição.²⁶ As Constituições, ao menos teoricamente, deixaram de ser meras cartas de intenção ou normas puramente programáticas. Passaram a regular a vida social e os passos do Estado. Consequentemente, pode-se questionar o sentido adequado do direito humano e fundamental ao trabalho. Contudo, no atual quadro do constitucionalismo, não se pode negar sua força normativa, vinculante e impositiva.

Esse cenário possibilita, em graus variados, a resistência da classe explorada com vistas a influenciar o Estado na tomada de decisões políticas em prol de sua proteção. A conquista de direitos é uma dessas evidências. A CF/1988 é um exemplo claro desse processo. O passo seguinte, ainda que não implique rompimento com a ordem, é o de manter esses direitos, concretizá-los e aumentar sua amplitude interpretativa, até porque as lutas de classes continuam e as classes oponentes permanecem agindo em direção contrária.

A teoria da força normativa da constituição, como um

²⁶ HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.



dos efeitos da construção do Estado democrático de direito, entretanto, é incapaz de contrariar a realidade social, sobretudo as consequências de integração das demais formas (econômica e política) sobre (e com) a forma jurídica. Nesse ponto, sem negar a força normativa da constituição, como uma estratégia necessária à concretização do direito humano e fundamental ao trabalho, vale lembrar do alerta de Ferdinand Lassale, segundo o qual, a Constituição real materializa os somatórios dos fatores reais de poder. Essa é sua essência. Sua transformação em constituição jurídica, modifica-a para folha de papel. Mais do que uma Constituição, o necessário é deslocar os fatores reais de poder. A folha de papel, a rigor, é incapaz dessa tarefa.²⁷ Esse, certamente, é um dos maiores entraves do direito ao trabalho (e do direito como um todo).

A Constituição também funciona como um simulacro. A simulação consiste na tentativa de transformar a formulação de um texto jurídico em ato fundador. Há um embuste característico ao projeto do Estado democrático de direito de tornar a Constituição o seu marco zero, originário. A Constituição, porém, embora seja uma conquista, não é a última,²⁸ além de ser incapaz de apagar toda a história que a antecedeu.

Além da imbricação das formas jurídica, econômica e política, da Constituição como folha de papel e como simulacro, no Brasil, além do capitalismo tardio, há também um constitucionalismo tardio.²⁹

O direito do trabalho luta conta os efeitos, mas não contra as causas desses efeitos. Luta para amenizar a exploração; não para extingui-la. Luta com paliativos, mas sem curar a enfermidade. Há força de trabalho em abundância. Sua destruição

²⁷ LASSALE, Ferdinand. *O que é uma constituição?* Tradução Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Editora Líder, 2001. p. 48, 53 e 67-68.

²⁸ MOREIRA, Luiz. *A constituição como simulacro*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007. p. 93, 95 e 105.

²⁹ Sobre o constitucionalismo tardio: SILVA NETO, Manoel Jorge. *O constitucionalismo brasileiro tardio*. Brasília: ESMPU, 2016. p. 19.



parcial não fará tanta falta ao capital. A flexibilização dos direitos trabalhistas pregada pelo capital tende a eliminar a força de trabalho, diante da diminuição dos ganhos salariais e da baixa qualidade do meio ambiente do trabalho. Nesse contexto, o direito ao trabalho pode ocupar um espaço relevante.

O direito ao trabalho e sua condição de direito humano e fundamental, apesar de todas as limitações impostas, é uma conquista da classe explorada. A ausência de concreção normativa, entretanto, impede sua efetividade e o seu manejo, pela classe trabalhadora, para aliviar a exploração da sua força de trabalho e amenizar a sua pauperização.

Obviamente que o direito ao trabalho, em uma ordem capitalista, em uma de suas contradições, pode acabar por se conformar com o culto ao trabalho assalariado, heterodeterminado (e não autodeterminado), estranhado e *fetichizado*. Parece claro que a luta, ao menos para nossa proposta, é rechaçar esse tipo de trabalho. Entrementes, no modo de produção capitalista, estar fora desse tipo de trabalho, significa uma *desefetivação*, *desrealização* e *brutalização* ainda maiores do que aquelas vivenciadas pela classe que vive do trabalho. Logo, inexistente incompatibilidade entre direito ao trabalho e uma luta maior de se buscar um sentido humano ao trabalho.³⁰ Aliás, sem desconsiderar esses apontamentos, o direito ao trabalho, no capitalismo, faz todo o sentido, por ser uma luta pela sobrevivência material do ser humano.

O direito ao trabalho, nesse cenário, naturalizou-se, pelo pensamento dominante, como letra morta na CF/1988. Seu conteúdo foi esvaziado; é texto normativo sem aplicabilidade; esquecido; meramente programático, como uma carta de intenções. A predominância dos interesses da classe dominante neutralizou as tentativas de considerar, no plano do real, o trabalho

³⁰ ANTUNES, Ricardo. *Os sentidos do trabalho*. Ensaio sobre a afirmação e a negação do trabalho. 2. ed. rev. ampl. São Paulo: Boitempo, 2009. p. 175-176; ANTUNES, Ricardo. *Adeus ao trabalho?* Ensaio sobre as metamorfoses e a centralidade no mundo do trabalho. 15. ed. São Paulo: Cortez, 2011. p. 124.



como direito humano e fundamental e, ao mesmo tempo, de carrear para a interpretação do texto um novo sentido para o trabalho, ainda que, na perspectiva da sociedade burguesa, exista evidente contradição entre o estabelecido na CF/1988 acerca do trabalho e o encontrado na prática, na realidade social.

A inserção do trabalho na condição de direito humano e fundamental, certamente, foi um avanço. Alcançou, na sociedade burguesa, o seu mais alto quilate (direito humano e fundamental) e, a partir de então, na condição de texto inserido na amplitude da linguagem jurídica, integra a hermenêutica constitucional e permite, em tese, seja interpretado de maneira mais favorável à emancipação humana. Logo, insere-se na pauta das lutas de classes. Diríamos que, dentro da ordem jurídica estabelecida, uma das precípuas lutas. Assim, esta pesquisa se abstém de desprezar esse ponto. Por outro lado, a simples constatação da existência de um direito humano e fundamental ao trabalho pouco diz acerca dos seus sentidos e operabilidade no sistema normativo e na sociedade, sobretudo no capitalismo.

O sistema de regulação, presente na política *keynesiana* e defendida como única solução por alguns, parece insuficiente para conter o ímpeto de destruição do capitalismo, especialmente sobre a classe trabalhadora. A regulação advinda do Estado social e a sua ruína posterior evidenciaram essa conclusão. Os papéis dos direitos dos trabalhadores e do direito ao trabalho na condição de resistências parecem frágeis e insuficientes, embora seja uma tentativa amenizadora, que não deve ser desprezada em um processo de luta social.

Nesse ponto, acerta Karl Polanyi, ao defender que a ideia de um mercado autorregulável era uma quimera. Ele, se assim fosse deixado, teria arruinado o ser humano e a sociedade. Para ser mais exato, ele teria destruído fisicamente o homem e tornado seu ambiente um deserto.³¹ Portanto, o direito ao trabalho,

³¹ POLANYI, Karl. *A grande transformação*. As origens de nossa época. 2. ed. Tradução Fanny Wrobel. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012. p. 4 e 31.



O reconhecimento do direito humano e fundamental ao trabalho, em uma junção das ordens internas e internacional, traz a nota de compreendê-lo em um plano de universalidade. O capitalismo tornou-se hegemônico e, praticamente, presente em todo o mundo. O direito ao trabalho, por sua vez, no plano da juridicidade, é também reconhecido em quase todas as localidades. Logo, parece oportuno e adequado articulá-lo com uma proposta universal. É, talvez, um dos principais instrumentos de luta dentro da ordem vigente mundial.

Entrementes as advertências de Jorge Luiz Souto Maior são oportunas: em razão do avanço do capitalismo e da parca resistência da classe trabalhadora e, por outro lado, do desemprego estrutural e em massa, o direito do trabalho, em uma estratégia do capital, pode transformar em direito ao trabalho e, a partir desse instante, pouco importa o tipo de atividade e as suas condições, mas a mera ocupação.³² Os efeitos das lutas de classes, portanto, são também capazes de modificar e imprimir sentidos ao direito do trabalho, inclusive contrários aos interesses da classe trabalhadora. Essa situação pode ser verificada pelo atual desinteresse do capitalismo na relação empregatícia. O trabalho subordinado, uma das conquistas das revoluções burguesas, hoje afigura-se como um entrave ao aumento da lucratividade. Por efeito, o capital vem se interessando por novas formas de trabalho, como o estágio, o voluntariado, o cooperado, o eventual, o autônomo, o terceirizado, o sócio, entre outros, por ser possível extrair mais-valor para além da relação de emprego e sem as amarras do direito do trabalho.

³² MAIOR, Jorge Luiz Souto. *O direito do trabalho como instrumento de justiça social*. São Paulo: LTr, 2000. p. 191, 261 e 269; MAIOR, Jorge Luiz Souto. A fúria. *Revista LTr*. São Paulo, v. 66, n. 11, 2002, p. 1287-1309.



Essa preocupação enseja a recuperação do alerta de Paul Lafargue, cujo prólogo de seu livro adverte o leitor sobre o seu propósito de refutar o direito ao trabalho. Com essa afirmação, pretende questionar a paixão das pessoas pelo trabalho, que absorve forças vitais do homem até o seu esgotamento, e cuja prática, além da deformação orgânica, gera a degeneração intelectual. Em sua visão, o proletariado, ao adotar como princípio revolucionário o direito ao trabalho, renunciou ao processo emancipatório. No lugar do direito ao trabalho, caberia defender o direito à preguiça. Lafargue não afasta a necessidade de trabalhar, por defender, na verdade, a redução da jornada de trabalho.³³

Parece clara, portanto, a ambiguidade do direito humano e fundamental ao trabalho (como, aliás, ocorrem com o direito do trabalho). Pode ser um instrumento de luta da classe trabalhadora, mas, concomitantemente, afigura-se como necessário à manutenção e ao desenvolvimento do capitalismo. Para encontrar efetividade, portanto, deve se colocar como um direito de resistência³⁴ e, na elocução emprestada de Valdete Souto Severo, um direito transgressor,³⁵ o que, de certa maneira, pode ser sua própria negação (ou uma negação da negação).

O direito humano e fundamental ao trabalho pode ser resistente, por exemplo, quando pretende se efetivar em uma forma capitalista de produzir. Realmente, cogitar-se sobre um direito ao trabalho em uma economia de suposto livre mercado, chega próximo ao absurdo. Essa resistência, quanto à sua concretização, vem sendo travada, pelo menos, desde 1847. Há, decerto, relativa incompatibilidade entre os escopos e o desenvolvimento do capital e alguns sentidos do direito ao trabalho. A

³³ LAFARGUE, Paul. *O direito à preguiça*. Tradução Otto Lamy de Correa. São Paulo: Editora Claridade, 2003. p. 17-23, 27, 43, 59 e 75-77.

³⁴ Expressão inspirada na obra de: VIANA, Márcio Túlio. *Direito de resistência*. São Paulo: LTr, 1996.

³⁵ SEVERO, Valdete Souto. *Elementos para o uso transgressor do direito do trabalho*. Compreendendo as relações sociais de trabalho no Brasil e a função do direito diante das possibilidades de superação da forma capital. São Paulo: LTr, 2016.



busca de seus sentidos (os mais ousados possíveis) e sua concretude apontam para um direito humano e fundamental ao trabalho de resistência.

Rafael Ibarreche admite que o reconhecimento constitucional do direito ao trabalho gerou uma tensão com a ideia de livre mercado. A sua presença, desse modo, deve ser encarada como limites, constitucionalmente previstos, à liberdade econômica.³⁶

O uso transgressor do direito humano e fundamental ao trabalho,³⁷ por sua vez, sinaliza que esse direito pode ser manejado ao extremo e, assim, criar tensões no modo de produção capitalista. Ele, por si só, parece incapaz de emancipar o ser humano ou extinguir esse modelo econômico, contudo, seu uso transgressor pode revelar contradições e antagonismos no capitalismo. Para tanto, a busca de sua concreção deverá ser feita de maneira intransigente e radical, capaz de desvelar os pressupostos delimitadores de seus lindes e suas impossibilidades. Um dos conteúdos do direito ao trabalho caminha para um capitalismo inclusivo e solidário. Sabe-se, por outro lado, que essa forma econômica se pauta na exclusão e no individualismo. Aquele sentido do direito ao trabalho, aparentemente, irrealizável, sob outro ponto de vista, talvez, seja propício a abrir flancos no modo de produzir. Lógico, essa proposta é apenas uma forma de luta. O colapso de uma forma de produzir exigirá concausas e diversas formas de atuação.

As eficácias horizontal e vertical dos direitos fundamentais sinalizam para um direito humano e fundamental com amplo espectro de atuação. Além da sua condição de regra e princípio e da sua concepção individual e metaindividual, esse direito não se cinge às relações empregatícias, por abarcar o trabalho, cujo um dos gêneros é o emprego. Assim, os sujeitos ativos, desse

³⁶ IBARRECHE, Rafael Sastre. *Op. cit.*, p. 99.

³⁷ A construção deste parágrafo teve inspiração na proposta de Valdete Souto Severo acerca do uso transgressor do direito do trabalho. SEVERO, Valdete Souto. *Op. cit.*, p. 11-12 e 173-176.



direito, são os (des)empregados, trabalhadores, inclusive os sem trabalho, a classe trabalhadora e as futuras gerações de trabalhadores, enquanto os sujeitos passivos, são o Estado e dos particulares. Esse espectro ampliativo encontra respaldo na CF/1988 e outrossim no plano teórico.³⁸ A Observação Geral n. 18 também caminha nesse sentido ao considerar que o direito ao trabalho se aplica a qualquer tipo de trabalho e não apenas ao assalariado.

A amplitude do direito humano e fundamental ao trabalho se verifica também quanto ao momento de sua possível aplicação. Inexiste restrição quanto à sua operabilidade antes, durante e depois do trabalho, ou, em outro dizer, nas fases pré-contratual, contratual e pós-contratual.³⁹

Outra premissa diz respeito à aplicação imediata dos direitos fundamentais, conforme art. 5º, §1º, da CF/1988. Por ser o trabalho um direito fundamental, a utilização do art. 6º, também da CF/1988, dispensa regulamentação e possui eficácia imediata.

Outro ponto de partida alude ao reconhecimento do direito ao trabalho como cláusula pétrea. Logo, o direito humano e fundamental ao trabalho estaria protegido contra emendas tendentes a aboli-lo, a impedirem sua concreção ou a restringirem seus sentidos. O princípio da proibição do retrocesso social também funciona como uma proteção ao direito ao trabalho. Por sua vez, a noção de mínimo existencial pode ser manejada para impedir que ao direito ao trabalho seja dado um sentido vazio e carente de, ao menos, garantir, com dignidade, a sobrevivência material do ser humano. No entanto o mínimo existencial se abstém de integrar o núcleo essencial dos direitos fundamentais e não deve ser utilizado para fulminar com sua efetividade.

A compreensão do direito humano e fundamental ao trabalho também perpassa pelo reconhecimento de incidência de princípios. O principal e, talvez, único princípio do direito do

³⁸ IBARRECHE, Rafael Sastre. *Op. cit.*, p. 120.

³⁹ IBARRECHE, Rafael Sastre. *Op. cit.*, p. 149.

trabalho, cuja aplicação é explicitada no direito ao trabalho, é o da proteção. Ele consubstancia a razão da institucionalização de um direito trabalhista: tutelar o hipossuficiente cuja força de trabalho é explorada. Há presunção de hipossuficiência. A relação de trabalho, a rigor, é assimétrica por inexistir paridade de armas. Esse princípio é reconhecido universalmente. Deles são extraídos todos os demais princípios (ou subprincípios, mas com a mesma importância) aplicáveis ao direito do trabalho. Existe, portanto, forte ligação entre o princípio da proteção e o direito humano e fundamental ao trabalho. Este, com um sentido adequado, parece capaz de proteger (embora não totalmente) os valores sociais do trabalho e o trabalhador contra a prevalência da forma econômica e da força do capital. Nesse sentido, a Carta Social Europeia,⁴⁰ aprovada em 1961, e posteriormente revista, previu o direito ao trabalho e, para garantir o seu efetivo exercício, preceituou a necessidade de proteção efetiva do trabalhador (art. 1º, c). Há, assim, o direito humano e fundamental *protetor* ao trabalho em uma fusão desse direito com o único ou precípua princípio do direito do trabalho, universalmente acolhido.

Fora do alcance da dogmática jurídica e, em um ponto de vista mais teórico, é necessário pautar outros pontos de partida. Talvez, os precípuos sejam os sentidos de trabalho. A captação do trabalho pelo direito, de certa forma, carrega esses sentidos para o plano da juridicidade. O direito ao trabalho, por corolário, é o direito de suprir as necessidades vitais do ser humano, de criar valores e ensejar progresso, de o homem constituir-se e desenvolver-se como ser social, de manter intercâmbio orgânico com a natureza e, concomitantemente, o direito à exploração da força de trabalho, a institucionalização do mais-valor, o direito de vender sua força de trabalho, de exercer um trabalho morto e abstrato e de manter vivo o modo produtivo. Nesse quadro

⁴⁰ PORTUGAL. *Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*. Carta Social Europeia de 1961 Disponível em: <http://www.fd.uc.pt/CI/CEE/pm/Tratados/Lisboa/Carta_Social_Europeia_1961.htm>. Acesso em: 17 maio 2017.



dialético de interações recíprocas, o direito ao trabalho se posta como imprescindível: para o ser humano e o desenvolvimento e a manutenção do sistema produtivo capitalista.

Evaristo de Moraes Filho, alinhado ao defendido acima, enxerga no direito ao trabalho um direito vinculado à raiz da existência humana. O seu exercício assegura a vida, o desenvolvimento da produção e o progresso.⁴¹ Logo, se a dignidade humana, no plano do ideal, deve ser o fundamento da existência do direito, o direito ao trabalho coloca-se ao seu lado como o principal pilar na busca desse objetivo.

O trabalho livre e a sua troca por dinheiro são um dos pressupostos do capitalismo. Outro pressuposto é a separação do trabalho livre das condições de sua realização (meios e materiais do trabalho).⁴² Assim, compreender o direito ao trabalho apenas como liberdade de escolha significaria cingir seu conteúdo ao mero atendimento da manutenção de um modo de produção pautado na exploração da força de trabalho alheia.

Na CF/1988, o direito ao trabalho (com essa elocução) é assegurado no art. 6º, enquanto a liberdade de profissão, ofício e trabalho é garantida no art. 5º, XIII (“[...] é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer”). Logo, haveria incongruência em considerar que a interpretação do art. 6º seja igual à do art. 5º, XIII. Seria desnecessário dois dispositivos constitucionais preverem exatamente a mesma norma. Essa mesma separação, ilustrativamente, encontra-se também na Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948 (art. 23.1) e no Pacto internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966 (art. 6.1), cujos textos preveem o direito ao trabalho e a

⁴¹ MORAES FILHO, Evaristo de. *O direito ao trabalho*. In: Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil, 11-16 ago. 1974, Rio de Janeiro: Asgráfica, 1974. p. 674.

⁴² MARX, Karl. *Grundrisse*. Manuscritos econômicos de 1857-1858. Esboços da crítica da economia política. Tradução Mario Duayer e Nélío Schneider. São Paulo: Boitempo. Rio de Janeiro: Editora UFRJ, 2011. p. 388.



liberdade de trabalho. Novamente, parece inadequado considerar que ambos possuem o mesmo conteúdo.

Para José Afonso da Silva, o art. 5º, XIII, da CF/1988 se abstém de assegurar o trabalho ou o emprego, o seu conteúdo e tampouco as condições materiais para o seu exercício. Nega a condição de direito social do preceptivo e o considera como um direito individual, cujo sentido confere liberdade de escolha de trabalho, de ofício e de profissão, em consonância com as propensões de cada pessoa e na medida do esforço de cada um. Concede também o direito de exercer o que fora escolhido, desde que cumpridos os requisitos legais eventualmente exigidos. Reconhece que a prescrição dessa liberdade, de caris individual, é relevante, mas insuficiente para garantir que as pessoas trabalhem no que efetivamente desejem, por lhes faltarem condições materiais, o que as obriga a qualquer trabalho apenas para sobreviverem.⁴³

O direito ao trabalho, decerto, em sua nascente, esteve bastante vinculado à ideia de liberdade de trabalhar. O fim do modo de produção feudal e a extinção das corporações de ofício oportunizaram essa conquista e a sua pauta era uma conquista das revoluções liberais. Entretanto, com o transcorrer da história, a liberdade de trabalho, embora necessária, tornou-se insuficiente para a classe trabalhadora: havia, em tese, liberdade, mas faltava trabalho. Como ocorreu a dissociação do trabalhador com os meios de produção, o trabalho tornou-se uma necessidade para a sobrevivência material do ser humano; apenas a concessão de liberdade de trabalho era insuficiente para esse passo.

A ideia de um direito ao trabalho totalmente vinculado à liberdade de trabalhar, por outro lado, decorria da exaltação do modelo de Estado liberal. Na condição de revolução burguesa, a Revolução Francesa, de certa forma, promoveu essa exaltação. A concepção de um Estado provedor, diferentemente,

⁴³ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 259-260.



aproximou o direito ao trabalho de uma proposta programática e assistencialista, isto é, admitiu a relativa interferência estatal no mercado.

Consequentemente, por lógica, haveria necessidade de buscar novos sentidos para o direito ao trabalho. Os sentidos normativos dos arts. 6º e 5º, XIII, da CF/1988, portanto, são distintos. Apesar de diferentes, há uma aproximação e dela é possível evidenciar o *deficit* de liberdade na escolha do trabalho. Embora, no plano textual, seja assegurada, inexistem garantias que, efetivamente, assegurem sua existência no campo da realidade social.

Essa diferenciação entre direito ao trabalho e liberdade de trabalho, todavia, não impede uma aproximação e compreensão de que a liberdade de trabalho seria um dos sentidos (obviamente, não o único) do direito ao trabalho. Por efeito, essa pretensa liberdade carrega consigo o direito de o trabalhador escolher a atividade mais adequada à sua singularidade. Nesse ponto, a orientação vocacional, segundo o art. 6, 2, do “Protocolo de San Salvador” está abrangida pelo direito ao trabalho. Esse sentido desse direito impõe limites ao livre mercado. Não deveria ser o mercado o vetor determinante para indicar quais atividades são necessárias, mas sim as necessidades humanas, entre as quais, a vocação de cada um. Essa é mais uma das facetas extraídas do direito ao trabalho.

Essa ideia de liberdade quanto ao exercício do trabalho, também oportuniza análise da ligação do trabalho com o dever. A Constituição brasileira de 1937⁴⁴ previa o trabalho como direito e dever social (art. 136). A Constituição de 1946⁴⁵ previu-o como obrigação social (art. 145, parágrafo único). A CF/1988

⁴⁴ BRASIL. *Planalto*. Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de novembro de 1937. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao37.htm>. Acesso em: 4 jun. 2011.

⁴⁵ BRASIL. *Planalto*. Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 18 de setembro de 1946. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7%C3%A3o46.htm>. Acesso em: 4 jun. 2011.



não possui previsão a respeito e nas discussões da Assembleia Constituinte de 1987-1988 houve expressa recusa da inserção de dispositivo com esse teor.

A ordem jurídica, além de direitos, impõe deveres, inclusive fundamentais.⁴⁶ Em uma sociedade na qual a exploração não fosse o vetor principal e a produção de valores de uso fosse o seu precípua fundamento, parece acertado afirmar que a solidariedade imporia um dever de trabalhar, como expõe Manuel-Ramón Alarcón Caracuel.⁴⁷ Relativamente ao direito ao trabalho, talvez, exista um dever de trabalhar em decorrência da necessidade de obtenção de renda para o sustento próprio e/ou alheio. Aqui o que impulsiona não é a solidariedade social, mas sim um típico estado de necessidade. Essa conclusão, às vezes, é obtida com mais clareza, mas, em outras, é subliminar e granjeada em decorrência de outros deveres juridicamente previstos. É possível cogitar-se também sobre um dever moral ao trabalho. A falta de trabalho, geralmente, sinaliza preguiça e falta de reconhecimento social. A religião também pode induzir a esse dever. Basta lembrar da ética protestante evidenciada por Max Weber.⁴⁸

Considerar que existe um dever de trabalhar, por outro lado, parece conspirar contra a ideia de liberdade de trabalho. No plano da materialidade, trabalha-se sob pena de perecimento; para sobreviver. Inexiste, portanto, plena liberdade de escolha. Em uma perspectiva social, o trabalho, como uma atividade necessária à construção de uma associação de pessoas e o desenvolvimento do trabalhador, também pode ser compreendido como um dever social.⁴⁹ Todavia, sob o ponto de vista jurídico,

⁴⁶ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 531.

⁴⁷ CARACUEL, Manuel-Ramón Alarcón. Derecho al trabajo, libertad profesional y deber de trabajar. *Revista de Política Social (RPS)*, Madrid, n. 121, enero-marzo, 1979. p. 37.

⁴⁸ WEBER, Max. *A ética protestante e o espírito do capitalismo*. Tradução Vinícius Eduardo Alves. São Paulo: Centauro, 2008.

⁴⁹ Parece ser esse o sentido no qual o autor defende o trabalho como dever social:



parece carecer fundamento para obrigar alguém a trabalhar. A CF/1988, inclusive, veda a pena de trabalhos forçados para presos (art. 5º, XLVII). Com esse raciocínio, o ócio não seria vedado no plano da legalidade e a contravenção penal de vadiagem não teria sido recepcionada pela atual Constituição.

O direito ao trabalho, na visão de José Afonso da Silva, foi preceituado pela CF/1988 como direito social (art. 6º). Inexistiu, contudo, no texto constitucional uma definição clara do seu sentido. Sua concreção, por conseguinte, ressaíra do conjunto de previsões sobre o trabalho na Constituição. Urgiria, assim, aproximá-lo dos valores sociais do trabalho como fundamento da república (art. 1º, IV), da valorização do trabalho pela ordem econômica (art. 170, *caput*) e do primado do trabalho como supedâneo da ordem social (art. 193). Juntos possuem o sentido de reconhecer o direito ao trabalho como condição de efetividade da existência digna, cujo teor abarca acesso a uma profissão, à orientação e formações profissionais, à livre escolha do trabalho, o direito à relação empregatícia protegida (art. 7º, I), ao seguro-desemprego (art. 7º, II), ao aviso-prévio (art. 7º, XXI) e qualquer outra medida capaz de melhorar as condições sociais dos trabalhadores.⁵⁰ Os dispositivos constitucionais sobre o trabalho (CF/1988, arts. 7º a 11), portanto, caracterizam-se como direitos fundamentais formalmente autônomos, contudo, giram em torno do direito humano e fundamental ao trabalho,⁵¹ como uma espécie de fonte geradora.

Parece indubitosa a articulação do direito ao trabalho com outras previsões constitucionais sobre o tema *trabalho*. Esse direito, como, aliás, todos os demais, está sujeito a uma

MAIOR, Jorge Luiz Souto. *O direito do trabalho como instrumento de justiça social*. *Op. cit.*, p. 102. Com negativa a existência de um dever de trabalhar: CARACUEL, Manuel-Ramón Alarcón. *Op. cit.*, p. 38.

⁵⁰ SILVA, José Afonso da. *Op. cit.*, p. 292-295.

⁵¹ WANDELLI, Leonardo Vieira. Dignidade e valor social do trabalho na Constituição de 1988. In: VIANA, Márcio Túlio; ROCHA, Cláudio Jannotti (coord.). *Como aplicar a CLT à luz da constituição: alternativas para os que militam no foro trabalhista*. Obra em homenagem à profa. Gabriela Neves Delgado. p. 101.



interpretação sistemática da ordem jurídica. Por efeito, é possível extrair outros sentidos do direito humano e fundamental ao trabalho.

O primeiro deles é a garantia de exercício de trabalho compatibilizado com a dignidade humana. A Constituição nacional de 1946 era expressa a respeito ao garantir a todos trabalho capaz de assegurar a existência digna (art. 145, parágrafo único). A CF/1988, em razão de sua interpretação sistemática, admite conclusão similar, embora não tenha contemplado a elocução *direito ao trabalho digno*.

A ausência do adjetivo *digno*, depois da elocução *direito ao trabalho*, aliás, talvez, implique modificação de sentido. Se a CF/1988 assegurasse o direito ao trabalho digno (*apenas*), poder-se-ia concluir que houve *apenas* garantia do trabalho digno, mas não do trabalho em si, o que poderia excluir sentidos e fulminar com qualquer discussão acerca da existência de um direito subjetivo ao trabalho, ao produto do trabalho, à assistência material diante da falta de trabalho, entre outros. A ausência da palavra *digno*, por outro lado, não impede que um dos sentidos do texto normativo previsto no art. 6º da CF/1988 seja a garantia de um trabalho digno. O direito ao trabalho, portanto, parece permitir maior amplitude interpretativa.

A dignidade humana é um dos fundamentos da República brasileira (art. 1º, III). Deveria ser a única razão do direito (no plano jurídico, assim é reconhecida, mas, como visto, o direito, na condição de forma jurídica, encontra sua história atrelada ao desenvolvimento do capitalismo). Logo, haveria possibilidade de proibir ou, ao menos, impor restrições a certas atividades, embora produtivas, sob a perspectiva do capitalismo, e ainda que contasse com a concordância do trabalhador, em razão de serem contrárias à dignidade humana. Aqui estaria uma das razões da aproximação do direito ao trabalho e a dignidade humana.

Há inúmeras medidas restritivas ao direito de trabalhar



impostas pela CF/1988, como o limite à liberdade de trabalho pela observância das qualificações estabelecidas legalmente para exercício de certas atividades (art. 5º, XIII), a proibição de distinção entre trabalho manual, técnico e intelectual e entre seus profissionais respectivos (art. 7º, XXXII), a vedação do trabalho infantil (art. 7º, XXXIII) e do trabalho com objeto ilícito (art. 5º, XVII). O meio ambiente laboral degradante também é fator impeditivo da atividade laborativa (arts. 5º, III, 7º, XXII, e 200, VIII). Proíbe-se o exercício do trabalho em condições análogas à de escravo e nem mesmo o condenado criminalmente estará sujeito a penas de trabalhos forçados (art. 5º, XLVII, c).

Os direitos trabalhistas, previstos nos incisos do art. 7º da CF/1988, também circundam o exercício do direito humano e fundamental ao trabalho de ressalvas, diante da obrigatoriedade de observar, ao menos nas relações empregatícias.

Nesse âmbito restritivo, teoricamente, põe-se em xeque o direito ao trabalho como faculdade de trabalhar (exercício de um direito subjetivo), pois a vontade do trabalhador, a princípio, é insuficiente para permitir o exercício de qualquer atividade. Por outro lado, esse contexto, ao menos no plano abstrato, parece conspirar em favor de um trabalho com sentido, compatível com a dignidade e a autonomia humanas e, concomitantemente, um *direito* de não trabalhar em condições contrárias ao direito.

Outros direitos parecem limitar ou até impedir o exercício do direito ao trabalho. O trabalho passa a dividir sua centralidade com outras prescrições jurídicas em concorrência de espaços e sua pretensão totalizante sobre a vida do ser humano passa a ser cingida pelo direito de não trabalhar ou, pelo menos, desconectar-se da atividade laborativa, como alertado. O direito de não trabalhar ou, minimamente, de desconectar-se do trabalho⁵² parece encontrar amparo em outras categorias jurídicas. A

⁵² MAIOR, Jorge Luiz Souto. *O direito à desconexão ao trabalho*. Disponível em: <<http://www.nucleotrabalhistacalvet.com.br/artigos/Do%20Direito%20%C3%A0%20Desconex%C3%A3o%20do%20Trabalho%20-%20Jorge%20Luiz%20Souto%20Maior.pdf>>. Acesso em: 23 nov. 2013.



CF/1988 (arts. 6º, 7º, XIII, XIV, XV e XVII, 205 e 215), ilustrativamente, assegura direito ao lazer, restringe o excesso de jornada laboral, concede repouso semanal remunerado e férias anuais e prescreve sobre direitos à educação e à cultura.

A observação Geral n. 18, nessa linha, vincula o direito ao trabalho a medidas restritivas ao seu exercício, como a proibição de discriminação e de trabalhos forçados e infantil. Aliás, aqui, abre-se um parêntese: a aludida Observação considera, como visto, como elemento constitutivo do direito ao trabalho a proibição de trabalhos forçados ou obrigatórios e o princípio de não discriminação no trabalho. Quanto ao primeiro, invoca as Convenções n. 29 e n. 105 da OIT,⁵³ cujos textos proíbem trabalhos forçados, como o em condição análoga à de escravo. Quanto à segunda menção, reconhece que a eliminação da discriminação racial, em todas as suas formas, inclusive, no exercício de direitos econômicos, sociais e culturais (art. 5º, e, da Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial, promulgada pelo Decreto n. 65.810/1969⁵⁴), estaria englobada no sentido do direito ao trabalho, o que também carregaria para esse contorno a proibição de qualquer tipo de discriminação no trabalho (não apenas racial), com aplicação, por exemplo, das disposições constitucionais a respeito (arts. 3º, IV, 5º, XLI, e 6º, XXXI), da Convenção n. 111 da OIT,⁵⁵ sobre discriminação em matéria de emprego e profissão, e da Lei n. 9.029/1995,⁵⁶ cujo texto proíbe a exigência de

⁵³ BRASIL. *Planalto*. Decreto n. 10.088, de 5 de novembro de 2019. *Op. cit.*

⁵⁴ BRASIL. *Senado*. Decreto n. 65.810, de 8 de dezembro de 1969. Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial. Disponível em: <<http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaTextoIntegral.action?id=94836>>. Acesso em: 1º jun. 2017.

⁵⁵ BRASIL. *Planalto*. Decreto n. 10.088, de 5 de novembro de 2019. *Op. cit.*

⁵⁶ BRASIL. *Planalto*. Lei n. 9.029, de 13 de abril de 1995. Proíbe a exigência de atestados de gravidez e esterilização, e outras práticas discriminatórias, para efeitos admissionais ou de permanência da relação jurídica de trabalho, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9029.HTM>. Acesso em: 1º jun. 2017.



atestados de gravidez e esterilização, e outras práticas discriminatórias, para efeitos admissionais ou de permanência da relação jurídica de trabalho. Esse princípio da não discriminação articulado ao direito ao trabalho, por fim, coloca limitações à prioridade de trabalho de nacionais em detrimento do estrangeiro. A princípio, salvo raras exceções previstas expressamente, o direito humano e fundamental ao trabalho também possui como destinatário o estrangeiro.

Essa articulação entre o direito humano e fundamental ao trabalho e o princípio da vedação à discriminação sinaliza que, entre os seus sentidos, aquele direito deve, sempre que possível, priorizar os grupos mais vulneráveis, como crianças, jovens, mulheres, negros, idosos, pessoas com deficiência e com baixa escolaridade etc. O mercado de trabalho, no Brasil, emite sinais de que há uma escala de precarização. Há, de maneira simplista de dizer, trabalhadores que sofrem mais do que outros, e o direito ao trabalho pode contribuir para amenizar essa situação.

No direito humano e fundamental ao trabalho, por mais paradoxal que, aparentemente, por ser, há uma dimensão do direito ao não trabalho. A criança, por exemplo, possui esse direito. No lugar de trabalho, há outra categoria central: a educação. Logo, é um direito que ocupa espaços e abre frestas para assentamento de outros direitos.

O direito ao trabalho, sob o ponto de vista da dogmática jurídica, por efeito, parece inadmitir qualquer espécie e forma de trabalho. Ao reconhecer o trabalho como um direito humano e fundamental caberá extrair consequências ajustadoras entre liberdade (*ao trabalho*), dignidade (*no trabalho* e na vida, inclusive com *tempo livre*) e dever de laborar e não trabalhar (e de desconectar), tudo em prol de atividade com sentido à luz da sua fundamentalidade reconhecida pelo direito. Porém esse caminho encontra obstáculos em se realizar no modo de produção capitalista.

O trabalho, nessa leitura, obrigatoriamente, deverá



contribuir e estar ajustado com a dignidade da pessoa humana (do trabalhador),⁵⁷ ter sentido, ao permitir uma vida dotada de razão também fora do seu exercício,⁵⁸ e ser compatível com o direito. Do contrário, poderá ser rotulado de indigno, inconstitucional, ilegal e, em última análise, nessa perspectiva, prestará um desserviço ao processo emancipatório das pessoas. Mas essa alusão sempre esbarrará em uma forma de produzir condicionante do trabalho e da consciência do ser social.

Dois casos são emblemáticos e servem para ilustrar esse ponto, isto é, a limitação ao exercício do direito humano e fundamental ao trabalho.

O primeiro ocorreu na França em 1992. No caso, houve proibição administrativa da atividade de arremesso de anões. Um dos dublês, que ganhava a vida como *arremessado*, insurgiu-se contra a decisão, e o caso foi apreciado pelo Conselho de Estado, cuja decisão, em 1995, considerou legal o ato da autoridade municipal de proibir a prática sob a justificativa que ela afrontava a dignidade humana.

O segundo alude à prática do trabalho em condições análogas à de escravo no Brasil. Caracterizada tal situação, promove-se o regaste do trabalhador, com encerramento do vínculo empregatício, e punição do respectivo empregador. Algumas vezes, em razão da subordinação do trabalhador (seja no plano da moral, quer por medo) ao empregador ou da necessidade de continuar trabalhando, os pretensos resgatados recusam-se, em um primeiro momento, a deixarem essa situação.

Nessas duas hipóteses, em razão da alegação de afronta à dignidade humana, há proibição do exercício do direito humano e fundamental ao trabalho, ainda que os trabalhadores sinalizem o contrário. Esses exemplos evidenciam que o direito humano e fundamental ao trabalho também deve ser

⁵⁷ DELGADO, Gabriela Neves. *Direito fundamental ao trabalho digno*. São Paulo: LTr, 2006. p. 203 e 208-209.

⁵⁸ ANTUNES, Ricardo. *Os sentidos do trabalho*. Op. cit., p. 172.



compreendido com o adjetivo *digno*, como, acertadamente, defende Gabriela Delgado.

Contudo, sem prejuízo dessa inafastável aproximação entre direito ao trabalho e trabalho digno, à falta de densidade normativa do princípio da dignidade humana, poderá implicar dificuldades em definir, em alguns casos, o que se compreende por trabalho digno, embora, por outro, conceda flexibilidade para sua adequação à singularidades dos casos concretos. Uma das alternativas é sua vinculação ao plano da juridicidade. A partir do instante no qual o trabalho é capturado pelo direito, para seu exercício, cabe obediência ao plano da normatividade. Haveria, assim, como alertado anteriormente, proibição aos trabalhos inconstitucionais e/ou ilegais. Essa nova categoria, apesar dos limites e riscos impostos pela ordem capitalista, traria a vantagem de sinalizar com mais precisão um dos possíveis contornos do direito ao trabalho. Consequentemente, a título de exemplo, afrontaria o direito ao trabalho, a prática laborativa sem observância dos direitos previstos no art. 7º da CF/1988 ou da CLT. O art. 7º do “Protocolo de San Salvador” relaciona o direito ao trabalho ao cumprimento dos direitos trabalhistas e parece seguir essa linha.

Outra possibilidade, sem prejuízo das anteriores (trabalho digno e trabalhos inconstitucional e/ou ilegal), é a condição degradante. O exercício adequado do direito ao trabalho seria violado ao ser realizado em condições degradantes. A sua densidade normativa é menor do que uma análise dos planos da constitucionalidade e da legalidade, mas, talvez, mais concreta do que o trabalho digno. O trabalho em condições degradantes estaria mais aproximado (não necessariamente somente nessa concepção) da inadequação das condições ambientais nas quais é realizado e aqui haveria uma limitação do seu manejo. Ainda assim, parece uma perspectiva capaz de agregar às duas acepções anteriores, com formação de uma tríplice concepção: trabalho digno, trabalhos constitucional e legal e trabalho em



condições degradantes.

A interpretação da citada Observação Geral n. 18, sob o prisma individual, vincula-se à existência de condições adequadas de trabalho (sobretudo, o patamar salarial e a garantias de integridade física e mental), a um trabalho digno (isto é, que respeite os direitos fundamentais dos trabalhadores) e à liberdade de trabalho e vedação de ser privado injustamente do emprego. Parece, portanto, referendar essas aproximações.

Outra vertente, novamente sem prejuízo das anteriores (trabalhos digno, inconstitucional e/ou ilegal e em condição degradante), é a ideia de trabalho decente. Este é o ponto de convergência dos quatro objetivos estratégicos da OIT, formulado em 1999, diante da globalização econômica: a) respeito aos direitos no trabalho, sobretudo aqueles definidos pela declaração acerca dos direitos e princípios fundamentais no trabalho, adotada em 1998 (liberdade sindical e direito à negociação coletiva; eliminação do trabalho forçado; abolição do trabalho infantil; eliminação de todas as formas de discriminação em matéria de emprego e ocupação); b) promoção do emprego produtivo e de qualidade; c) extensão da proteção social; d) fortalecimento do diálogo social.⁵⁹

O direito ao trabalho também engloba a noção, divulgada pela OIT, de trabalho decente, porquanto aquele pressupõe a observância dos direitos trabalhistas, a promoção do emprego, a extensão da proteção social, tanto aos desempregos e sem trabalho quanto aqueles empregados e que trabalhem. Outra vantagem da utilização dessa categoria (trabalho decente) é sua densidade normativa (na perspectiva principiológica da OIT), porém, seu manejo, como alertado, abstém-se de inibir a utilização do princípio da dignidade humana e das categorias constitucional e/ou legal e condição degradante. É apenas mais uma

⁵⁹ BRASIL. *Organização Internacional do Trabalho - Brasil*. O que é trabalho decente. Disponível em: <<http://www.oitbrasil.org.br/content/o-que-e-trabalho-decente>>. Acesso em: 5 jul. 2017.



maneira estratégica de tentar concretizar sentidos ao direito humano e fundamental ao trabalho.

No plano teórico, José Claudio Monteiro de Brito Filho, ao analisar a amplitude da noção de trabalho decente, reparte-o em três dimensões: planos individual, coletivo e da seguridade social. Na primeira perspectiva, expressamente, considera que o direito ao trabalho está contemplado na abrangência de trabalho decente. Indica ainda que, no plano da seguridade social, o trabalho decente conspira contra o desemprego e outros riscos sociais.⁶⁰

Outra aproximação do direito humano e fundamental ao trabalho com a dignidade humana, refere-se à sua imbricação inafastável, com uma espécie de pressuposto ontológico um do outro e vice-versa. Esse, talvez, seja o ponto mais relevante. Se a dignidade humana é colocada como o núcleo central do direito e justifica, em tese, a ordem jurídica, o direito ao trabalho também parece possuir posição similar, em uma articulação recíproca e dialética. O trabalho, na condição de dado central à constituição do ser social, posta-se como primeiro ato histórico. Sem ele, inexistiria condição de sobrevivência. Inexistiria também a própria condição de ser social e seria uma impropriedade cogitar-se em dignidade humana.

Rafael Ibarreche, com uma amplitude menor do que a ora defendida, mas bastante avançada, ao analisar a ordem jurídica espanhola, cuja Constituição de 1978 reconheceu o direito ao trabalho, considera-o como o arquétipo de todos os direitos sociais.⁶¹ Em nosso juízo, como expedido anteriormente, não apenas dos direitos sociais, mas de toda a ordem jurídica, como premissa e em interação dialética com a dignidade humana.

A aludida Observação Geral n. 18, com essa perspectiva, considerou o direito ao trabalho essencial para a concretização

⁶⁰ BRITO FILHO, José Claudio Monteiro. *Trabalho decente*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2013. p. 55.

⁶¹ IBARRECHE, Rafael Sastre. *Op. cit.*, p. 19.



de outros direitos humanos e fundamentais e constitui uma parte inseparável e inerente à dignidade humana. Apesar das ressalvas da interpretação, nesse particular, parece confirmar o sustentado nesta pesquisa de que o direito ao trabalho, ao lado da dignidade da pessoa humana, caracteriza-se como vetor axiológico e interpretativo da ordem jurídica nacional.

Leonardo Wandelli, com acerto, constata que, no discurso constitucional, o trabalho é uma mediação necessária da dignidade humana. Ela é inconcebível, na condição de fundamento nuclear de todo o ordenamento jurídico, sem uma intensa vinculação com o trabalho, sob a forma de uma de suas dimensões essenciais. Há, portanto, centralidade normativa do direito humano e fundamental ao trabalho,⁶² como se verifica com a dignidade humana. Essa linha também é defendida por José Afonso da Silva,⁶³ ao reconhecer o direito ao trabalho como condição de efetividade da existência digna, e Fábio Gomes⁶⁴ cuja opinião é no sentido de que o trabalho se apresenta como valor-síntese da dignidade da pessoa humana.

Esse reconhecimento do direito ao trabalho, em posição similar à dignidade humana, coloca-o como princípio interpretativo de toda a ordem jurídica e não apenas das disposições atinentes ao trabalho e/ou aos direitos sociais. Nessa posição de princípio, nos dizeres de Paulo Bonavides, é *norma-chave* de todo o sistema jurídico.⁶⁵

A dignidade humana, por outro lado, também vem funcionando como uma maneira de encurtar a amplitude de direitos sociais, com a noção de mínimo existencial, que seria o núcleo essencial e intransponível da norma. Canotilho faz esse alerta e

⁶² WANDELLI, Leonardo Vieira. *O direito humano e fundamental ao trabalho*. Op. cit., p. 36; WANDELLI, Leonardo Vieira. Dignidade e valor social do trabalho na Constituição de 1988. Op. cit., p. 96 e 101.

⁶³ SILVA, José Afonso da. Op. cit., p. 292-293.

⁶⁴ GOMES, Fábio Rodrigues. *O direito fundamental ao trabalho: perspectivas históricas, filosófica e dogmática-analítica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 60-67.

⁶⁵ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 16. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 286.



cita o caso líder no Tribunal Português (Acórdão n. 509/2002). Nessa decisão, a Corte Portuguesa considerou que o rendimento mínimo de inserção social deveria ser capaz de manter o *mínimo* de dignidade. Ao atender esse padrão, a proposta seria constitucional.⁶⁶ Consequentemente, a articulação da dignidade humana com o direito humano e fundamental ao trabalho também poderá ser um elemento reducionista de sua amplitude, porquanto a esse direito caberia atender ao mínimo estritamente necessária para manter o *mínimo de dignidade*. Por outro lado, poderia carrear uma articulação positiva ao ser humano, com a garantia de que todos teriam direito à sobrevivência material.

O direito ao trabalho, mesmo com seu reconhecimento de direito humano e fundamental, carrega consigo também um *deficit*. A sua existência, na democracia brasileira, é insuficiente para assegurar dignidade às pessoas. O seu exercício mata trabalhadores e os lesa física e psicologicamente, além de institucionalizar, pelo direito, o saque do mais-valor. Os sobreviventes do trabalho não se equivalem no plano da realidade social, porquanto a renda proveniente dele, muitas vezes, é insuficiente para sua manutenção adequada e de sua família. Fora isso, esse direito humano e fundamental abstém-se da universalidade e, no Brasil (como, aliás, em todo o mundo), excluiu milhões de trabalhadores de seu exercício.

No plano da juridicidade, o direito ao trabalho, como alertado, atua como regra e princípio. Aliado à dignidade humana, atuaria como vetor principiológico de toda a ordem jurídica. Aposta-se, pelas razões anteriormente expendidas, nessa hipótese. Caso *afastado* da dignidade humana, atuaria como princípio norteador dos direitos sociais e do direito do trabalho. O direito ao trabalho, na condição de princípio, age

⁶⁶ CANOTILHO, J. J. Gomes. O direito constitucional como ciência de direção. O núcleo essencial de prestações sociais ou a localização incerta da socialidade (contributo para a reabilitação da força normativa da “constituição social”). In: CANOTILHO, J. J. Gomes; CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; CORREIA, Érica Paula Barcha (coord.). *Direitos fundamentais sociais*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 14-15.



normativamente, como guia de interpretação para compreensão dos direitos sociais (inclusive dos trabalhadores), tomada de decisões judiciais e norte para a produção legislativa.

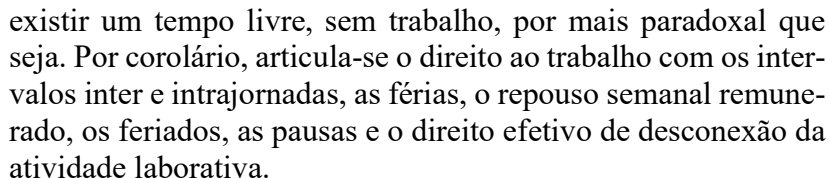
Além da centralidade normativa do direito humano e fundamental ao trabalho, juntamente com a dignidade humana, Fábio Konder Comparato considera-o o ponto precípua para a construção de uma sociedade democrática.⁶⁷ Volvemos a asseverar: no modo de produção capitalista, a negativa do trabalho como direito inviabiliza a vida das pessoas. Inexistirá, por efeito, possibilidade de sobrevivência e condições adequadas para participação política.

Por mais paradoxal que seja, o trabalho que mata o trabalhador é o mesmo que o permite sobreviver. O trabalho, o direito ao trabalho e o direito do trabalho, no modo de produção capitalista, carregam essas ambiguidades. O trabalho, como dado ontológico do ser humano e o primeiro ato histórico, em todas as suas formas, é necessário para a sobrevivência humana. O direito à vida, sobretudo no modo de produção capitalista, sem o direito ao trabalho, perde sentido e torna-se previsão inefetiva. Há, portanto, evidente articulação do direito ao trabalho com a vida.

Outro sentido, também paradoxal, é a aproximação do direito ao trabalho com a proposta do direito à preguiça de La-fargue. Sob esse ponto de vista, o direito ao trabalho engloba o direito de possuir tempo livre. Este é um espaço de desenvolvimento humano necessário. O homem que não disponha de tempo livre, cuja vida – tirante as interrupções puramente físicas (sono, refeições etc.) – esteja absorvida pelo seu trabalho para o capitalista, torna-se uma simples máquina.⁶⁸ O direito humano e fundamental ao trabalho também deve englobar o direito de o ser humano possuir tempo livre. Nesse sentido, ao exercê-lo deve

⁶⁷ COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 6. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 347.

⁶⁸ MARX, Karl. *Salário, preço e lucro*. 2. ed. Tradução Sueli Tomazini Barros Cassal. São Paulo: Expressão Popular, 2010. p. 130.



O direito humano e fundamental ao trabalho também se articula com a função social da propriedade. A CF/1988 assegurou a propriedade (art. 5º, *caput*, e XXII; art. 170, II), no entanto, impôs atendimento à sua função social (art. 5º, XXIII; art. 170, III). A CF/1988, decerto, garante o direito de propriedade, mas apenas o assegura se a propriedade cumprir sua função social.⁶⁹ É, portanto, um direito condicionado. Uma das formas de a propriedade atender à função social é cumprir o programa normativo do art. 3º e o disposto no art. 170, *caput*, ambos da CF/1988. O primeiro dispositivo constitucional impõe ao país e também aos proprietários, inclusive empregadores, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, o desenvolvimento nacional, a erradicação da pobreza e da marginalização, a redução das desigualdades sociais e regionais e a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. O segundo preceptivo constitucional, prescreve que a ordem econômica deve ser fundada na valorização do trabalho e na livre iniciativa e ter por fim assegurar existência digna a todos, conforme os ditames da justiça social.

A função social da propriedade está intimamente ligada a um dos aspectos do direito ao trabalho. Os valores sociais do trabalho são um dos fundamentos do país (art. 1º, III). *Empresas mortas* (sem empregados), com quadros deficitários ou que oferecem empregos em condições precárias ou sem observância dos direitos trabalhistas, por exemplo, abstêm-se de cumprir com sua função social. Além disso, a negação ao regime de emprego, preferencialmente escolhido pelo legislador constitucional, com

⁶⁹ BERCOVICI, Gilberto. *Constituição econômica e desenvolvimento*. Uma leitura a partir da Constituição de 1988. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 161.



adoção de práticas como intermediação de mão de obra e falsos cooperados, estagiários, autônomos e sócios, entre outros tipos fraudulentos, implicam também inobservância. Em um dizer mais direto: a função social da propriedade, para ser cumprida, necessariamente deverá observar os sentidos do direito humano e fundamental ao trabalho.

O direito ao trabalho, segundo a CF/1988 (arts. 5º, XXII, e 170), coexistirá com o direito fundamental à propriedade privada e a garantia da livre iniciativa na condição de princípio geral da atividade econômica. Em busca de conjugação equilibrada, a Constituição impôs função social à propriedade e prescreveu a necessidade de uma política de pleno emprego (arts. 5º, XXIII, 170, III e VIII).

A livre iniciativa encontra limites. Um deles é o direito ao trabalho. O modelo produtivo, embora de livre escolha, deve-lhe obediência. Logo, são constitucionais intervenções no modo de produzir sempre que, de algum modo, ele arranhar o direito humano e fundamental ao trabalho, entre outros preceitos jurídicos.

O direito humano e fundamental ao trabalho, em outro sentido, impõe ao Estado e ao particular a adoção de políticas públicas volvidas para os trabalhadores, entre elas, a oferta de formações teórica e profissional, a criação de postos de trabalho, de políticas assistencialistas aos desempregados e sem ocupação, cotas de trabalho (pessoas com deficiência e aprendizes, por exemplo), serviços gratuitos de recolocação no mercado de trabalho, serviços de reabilitação profissional, entre outras medidas.

Aliás, a previsão de cotas nas relações de trabalho evidencia que o direito ao trabalho possui uma dimensão e articula-se com o princípio da igualdade. É a forma dele amenizar a crueldade do mercado e inserir trabalhadores, muitas vezes, em um grau de hipossuficiência superior à média, como os jovens, as pessoas com deficiência e os idosos.



A busca pelo pleno emprego é uma das principais políticas públicas a serem adotadas para cumprimento de um dos sentidos do direito ao trabalho no plano metaindividual. Além dessa interpretação encontrar amparo na CF/1988 (art. 170, VIII), é reforçada, por exemplo, pelo “Protocolo de San Salvador” (art. 6º, 2), pela Carta Social Europeia (art. 1º, *b, c e d*), pelo Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (art. 6º, 1º e 2º) e pela Convenção n. 122 da OIT, cujos textos aludem à necessidade de políticas públicas, como a do pleno emprego, a formação e a reabilitação profissionais e os serviços gratuitos de recolocação no mercado de trabalho. Rafael Sastre, no plano teórico e na perspectiva metaindividual, identifica o direito ao trabalho como uma política de implementação de pleno emprego,⁷⁰ sentido que também é extraído de várias outras Constituições do mundo.

Relativamente à necessidade de o Estado efetivar políticas de pleno emprego, a mencionada Observação Geral n. 18 indica algumas medidas a serem observadas: a) os Estados deverão disponibilizar serviços especializados cujas funções sejam a de ajudar e apoiar as pessoas na busca do emprego; b) os Estados deverão assegurar acessibilidade às pessoas ao mercado de trabalho, sem qualquer tipo de discriminação, e inclusive ao primeiro emprego; c) proibição de medidas repressivas ao exercício do direito ao trabalho, com a obrigação de o Estado adotar medidas (legislativas, administrativas e judiciais) contra terceiros que pretendam atingi-lo; d) participação dos grupos interessados (leia-se a classe trabalhadora) na adoção de políticas públicas; e) imposição de responsabilidade da sociedade civil (leia-se: mercado) na concretização dessas políticas públicas.

A formação teórica e técnico-profissional, na linha da Constituição Portuguesa de 1976 e do art. 6, 2, do “Protocolo de San Salvador”, também está abrangida pela dimensão coletiva do direito ao trabalho. Consequentemente, a educação pública e

⁷⁰ IBARRECHE, Rafael Sastre. *Op. cit.*, p. 133-144.



gratuita aparece como uma das dimensões metaindividuais do direito humano e fundamental ao trabalho, porque a ausência dessa formação, a rigor, impedirá o pleno emprego e o exercício do trabalho.

O direito ao trabalho ao ligar-se à dignidade humana, ainda que no plano do prescrito, apropria-se dessa vedação e almeja extirpar da força de trabalho o seu caráter de mercadoria, ou, dentro dos limites da ordem, aliviá-la o máximo possível desse pesado fardo, com a imposição de uma série de restrições. Uma das principais características da mercadoria é a circularidade. Os regimes de estabilidade, garantias de emprego (por exemplo: art. 8º, VIII, da CF/1988, art. 10, II, *a* e *b* do Atos das Disposições Constitucionais Transitórias - ADCT) e vedações a rescisões contratuais (individuais e coletivas) são mecanismos insuficientes para extirpar da força de trabalho a sua faceta mercadológica, porém, amenizam a sua circulação e diminuem sua carga de mercadoria. Portanto, um dos sentidos do direito ao trabalho é a imposição de restrições jurídicas a rescisões contratuais. Do seu conteúdo é possível extrair uma tendência à estabilização do trabalhador nos postos empregatícios.

O art. 7º, I, da CF/1988 assegura direito dos trabalhadores urbano e rural à relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa. Esse dispositivo está totalmente afinado com a proteção social decorrente do direito humano e fundamental ao trabalho. No mesmo sentido, a Convenção n. 158 da OIT⁷¹ adequa-se a essa abrangência do direito humano e fundamental ao trabalho.

A proteção do trabalhador contra a rescisão do contrato de trabalho (o desemprego) evidencia uma articulação entre o direito humano e fundamental ao trabalho e a segurança. Esse ponto é abordado por Eduardo Rojo Torrecilla ao narrar que, na

⁷¹ BRASIL. *Organização Internacional do Trabalho - Brasil*. Convenção n. 158 da Organização Internacional do Trabalho. Disponível em: <<http://www.oitbrasil.org.br/content/t%C3%A9mimo-da-rela%C3%A7%C3%A3o-de-trabalho-por-iniciativa-do-empregador>>. Acesso em: 6 jul. 2017.



Espanha, no mercado de trabalho, há dualidade entre quem está empregado e quem carece do emprego. Há também aqueles possuidores de estabilidade no trabalho, enquanto outros, embora empregados, estão inseguros e desprotegidos.⁷² O direito humano e fundamental ao trabalho, portanto, deverá outrossim funcionar como uma proteção contra o desemprego e a insegurança nas relações de trabalho.

A supracitada Observação Geral n. 18, apesar de, por um lado, restringir a concepção de direito ao trabalho e reafirmar alguns sentidos do trabalho, por outro, agrega um novo sentido, ao considerá-lo, em sua versão coletiva, vinculado ao direito sindical. Essa proposta é uma visão típica dos países anglo-saxões, que ligam o direito ao trabalho à proibição de certas cláusulas em negociações coletivas. A atividade dos sindicatos representa o ideal de solidariedade da classe trabalhadora e sua existência, por isso, é vital. De fato, o exercício do direito humano e fundamental ao trabalho ganha relevo quando dimensionado com a noção de classe social, pois a constituição de agremiações sindicais é uma das principais maneiras de a classe trabalhadora se explicitar. O direito humano e fundamental ao trabalho teria, assim, um sentido de auto-organização dos trabalhadores e de liberdade sindical.

A assistência também consubstancia um dos sentidos do direito humano e fundamental ao trabalho. Junto à ideia de direito subjetivo, é um dos pontos mais delicados. Rafael Sastre Ibarreche nega a possibilidade de substituir o direito ao trabalho por uma política de proteção ao desemprego, como o pagamento de seguro-desemprego ou renda permanente.⁷³ Essa suposta impossibilidade, entretanto, deve ser crivada com muita cautela. O capitalismo, a rigor, depende da exploração da força de trabalho para extração do mais-valor e reproduzir-se. Sua perspectiva,

⁷² TORRECILLA, Eduardo Rojo. Derecho al trabajo, precariedad laboral y exclusión social. *Documentación Social*, Madrid, n. 114, enero-marzo, 1999. p. 176-181.

⁷³ IBARRECHE, Rafael Sastre. *Op. cit.*, p. 144.



contudo, é descompromissada com a emancipação humana. Sua vocação é excludente. Inclusive, até sobre a reprodução da classe trabalhadora, hodiernamente, possui reservas: o número de empregos diminuiu por uma série de fatores e o exército de reserva cresceu. Em outro dizer, inexistem trabalho e emprego para todas as pessoas. O modo capitalista de produção evidencia a naturalização da miséria e a reprodução da classe trabalhadora, atualmente, encontra limites.

O direito ao trabalho, nesse cenário trágico, pode se portar como uma alternativa. Incapaz, como dito, de extinguir ou equacionar todas as contradições desse modo produtivo, todavia, potencialmente, apto para amenizar essa situação e garantir, ao menos, a sobrevivência material das pessoas excluídas do mercado.

Parece indubitoso que o objeto do direito humano e fundamental ao trabalho, a princípio, é o fornecimento do trabalho (trabalho como gênero). A substituição do trabalho por uma política meramente assistencialista foi reprimida por Marx quando da discussão da Constituição francesa de 1848. Porém, diante de um modo produtivo eminentemente excludente, como o capitalismo, cujo, um dos motes, é a formação de um exército de força de trabalho de reserva (desempregada e desocupada), urge a intervenção do Estado para amenizar essa situação e garantir a sobrevivência material daqueles, cujo mercado, os impossibilita de exercer seu direito. Consequentemente, políticas públicas de criação de empregos, uma amplitude maior do seguro-desemprego e do aviso-prévio e políticas públicas de fornecimento de renda com requisitos mais flexíveis (se comparados aos do seguro-desemprego) integram um dos sentidos do direito ao trabalho. Maria Hemília Fonseca⁷⁴ acerta ao defender que o programa do seguro-desemprego ou o pagamento de rendas mínimas aos desempregados inserem-se nos quadros de políticas passivas de

⁷⁴ FONSECA, Maria Hemília. *Direito ao trabalho: um direito fundamental no ordenamento jurídico brasileiro*. São Paulo: LTr, 2009. p. 205.



empregos adotadas pelo Estado e, nessa medida, estão abrangidos pela dimensão coletiva do direito ao trabalho.

O direito ao trabalho, malgrado sua imediatividade com o trabalho, à falta deste, está ligado à ideia de proteção social. O art. 10 da Carta Comunitária dos Direitos Sociais Fundamentais dos Trabalhadores das Comunidades Europeias, de 1989,⁷⁵ por exemplo, apesar de se omitir quanto à elocução direito ao trabalho, assegura às pessoas excluídas do mercado de trabalho e sem meios de subsistência recursos suficientes para sua sobrevivência.

A observação de Rafael Ibarreche, entretanto, é oportuna: essa proteção não pode ser um substituto do direito ao trabalho, como uma espécie de compensação por parte do Estado em virtude do descumprimento de sua obrigação em proporcionar trabalho.⁷⁶ Essa alternativa (fornecimento de renda, à falta de trabalho, como um dos efeitos do direito humano e fundamental ao trabalho) não é indene riscos. Vale considerar o alerta de Gorz: o direito ao rendimento somente abole o trabalho forçado assalariado em favor de um assalariamento sem trabalho. Substitui a exploração pela assistência e perpetua a dependência, a impotência e a subordinação dos indivíduos ao poder central. O ideal seria o direito à autoprodução, isto é, o direito conferido a cada comunidade de produzir ela mesma, pelo menos, uma parte dos bens e serviços que consome, sem que para isso tenha que vender seu trabalho aos detentores dos meios de produção ou serviços de terceiros.⁷⁷

Mais adequado, entretanto, do que o argumento de Gorz é a observação de Wandelli. O direito ao trabalho deve ser

⁷⁵ COMISSÃO DAS COMUNIDADES EUROPEIAS. *Carta comunitária dos direitos sociais fundamentais dos trabalhadores*. Luxemburgo: Serviço das Publicações Oficiais das Comunidades Europeias, 1990. p. 15.

⁷⁶ IBARRECHE, Rafael Sastre. *Op. cit.*, p. 144.

⁷⁷ GORZ, André. *Adeus ao proletariado*. Para além do socialismo. Tradução Angela Ramalho Vianna e Sérgio Góes de Paula. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1982. p. 13.



encarado em uma dimensão positiva, o que afasta sua percepção apenas como meio de subsistência. Por efeito, apesar de todas as suas limitações no modo de produção capitalista, pode, às vezes, ser uma via de realização da pessoa, de seu desenvolvimento criativo, da sua corporalidade, da sua exteriorização humana no mundo, de viver junto e estabelecer vínculos de solidariedade, de construção da sua subjetividade etc. Esse cenário otimista traria para o trabalhador um direito humano e fundamental ao trabalho que consubstanciasse no direito ao conteúdo do próprio trabalho, não no sentido da produção material, mas em uma espécie de valor de uso do trabalho para o trabalhador.⁷⁸

Apesar da relevância dos argumentos, enquanto a emancipação humana afasta-se da realidade social, urge, à falta de trabalho, assegurar, como afirmado, a sobrevivência material das pessoas. A assistência, ainda que possa gerar dependência, é melhor do que a morte.

Uma alternativa, certamente, mais complexa é a compreensão do direito humano e fundamental do trabalho como direito subjetivo. Apesar de o trabalho ser dado central na constituição do ser social, há evidente menosprezo ao seu papel e relevância no plano da juridicidade. Outros direitos sociais previstos no art. 6º da CF/1988, como o direito à saúde e à moradia, vêm conseguindo se estabelecer como direitos subjetivos, sem prejuízo de suas aplicações em outras dimensões. O direito ao trabalho, contudo, encontra forte resistência e sua concepção como direito subjetivo é incogitável e até taxada de posição utópica.

O trabalho é reconhecido como direito pelas ordens jurídicas interna e internacional. Possui, portanto, força normativa. Inexiste uma consequência lógica e inevitável entre esse patenteamento e a caracterização como direito subjetivo, embora tendencialmente seja assim. Logo, não se pode partir da presunção de que inexista direito subjetivo ao trabalho.

⁷⁸ WANDELLI, Leonardo Vieira. *O direito humano e fundamental ao trabalho*. Op. cit., p. 290 e 294.



O art. 6º da CF/1988 previu o trabalho como direito. Não contemplou expressamente a elocução *direito subjetivo*; apenas assim procedeu para o ensino obrigatório, ocasião na qual previu seu acesso como direito público subjetivo (CF/1988, art. 208, §1º). Desse modo, todos os outros direitos sociais, considerados como subjetivos pelo processo interpretativo do texto constitucional, mas sem essa previsão expressa, possuem forma de texto similar ao direito ao trabalho.

A Convenção n. 122 da OIT, malgrado não preveja expressamente o direito ao trabalho, exige que o Estado promova uma efetiva política de pleno emprego (art. 1º). Segundo seus termos, essa política pública deverá assegurar trabalho para todas as pessoas disponíveis que o queiram (art. 2º, a). A Convenção n. 122, apesar de sua vinculação à política de pleno emprego (um dos sentidos do direito ao trabalho), evidencia que essa política deve assegurar emprego a quem o deseje, o que permite uma interpretação do direito ao trabalho como direito subjetivo.

A Observação Geral n. 18, contudo, entende diferente, ao deixar de considerar o direito ao trabalho como direito absoluto a um posto de emprego.

No direito comparado, e a título de exemplo, o Tribunal Constitucional Espanhol teve a oportunidade de analisar um caso sobre o sentido do direito ao trabalho. Na decisão, reconheceu duas dimensões desse direito: individual e coletiva. No primeiro aspecto, vinculou-o à liberdade de trabalhar e o direito de manter-se no emprego, salvo justo motivo em contrário. Sob o aspecto coletivo, o direito ao trabalho indica a necessidade de uma política de pleno emprego.⁷⁹ Não o considerou, portanto, como direito subjetivo.

Esta pesquisa, diante da teia normativa apresentada e da historicidade do trabalho recuperada ao longo da história,

⁷⁹ ESPANHA. *Tribunal Constitucional de España*. Sentencia n. 22/1981, de 2 de julho. Disponível em: <<http://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/22>>. Acesso em: 18 maio 2017.



vislumbra a possibilidade de considerar o direito humano e fundamental ao trabalho como direito subjetivo, inclusive para pleitear um posto de trabalho. A CF/1988 aproximou-se, demasiadamente, das ideias anticapitalistas e talhou um Estado social e democrático de direito. Pelos seus termos, parece inadmissível negar emprego e trabalho a alguém que queira trabalhar. O capitalismo, como uma das formas da livre iniciativa, nos termos da Constituição, subordina-se ao direito humano e fundamental ao trabalho.

Esse reconhecimento, em tese, omite-se em resolver todas as dificuldades dessa concepção. Se o direito humano e fundamental ao trabalho também possui o sentido de direito subjetivo a um trabalho ou emprego, inúmeras indagações surgem: em face de quem demandar: Estado ou particular? Quais os critérios maximamente objetivos para impor a admissão de alguém nesse ou naquele empregador? Esse reconhecimento não traria uma forma de estabilidade indireta ao emprego? É possível apenas pleitear trabalho, emprego ou ambos? É possível pedir, alternativamente, renda?

Enfim, há uma série de questões que os limites dessa pesquisa impedem o prosseguimento. O que, por ora, parece factível é a possibilidade de o direito humano e fundamental ao trabalho ser considerado direito subjetivo. Urge, contudo, novas teorizações acerca da sua operabilidade e abrangência.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Esta pesquisa, embasada em uma abordagem dialética e a título exemplificativo, analisou as possibilidades de sentido do direito humano e fundamental ao trabalho.

Concluiu-se que o direito humano e fundamental ao trabalho é plurissignificativo. Entretanto, malgrado seu reconhecimento nas ordens internas e externas, apresenta, sobretudo no Brasil, um *deficit* de materialidade e, com isso, na maioria das



vezes, se comporta como uma previsão sem aplicabilidade, algo contrário a força normativa da Constituição e as ideias advindas do Estado democrático de direito.



REFERÊNCIAS

- ÁFRICA. *African Commission on Human and Peoples' Rights*. Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos. Disponível em: <<http://www.achpr.org/pt/instruments/achpr/>>. Acesso em: 17 maio 2017.
- ANTUNES, Ricardo. *Adeus ao trabalho?* Ensaio sobre as metamorfoses e a centralidade no mundo do trabalho. 15. ed. São Paulo: Cortez, 2011.
- ANTUNES, Ricardo. *Os sentidos do trabalho*. Ensaio sobre a afirmação e a negação do trabalho. 2. ed. rev. ampl. São Paulo: Boitempo, 2009.
- BERCOVICI, Gilberto. *Constituição econômica e desenvolvimento*. Uma leitura a partir da Constituição de 1988. São Paulo: Malheiros, 2005.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 16. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2005.
- BRASIL. *Declaração Sobre Progresso e Desenvolvimento Social*. Proclamada pela Resolução n. 2542 (XXIV) da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 11 de dezembro de 1969. Disponível em: <http://direitoshumanos.gddc.pt/3_16/IIIPAG3_16_1.htm>. Acesso em: 5 jun. 2017.
- BRASIL. *Ministério da Justiça. Pacto de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 16 de dezembro de 1966*. Disponível em:



2011.

BRASIL. *Planalto*. Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 18 de setembro de 1946. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao46.htm>. Acesso em: 4 jun. 2011.

BRASIL. *Planalto*. *Decreto n. 3.321, de 30 de dezembro de 1999*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3321.htm>. Acesso em: 16 maio 2017.

BRASIL. *Planalto*. Decreto n. 10.088, de 5 de novembro de 2019. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Decreto/D10088.htm#art5>. Acesso em: 19 fev. 2021.

BRASIL. *Senado*. Decreto n. 65.810, de 8 de dezembro de 1969. Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial. Disponível em: <<http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaTextoIntegral.action?id=94836>>. Acesso em: 1º jun. 2017.

BRASIL. *Planalto*. Lei n. 9.029, de 13 de abril de 1995. Proíbe a exigência de atestados de gravidez e esterilização, e outras práticas discriminatórias, para efeitos admissionais ou de permanência da relação jurídica de trabalho, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9029.HTM>. Acesso em: 1º jun. 2017.

BRITO FILHO, José Claudio Monteiro. *Trabalho decente*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2013.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 6. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CANOTILHO, J.J. Gomes. O direito constitucional como ciência de direção. O núcleo essencial de prestações sociais ou a localização incerta da socialidade (contributo para a



- reabilitação da força normativa da “constituição social”).
In: CANOTILHO, J. J. Gomes; CORREIA, Marcus Ori-
one Gonçalves; CORREIA, Érica Paula Barcha (coord.).
Direitos fundamentais sociais. São Paulo: Saraiva, 2010.
p. 11-31.
- CARACUEL, Manuel-Ramón Alarcón. Derecho al trabajo, li-
bertad profesional y deber de trabajar. *Revista de Política
Social (RPS)*, Madrid, n. 121, enero-marzo, 1979. p. 5-
39.
- COMISSÃO DAS COMUNIDADES EUROPEIAS. *Carta co-
munitária dos direitos sociais fundamentais dos traba-
lhadores*. Luxemburgo: Serviço das Publicações Oficiais
das Comunidades Europeias, 1990.
- DELGADO, Gabriela Neves. *Direito fundamental ao trabalho
digno*. São Paulo: LTr, 2006.
- ESPAÑA. *Tribunal Constitucional de España*. Sentencia n.
22/1981, de 2 de julio. Disponível em: <[http://hj.tribun-
alconstitucional.es/es/Resolucion/Show/22](http://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/22)>. Acesso
em: 18 maio 2017.
- ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *The International
Network for Economic, Social and Cultural Rights. Ob-
servación general n. 18: el derecho al trabajo*. Aprobada
el 24 de noviembre de 2005. Artículo 6 del Pacto Inter-
nacional de Derechos Económicos, Sociales y Cultura-
les. Disponível em: <[https://www.escr-net.org/es/recur-
sos/observacion-general-no-18-derecho-al-trabajo](https://www.escr-net.org/es/recursos/observacion-general-no-18-derecho-al-trabajo)>.
Acesso em: 30 maio 2017.
- FONSECA, Bruno Gomes Borges da. *Direito humano e funda-
mental ao trabalho*. Curitiba: Editora CRV, 2019.
- FONSECA, Maria Hemília. *Direito ao trabalho: um direito fun-
damental no ordenamento jurídico brasileiro*. São Paulo:
LTr, 2009.
- GOMES, Fábio Rodrigues. *O direito fundamental ao trabalho:
perspectivas históricas, filosófica e dogmática-analítica*.



- Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- GORZ, André. *Adeus ao proletariado*. Para além do socialismo. Tradução Angela Ramalho Vianna e Sérgio Góes de Paula. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1982.
- HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.
- IBARRECHE, Rafael Sastre. *El derecho al trabajo*. Estructuras y procesos. Derecho. Madrid: Trotta, 1996.
- KONDER, Leandro. *O que é dialética*. 28. ed. São Paulo: Editora Brasiliense, 1999.
- LAFARGUE, Paul. *O direito à preguiça*. Tradução Otto Lamy de Correa. São Paulo: Editora Claridade, 2003.
- LASSALE, Ferdinand. *O que é uma constituição?* Tradução Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Editora Líder, 2001.
- MAIOR, Jorge Luiz Souto. A fúria. *Revista LTr*, São Paulo, v. 66, n. 11, 2002, p. 1287-1309.
- MAIOR, Jorge Luiz Souto. *O direito à desconexão ao trabalho*. Disponível em: <<http://www.nucleotrabalhistacalvet.com.br/artigos/Do%20Direito%20%20Desconex%20%20do%20Trabalho%20-%20Jorge%20Luiz%20Souto%20Maior.pdf>>. Acesso em: 23 nov. 2013.
- MAIOR, Jorge Luiz Souto. *O direito do trabalho como instrumento de justiça social*. São Paulo: LTr, 2000.
- MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. *Metodologia científica*. 5. ed. rev. ampl. São Paulo: Atlas, 2007.
- MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. *Técnica de pesquisa*. 7. ed. rev. ampl. São Paulo: Atlas, 2010.
- MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. *A ciência do direito*:



- conceito, objeto, método. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- MARTINS, Gilberto de Andrade; THEÓPHILO, Carlos Renato. *Metodologia da investigação científica para ciências sociais aplicadas*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.
- MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. *A ideologia alemã*. Tradução Rubens Enderle, Nélcio Schneider e Luciano Cavini Martorano. São Paulo: Boitempo, 2014.
- MARX, Karl. *Grundrisse*. Manuscritos econômicos de 1857-1858. Esboços da crítica da economia política. Tradução Mario Duayer e Nélcio Schneider. São Paulo: Boitempo. Rio de Janeiro: Editora UFRJ, 2011.
- MARX, Karl. Introdução à contribuição à crítica da economia política. In: MARX, Karl. *Contribuição à crítica da economia política*. 2. ed. Tradução Florestan Fernandes. São Paulo: Expressão Popular, 2008. p. 237-272.
- MARX, Karl. *Salário, preço e lucro*. 2. ed. Tradução Sueli Tomazini Barros Cassal. São Paulo: Expressão Popular, 2010.
- MORAES FILHO, Evaristo de. *O direito ao trabalho*. In: Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil, 11-16 ago. 1974, Rio de Janeiro: Asgráfica, 1974.
- MOREIRA, Luiz. *A constituição como simulacro*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007.
- MUNDLAK, Guy. Derecho al trabajo. Conjugar derechos humanos y política de empleo. *Revista Internacional del Trabajo*, v. 126, 2007, n. 3-4. p. 213-242.
- NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Direito do trabalho na Constituição de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1989.
- PLATÃO. *As leis*. 2. ed. Tradução Edson Bini. Bauru, SP: Edipro, 2010.
- POLANYI, Karl. *A grande transformação*. As origens de nossa época. 2. ed. Tradução Fanny Wrobel. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.



- PORTUGAL. *Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*. Carta Social Europeia de 1961 Disponível em: <http://www.fd.uc.pt/CI/CEE/pm/Tratados/Lisboa/Carta_Social_Europeia_1961.htm>. Acesso em: 17 maio 2017.
- SEVERO, Valdete Souto. *Elementos para o uso transgressor do direito do trabalho*. Compreendendo as relações sociais de trabalho no Brasil e a função do direito diante das possibilidades de superação da forma capital. São Paulo: LTr, 2016.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.
- SILVA NETO, Manoel Jorge. *O constitucionalismo brasileiro tardio*. Brasília: ESMPU, 2016.
- TORRECILLA, Eduardo Rojo. Derecho al trabajo, precariedade laboral y exclusión social. *Documentación Social*, Madrid, n. 114, enero-marzo, 1999. p. 167-181.
- VIANA, Márcio Túlio. *Direito de resistência*. São Paulo: LTr, 1996.
- WANDELLI, Leonardo Vieira. Dignidade e valor social do trabalho na Constituição de 1988. In: VIANA, Márcio Túlio; ROCHA, Cláudio Jannotti (coord.). *Como aplicar a CLT à luz da constituição: alternativas para os que militam no foro trabalhista*. Obra em homenagem à profa. Gabriela Neves Delgado. p. 94-106.
- WANDELLI, Leonardo Vieira. *O direito humano e fundamental ao trabalho: fundamentação e exigibilidade*. São Paulo: LTr, 2012.
- WEBER, Max. *A ética protestante e o espírito do capitalismo*. Tradução Vinícius Eduardo Alves. São Paulo: Centauro, 2008.