

**CRISTINA STRINGARI PASQUAL
JOSÉ TADEU NEVES XAVIER
ORGANIZADORES**

**VI SEMINÁRIO
NACIONAL TUTELAS
À EFETIVAÇÃO DOS
DIREITOS INDISPONÍVEIS**

2ª EDIÇÃO



Fundação Escola Superior
do Ministério Público



DIALÉTICA
EDITORA

**VI SEMINÁRIO
NACIONAL TUTELAS
À EFETIVAÇÃO DOS
DIREITOS INDISPONÍVEIS**

2ª EDIÇÃO

CONSELHO EDITORIAL



Alexandre G. M. F. de Moraes Bahia
André Luís Vieira Elói
Antonino Manuel de Almeida Pereira
Antônio Miguel Simões Caceiro
Bruno Camilloto Arantes
Bruno de Almeida Oliveira
Bruno Valverde Chahaira
Catarina Raposo Dias Carneiro
Christiane Costa Assis
Cíntia Borges Ferreira Leal
Eduardo Siqueira Costa Neto
Elias Rocha Gonçalves
Evandro Marcelo dos Santos
Everaldo dos Santos Mendes
Fabiani Gai Frantz
Flávia Siqueira Cambraia
Frederico Menezes Breyner
Frederico Perini Muniz
Giuliano Carlo Rainatto
Helena Maria Ferreira
Izabel Rigo Portocarrero
Jamil Alexandre Ayach Anache
Jean George Farias do Nascimento
Jorge Douglas Price
José Carlos Trinca Zanetti
Jose Luiz Quadros de Magalhaes
Josiel de Alencar Guedes
Juvenio Borges Silva
Konradin Metze
Laura Dutra de Abreu
Leonardo Avelar Guimarães
Lidiane Mauricio dos Reis

Lígia Barroso Fabri
Lívia Malacarne Pinheiro Rosalem
Luciana Molina Queiroz
Luiz Carlos de Souza Auricchio
Marcelo Campos Galuppo
Marcos André Moura Dias
Marcos Antonio Tedeschi
Marcos Pereira dos Santos
Marcos Vinício Chein Feres
Maria Walkiria de Faro C Guedes Cabral
Marilene Gomes Durães
Mateus de Moura Ferreira
Milena de Cássia Rocha
Mortimer N. S. Sellers
Nígela Rodrigues Carvalho
Paula Ferreira Franco
Pilar Coutinho
Rafael Alem Mello Ferreira
Rafael Vieira Figueiredo Sapucaia
Rayane Araújo
Regilson Maciel Borges
Régis Willyan da Silva Andrade
Renata Furtado de Barros
Renildo Rossi Junior
Rita de Cássia Padula Alves Vieira
Robson Jorge de Araújo
Rogério Luiz Nery da Silva
Romeu Paulo Martins Silva
Ronaldo de Oliveira Batista
Vanessa Pelerigo
Vitor Amaral Medrado
Wagner de Jesus Pinto

CRISTINA STRINGARI PASQUAL
JOSÉ TADEU NEVES XAVIER
ORGANIZADORES

**VI SEMINÁRIO
NACIONAL TUTELAS
À EFETIVAÇÃO DOS
DIREITOS INDISPONÍVEIS**

2ª EDIÇÃO



Copyright © 2021 by Editora Dialética Ltda.
Copyright © 2021 by Cristina Stringari Pasqual e José Tadeu Neves Xavier
(Organizadores).

Todos os direitos reservados. Nenhuma parte desta edição pode ser utilizada ou reproduzida – em qualquer meio ou forma, seja mecânico ou eletrônico, fotocópia, gravação etc. – nem apropriada ou estocada em sistema de banco de dados, sem a expressa autorização da editora.

Capa e diagramação: Giovana Acciarini
Revisão: Responsabilidade do autor

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

S471n VI Seminário Nacional Tutelas à Efetivação dos Direitos Indisponíveis / organização Cristina Stringari Pasqual, José Tadeu Neves Xavier. – 2. ed. – Belo Horizonte : Editora Dialética, 2021.
E-book: 1 MB. ; EPUB.

Inclui bibliografia.
ISBN 978-65-252-0362-1

1. Direitos Indisponíveis. 2. Seminário. 3. Direito. I. Organizadores. II. Título.

CDD 340

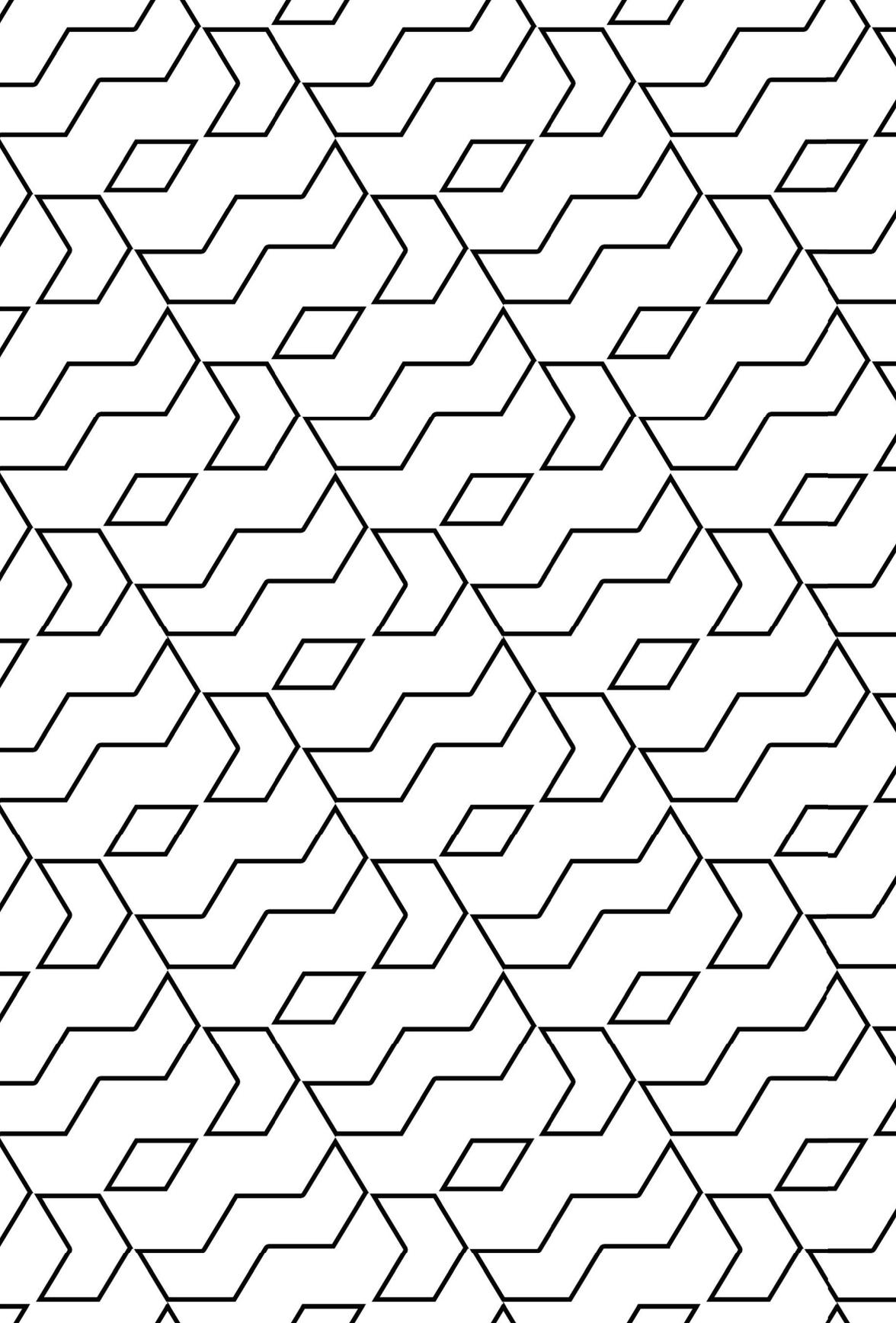
CDU 34

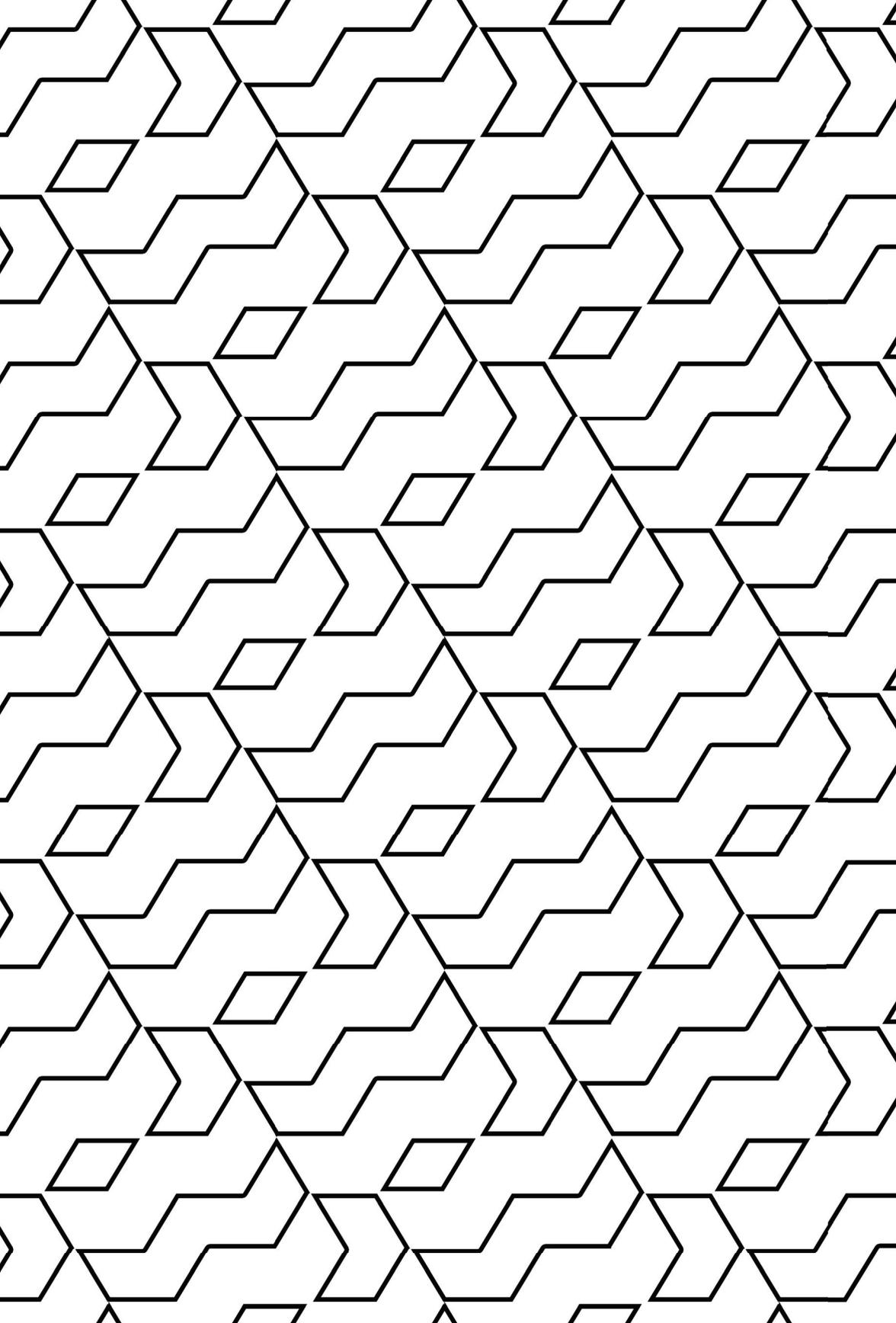
Ficha catalográfica elaborada por Mariana Brandão Silva CRB-1/3150



DIALÉTICA
EDITORA

f /editoradialetica
@ /editoradialetica
www.editoradialetica.com







SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO | 17

DESAFIOS DA TECNOLOGIA PARA A PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR | 23

- Adalberto Pasqualotto

ENTRE A INCIPIÊNCIA DA REFORMA TRABALHISTA E O PANDÊMICO “DIREITO DO TRABALHO DE EMERGÊNCIA”: COMENTÁRIOS SOBRE A (FALTA DE) REGULAMENTAÇÃO DO TELETRABALHO NO BRASIL | 37

- Denise Fincato e Guilherme Wünsch

OS DESAFIOS DAS NOVAS TECNOLOGIAS NO DIREITO DOS NEGÓCIOS | 48

- Cristina Stringari Pasqual e José Tadeu Neves Xavier

DO ESPÍRITO DA FILADÉLFIA AO ESPÍRITO DA CALIFÓRNIA: AS TRANSFORMAÇÕES DO MUNDO DO TRABALHO E A UBERIZAÇÃO | 58

- Ramiro Crochemore Castro

O ADVENTO DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL COMO POSSÍVEL QUEBRA DO PARADIGMA JURÍDICO DA PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS UNICAMENTE AOS SERES HUMANOS | 67

- Vicente Fidelis Faccenda

A SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO, STARTUPS E OS DESAFIOS APRESENTADOS AO DIREITO | 76

- Renata Vielmo Guidolin

O MODELO DE SEGURANÇA PÚBLICA DIGITAL DA SÉRIE “ONISCIENTE” E O CONFLITO ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS | 85

- Pillar Cornelli Crestani

PROPOSTAS DE REGULAÇÃO DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL NO BRASIL E A SUA IMPORTÂNCIA DA REGULAÇÃO PARA O ESTADO, MERCADO E SOCIEDADE | 95

- Juliana Roman e Guilherme Mucelin

O RECONHECIMENTO DO DIREITO AO ESQUECIMENTO NO ÂMBITO DAS RELAÇÕES FAMILIARES: UMA ANÁLISE DA RECENTE DECISÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO NA APELAÇÃO DE N. 1008842-60.2018.8.26.0344 | 104

- Bárbara Guerra Chala e Cíntia Burille

RESPONSABILIDADE CIVIL POR OFENSAS OCORRIDAS EM MEIOS DIGITAIS – CRITÉRIOS PARA FIXAÇÃO DA COMPETÊNCIA | 114

- Igor Carvalho Ulhôa Faria

O CORONAVÍRUS COMO PROPULSOR DAS CONTRATAÇÕES EM AMBIENTE VIRTUAL: UMA ANÁLISE SOBRE A EFETIVA PROTEÇÃO DOS CONSUMIDORES NO BRASIL | 123

- Sílvia Levenfus e Thaise M. Neves Duarte Pacheco

A TUTELA DE DADOS PESSOAIS COMO DIREITO FUNDAMENTAL IMPLÍCITO | 134

- Ana Luiza Liz dos Santos

O COMPARTILHAMENTO DE DADOS E ANÁLISE DA CONSTITUCIONALIDADE DA MEDIDA PROVISÓRIA Nº 954/20 | 145

- Gabriel Locks e José Tadeu Neves Xavier

DIREITO DE ELIMINAÇÃO TRAZIDOS PELA LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS EM COMPASSO COM AS REDES BLOCKCHAIN | 155

- José Tadeu Neves Xavier e Tiago Borre

TRATAMENTO DE DADOS PESSOAIS DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES NA LGPD: PRIMEIRAS IMPRESSÕES | 165

- Paula Ferla Lopes

CONVENÇÕES PROCESSUAIS NAS AÇÕES COLETIVAS | 176

- Vitória Souza Pagnussat

AÇÕES PSEUDOINDIVIDUAIS E AÇÕES INDIVIDUAIS COM EFEITOS COLETIVOS: RELAÇÕES ENTRE DEMANDAS INDIVIDUAIS E COLETIVAS | 187

- Fernanda Rosa Coelho

O PAPEL DA LEGITIMIDADE ATIVA NAS AÇÕES COLETIVAS: UM INSTRUMENTO PARA CONVALIDAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS | 199

- Eduarda Schilling Lanfredi

A ATUAÇÃO DO AMICUS CURIAE NO INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS: ENTRE DEMOCRATIZAÇÃO DO PROCESSO E (NÃO) REPRESENTAÇÃO DOS AUSENTES | 208

- Gustavo Ledur

A VINCULAÇÃO DOS RECURSOS REPETITIVOS NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015 | 219

- Thiago Carolo Schnarndorf e Amanda Buttenbender Medeiros

A RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO – UM PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL RELATIVAMENTE EFETIVADO? | 230

- Franceli Bianquin Grigoletto Papalia e Carina Deolinda da Silva Lopes

A COISA JULGADA NAS AÇÕES COLETIVAS PARA A TUTELA DE DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS | 242

- Diego Dutra Wallauer

O PRECEDENTE COMO FUNDAMENTO À TUTELA DE EVIDÊNCIA NOS RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS | 252

- Isadora da Silva Gross

A FUNÇÃO DA RECLAMAÇÃO CONSTITUCIONAL NO CPC/15 | 263

- Thomás Henrique Welter Ledesma e Handel Martins Dias

DIREITOS FUNDAMENTAIS E A PONDERAÇÃO DE PRINCÍPIOS | 274

- Arthur Künzel Salomão

ANOTAÇÕES SOBRE AS ORIGENS DO MODELO GLOBAL E DO MODELO NORTE AMERICANO DE JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E SUA INFLUÊNCIA | 284

- Lucas Moreschi Paulo

O COMPLIANCE COMO INSTRUMENTO DE PROTEÇÃO FRENTE AOS DESASTRES AMBIENTAIS: APONTAMENTOS SOBRE MARIANA E BRUMADINHO | 296

- Bruno de Lima Silva e André Rafael Weyermüller

ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL: O DEBATE SOBRE A LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PARA A DEFESA DA CONSTITUIÇÃO | 307

- Bruna Moresco Silveira

DA CRUELDADE À SACRALIZAÇÃO DE ANIMAIS: OS CONFLITOS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS E A MUDANÇA DE POSICIONAMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL | 318

- Eliziane Fardin de Vargas e Maria Valentina de Moraes

A PROTEÇÃO À SAÚDE DA CRIANÇA CONSUMIDORA COMO GARANTIA CONSTITUCIONAL | 329

- Lúcia Souza d'Aquino e Juliana Roman

CONTROL DE CONVENCIONALIDAD DIFUSO DEL CONSEJO DE ESTADO COLOMBIANO: APLICACIÓN RESTRICTIVA | 341

- Diana Marcela Peña Cuellar e Astrid Daniela Vidal Lasso

O DIREITO AUTORAL COMO DIREITO DE PERSONALIDADE | 352

- O'hara de Oliveira Reis

OS FUNDOS DOS DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE: A GESTÃO ORÇAMENTÁRIA DOS CONSELHOS DE DIREITOS PARA A FORMULAÇÃO E IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS NA ÁREA DA INFÂNCIA | 361

- Higor Neves de Freitas e Meline Tainah Kern

EM TEMPOS DE PAZ, TEMPOS DE INTEGRIDADE: ECOCÍDIO, ESTATUTO DE ROMA E O DIREITO COMO INTEGRIDADE | 371

- Vitor Fontana de Ávila

DIREITO DE ACESSO À INFORMAÇÃO: PUBLICIDADE E TRANSPARÊNCIA NA GESTÃO PÚBLICA: A INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 1º DA MEDIDA PROVISÓRIA Nº 928, DE 23 DE MARÇO DE 2020 | 383

*- Michael Almeida di Giacomo e Thatyane Regina Gomes
Oliveira Colares*

A INFLUÊNCIA DA MÍDIA NA FORMAÇÃO DA OPINIÃO PÚBLICA E SUAS CONSEQUÊNCIAS À EFETIVAÇÃO DA DEMOCRACIA | 394

- Ana Paula Carvalho Salomone

TEMPO E PROCESSO: COMPATIBILIZAÇÃO PROCEDIMENTAL ENQUANTO FORMA DE EFETIVAÇÃO DO DIREITO À CONVIVÊNCIA FAMILIAR DE CRIANÇAS EM SITUAÇÃO DE VULNERABILIDADE | 404

- Deborah Soares Dallemole

A TEORIA DOS ESPAÇOS DOGMÁTICOS COMO INSTRUMENTO DE LIMITAÇÃO A POSTURAS ATIVISTAS DO PODER JUDICIÁRIO | 414

- Élbio Ferraz Junior e Luís Carlos Rollsing

DESAFIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NA SOCIEDADE DE RISCOS | 424

- Rogerio Gesta Leal

POSSÍVEIS LIMITES AO DIREITO NÃO ESTATAL INDÍGENA | 438

- Thomás Henrique Welter Ledesma

A SEGURANÇA JURÍDICA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO CORRELACIONADA AOS PRECEDENTES JUDICIAIS | 449

- Vitória Souza Pagnussat

O DIREITO FUNDAMENTAL À SEGURANÇA X VIOLÊNCIA CONTRA CRIANÇAS E ADOLESCENTES NEGROS | 459

- Higor Neves de Freitas e Meline Tainah Kern

A SEGURANÇA JURÍDICA NA SOCIEDADE DE RISCO | 468

- Diego Dutra Wallauer e Rodrigo Rosa de Lima

ANÁLISE DA POSSIBILIDADE DE SUSPENSÃO COMPULSÓRIA DA CONVIVÊNCIA PARENTAL FACE À CRISE SANITÁRIA CAUSADA PELO COVID-19 | 479

- Michael Almeida di Giacomo e Thatyane Regina Gomes Oliveira Colares

**RESPONSABILIZAÇÃO DOS AGENTES PÚBLICOS EM TEM-
POS DE PANDEMIA: UMA ANÁLISE DA MEDIDA PROVISÓ-
RIA n° 966/2020 | 490**

- Daniela Arguilar Camargo e Betieli da Rosa Sauzem Machado

**O PROCESSO DE CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO
PRIVADO BRASILEIRO: O ABANDONO DA CONCEPÇÃO
INDIVIDUALISTA E PATRIMONIALISTA EM PROL DA CON-
CRETIZAÇÃO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA | 501**

- Érica Veiga Alves e Dérique Soares Crestane

**ENFRENTAMENTO AO CRIME ORGANIZADO À LUZ DA PROI-
BIÇÃO DE EXCESSO E DA PROIBIÇÃO DE INSUFICIÊNCIA | 511**

- Luís Carlos Rollsing e Élbio Ferraz Junior

**A RACIONALIDADE TRANSVERSAL ENTRE DIFERENTES
ORDENS JURÍDICAS PROPORCIONADA PELO TRANS-
CONSTITUCIONALISMO DE MARCELO NEVES E SUA RE-
LEVÂNCIA PARA AS CIÊNCIAS CRIMINAIS | 521**

- Vitor Fontana de Ávila

**UM DIREITO GERAL DE LIBERDADE? REFLEXÕES SOBRE
A NORMA FUNDAMENTAL DE LIBERDADE DA CONSTI-
TUIÇÃO FEDERAL DE 1988 A PARTIR DA TEORIA DOS DI-
REITOS FUNDAMENTAIS DE ROBERT ALEXY | 530**

- André Machado Maya e Pietro Cardia Lorenzoni

**SISTEMA PRISIONAL E COVID19: (IM)POSSIBILIDADE DE
EFETIVAÇÃO DE DIREITOS DAS PESSOAS PRESAS FRENTE
À SUPERLOTAÇÃO CARCERÁRIA | 541**

- Carolina de Menezes Cardoso e Juliana Horowitz

**O NECESSÁRIO CONTROLE DAS PRÁTICAS CORRUPTIVAS
EM FACE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NO CONTEXTO
DA SOCIEDADE DE RISCOS APONTADA POR ULRICH
BECK: APONTAMENTOS TEÓRICOS E PERSPECTIVAS | 549**

- Rogério Gesta Leal e Chaiene Meira de Oliveira

**AS ALTERAÇÕES PROMOVIDAS PELO PACOTE ANTICRIME
NO QUE TANGE À PROGRESSÃO DE REGIME PENITENCIÁRIO | 558**

- Eduardo Fleck de Souza e Eduardo Ritt

**TRANSNACIONALIZAÇÃO DO DELITO DE LAVAGEM DE
DINHEIRO E A PERSPECTIVA BRASILEIRA | 569**

- Clara Franciele Cechinel de Oliveira Schmitt

**O CONFLITO ENTRE EFICÁCIA E EFICIÊNCIA PROCESSUAL
NA UTILIZAÇÃO DO INSTITUTO DA COLABORAÇÃO
PREMIADA ANTE A DEMANDA POR CELERIDADE DA
SOCIEDADE | 609**

- Mateus Augusto Bohrz Klein

**ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL: FLEXIBILIZAÇÃO
DO PRINCÍPIO DA OBRIGATORIEDADE DA AÇÃO
PENAL PÚBLICA INCONDICIONADA? | 589**

- Roberta Schaun

**O ADVENTO DO JUIZ DE GARANTIAS COMO FORMA DE
FORTALECIMENTO DO SISTEMA ACUSATÓRIO | 599**

- Leonardo Bocchi Costa

O PROJETO “*TELE MARIA DA PENHA/UNISC*” NO ENFRENTAMENTO DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR DURANTE A PANDEMIA DE COVID-19 | 609

- Camila Alves Nemecek e Eduardo Ritt



APRESENTAÇÃO

Quando fomos convidados para organizar o VI SEMINÁRIO NACIONAL TUTELAS À EFETIVAÇÃO DE DIREITO INDISPONÍVEIS promovido pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade da Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP), a ser realizado no primeiro semestre de 2020, definimos que nosso objetivo seria trazer à reflexão os efeitos da tecnologia nas relações jurídicas envolvendo vulneráveis, em especial as de consumo e trabalhistas.

O projeto foi elaborado, os palestrantes convidados, mas naquele momento não imaginávamos que o tema central - uso da tecnologia - estaria realmente no centro de tudo, que seria ela indispensável para o desenvolvimento de nosso projeto. Era impensável que seríamos surpreendidos por uma pandemia e que o cotidiano mundial seria alterado, impelindo a população ao isolamento social e, no nosso caso, impedindo de realizar um evento presencial como de costume.

Mas foi esta a realidade posta e a ela tivemos que nos adaptar, transformando o evento em um seminário 100% *online*. Ao fim tal mudança comprovou uma das premissas de nosso projeto: o avanço tecnológico efetivamente traz grandes benefícios, como a redução de distâncias e aproximação das pessoas, facilitando encontros e promovendo uma maior democratização do conhecimento.

O evento foi um sucesso, com a participação de excelentes palestrantes, os quais proporcionaram reflexões e debates de altíssimo nível intelectual para o grande número de assistentes que participaram do seminário. Como resultado dos debates, foram elaborados artigos vinculados ao tema da tecnologia. Outrossim, pesquisadores, seguindo as linhas de pesquisa do Mestrado Acadêmico em Direito desta instituição, submeteram seus trabalhos para compor esta obra coletiva multidisciplinar que agora temos a honra de apresentar.

Contamos com artigos de nossos palestrantes Dr. Adalberto Pasqualotto, Dra. Denise Fincado e Dr. Guilherme Wunsch. O professor Adalberto nos brindou com o tema dos Desafios da tecnologia para a proteção do consumidor, trazendo à reflexão as repercussões da tecnologia na proteção do consumidor, tomando por exemplo os serviços por aplicativo de transporte e hospedagem. Os professores Denise e Guilherme trouxeram à baila o

tema do teletrabalho no Brasil, examinando seu conceito, elementos e características, passando a examinar a disciplina legal sobre o tema em nosso país, demonstrando o COVID-19 serviu como clara demonstração da necessidade de um aprofundamento na matéria, para que surjam propostas legislativas coerentes, pois certamente é uma modalidade de trabalho que veio para ficar.

Além dos trabalhos produzidos por nossos palestrantes, encontramos nesta obra mais 55 artigos que tratam de temas extremamente atuais vinculados as linhas de pesquisa do curso de Mestrado da FMP.

Muitos deles estão ligados aos reflexos da tecnologia no Direito, seja na esfera privada ou pública, como o ensaio que desenvolvemos no intuito de destacar as transformações no mercado que as novas tecnologias promovem, trazendo como exemplos os *smart contracts*, os *bitcoins* e os negócios via plataforma digital. Da mesma forma, dando enfoque à tecnologia encontramos mais treze artigos.

Iniciando pelo artigo de autoria dos organizadores desta obra, tem-se o tema relativo aos desafios das novas tecnologias no direito dos negócios, no qual põe-se em destaque as formas negociais decorrentes das novas tecnologias e seus impactos jurídicos. Na sequência, Ramiro Crochemore Castro põe em destaque os reflexos da tecnologia nas novas formas de trabalho via plataforma digital. Vicente Fedelis Faccenda discorre quanto ao tema da personalidade jurídica no âmbito da inteligência artificial. Renata Vielmo Guidolin apresenta um estudo sobre as *startups* e os desafios que estas sociedades trazem ao Direito. Pillar Cornelli Crestani analisa o conflito que pode existir entre um sistema de segurança pública digital e a tutela dos direitos fundamentais. Juliana Roman e Guilherme Mucelin discorrem sobre o tema da inteligência artificial e as propostas legislativas para a regulação da matéria, evidenciando que a ausência de regulamentação gera muitos questionamentos éticos-jurídicos. Bárbara Chala e Cintia Burille trabalham o tema do direito do esquecimento, partindo da análise de julgado oriundo de ação promovida contra o *Facebook*. Igor Carvalho Ulhôa Faria disserta sobre o juízo de competência para julgar questões envolvendo a responsabilidade civil por danos advindos dos meios digitais.

Como não poderia deixar de ser, trabalhos envolvendo a tão importante Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) também são encontrados nesta obra. Silvia Levenfus e Thaise Maria Neves Duarte Pacheco analisam o impacto do coronavírus nas contratações em ambiente virtual envolvendo consumidores, destacando a importância da LGPD para alcançar a tutela necessária. Ana Luiza Liz dos Santos põe em destaque o necessário reconhecimento da proteção dos dados pessoais como direito fundamental. Gabriel Locks e José Tadeu Neves Xavier trazem à baila a discussão em torno da Medida Provisória

nº 954/20 e a recente decisão do STF que suspendeu a aplicação de seu teor, impedindo o compartilhamento dos dados de clientes das empresas de telefonia pelo IBGE. Tiago Borre e José Tadeu Neves Xavier apresentam estudo envolvendo o direito à eliminação de dados pessoais previstos na LGPD e as possibilidades de compatibilização da norma com a tecnologia *blockchain*. Por fim, Paula Ferla Lopes analisa a temática da proteção de dados de crianças e adolescentes e a previsão legislativa sobre a matéria na LGPD.

Na linha de pesquisa Tutelas à Efetivação de Direitos Transindividuais constam nesta obra diversos trabalhos que desenvolvem temas extremamente atuais no âmbito do direito processual. Vitória Souza Pagnussat analisa as chamadas convenções processuais coletivas, a sua inserção no ordenamento jurídico brasileiro e os reflexos daí advindos. Fernanda Rosa Coelho trabalha com o tema das ações pseudoindividuais e individuais com efeitos coletivos, destacando a necessidade de disciplina própria para a matéria. Eduarda Schilling Lanfredi discorre sobre a legitimidade ativa nas ações coletivas e seu papel para afirmar os direitos fundamentais. Gustavo Ledur apresenta o tratamento e evolução do instituto do *amicus curiae* no direito brasileiro, visando verificar a viabilidade de sua utilização no procedimento do IRDR. Thiago Carolo Schnarndorf e Amanda Buttenbender Medeiros desenvolvem o tema dos precedentes judiciais, em especial o regime jurídico dos recursos repetitivos e sua vinculação segundo a disciplina constante do atual Código de Processo Civil. Franceli Bianquim Grigoletto Papalia e Carina Deolinda da Silva Lopes trazem à análise o tão discutido tema da morosidade processual frente ao reconhecimento do princípio constitucional da razoável duração do processo. Diego Dutra Wallauer trabalha com o tema da coisa julgada nas ações coletivas, analisando seus efeitos na tutela de direitos individuais homogêneos. Isadora da Silva Gross apresenta estudo relativo aos precedentes como fundamento à tutela da evidência nos recursos extraordinários e a possibilidade de antecipação em recursos dirigidos às Cortes Supremas. E finalizando os temas de direito processual civil, Thomás Henrique Welter Ledesma e Handel Martins Dias desenvolvem o tema da reclamação constitucional no atual Código de Processo Civil.

Também na linha da Tutela à Efetivação de Direitos Transindividuais tem-se o trabalho de Arthur Kunzel Salomão que desenvolve o tema da colisão entre os direitos fundamentais e a utilização do método de ponderação e a resolução de conflitos mediante a proporcionalidade. Lucas Moreschi Paulo discorre sobre as origens administrativas do modelo de jurisdição constitucional europeu e o modelo constitucional norte americano e suas influências na

suprema corte brasileira. Bruno de Lima Silva e André Rafael Weyermuller trabalham com a ideia de *compliance* para enfrentamento de situações de desastres ambientais. Bruna Moresco Silveira traz à exame o debate relativo a se a jurisdição constitucional conflita ou não com a atual compreensão de democracia no Estado de Democrático de Direito. Eliziane Fardin de Vargas e Maria Valentina Moraes trazem à baila o tão debatido tema do direito dos animais, apresentando análise sobre a decisão da corte constitucional brasileira relativa à sacralização de animais em cultos de matriz africana. Lúcia Souza D'Aquino e Juliana Roman apresentam estudo sobre o direito fundamental à saúde da criança e os efeitos da publicidade de alimentos dirigido ao público infantil. Diana Marcela Peña Cuellar e Astrid Daniela Vidal Lasso trazem o tema da restrição dos direitos políticos dos servidores públicos na Colômbia. Já O'hara de Oliveira Reis discorre sobre o direito autoral no Brasil, destacando que a proteção se estende tanto aos direitos reais como morais.

E ainda completando a linha da Tutela da Efetivação de Direitos Transindividuais encontram-se mais seis trabalhos. Higor Neves de Freitas e Meline Tainah Kern apresentam a discussão relativa ao fundo dos direitos da criança e do adolescente e sua gestão orçamentária. Vitor Fontana de Ávila desenvolve a ideia de ecocídio, tipo penal somente reconhecido em tempos de guerra, destacando a falta de coerência e integridade na legislação penal internacional sobre o tema. Michael Almeida di Giacomo e Thatyane Regina Gomes Oliveira Colares discorrem sobre o direito de acesso à informação na gestão pública, tomando por base decisão do STF que suspendeu eficácia de lei alterada por Medida Provisória. Ana Paula Carvalho Salomone trabalha com o tema da influência da mídia na formação da opinião pública, em especial na formação da opinião política. Deborah Soares Dallemole apresenta trabalho destinado ao estudo dos procedimentos de destituição do poder familiar e o procedimento utilizado para adoção. E finalizando os temas relativos à linha de pesquisa em questão Elbio Ferraz Junior e Luís Carlos Rollsing trazem como tema central o ativismo judicial, buscando identificar um instrumento que possa aferir os limites para a atividade julgadora do juiz.

Os trabalhos vinculados à linha de pesquisa Tutelas à Efetivação de Direitos Públicos Incondicionados tem como artigo de abertura o elaborado pelo professor da casa Dr. Rogério Gesta Leal, intitulado Desafios da Administração Pública na Sociedade de Riscos. O referido artigo traz a reflexão sobre como se apresenta a Administração Pública na Sociedade de Riscos e quais os controles que devem ser adotados para garantir ao máximo a sua legitimidade democrática.

Os trabalhos que se seguem trazem temas de importante reflexão frente as peculiaridades da sociedade atual. Thomás Henrique Welter Ledesma disserta sobre direitos aos povos indígenas, reconhecendo-os como titulares de direitos específicos em virtude de sua organização, costumes, língua, crenças e tradições e apresentando considerações acerca da aplicação do direito não estatal. Vitória Souza Pagnussat analisa o tema da segurança jurídica frente ao sistema de precedentes judiciais. Higor Neves de Freitas e Meline Tainah Kern também trazem o tema da segurança jurídica, sob o prisma dos direitos fundamentais em oposição à violência para com crianças e adolescentes negros. Da mesma forma. Diego Dutra Wallauer e Rodrigo Rosa De Lima analisam as bases constitucionais da segurança jurídica e a forma de atuação do Poder Público para coibir crimes advindos de organizações criminosas. Michael Almeida Di Giacomo e Thatyane Regina Gomes Oliveira Colares trazem uma análise de julgados envolvendo os efeitos do COVID nas relações familiares, decorrentes de decisões que discutem sobre a suspensão compulsória do direito à convivência parental. Betiele Da Rosa Sauzem Machado e Daniela Arguilar Camargo, também partindo dos efeitos do COVID-19 analisam a responsabilidade dos agentes públicos em decorrência da Medida Provisória 966. E por fim Érica Veiga Alves e Dérique Soares Crestane desenvolvem seu ensaio sobre a constitucionalização do direito privado como vetor da concretização da dignidade da pessoa humana.

Tem-se ainda alguns artigos que estudam temas que envolvem questões de direito penal, como o elaborado por Luís Carlos Rollsing e Elbio Ferraz Junior que trata do crime organizado na atualidade e seu enfrentamento no ordenamento jurídico brasileiro. Vitor Fontana De Ávila discorre sobre transconstitucionalismo, tomando por base a tese de Marcelo Neves e sua vinculação com as ciências criminais. André Machado Maya e Pietro Cardi Lorenzoni apresentam uma reflexão quanto a se há um direito à liberdade no plano constitucional brasileiro, partindo seu exame da teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy. Carolina de Menezes Cardoso e Juliana Horowitz analisam o problema da superlotação dos presídios e seu reflexo perante a pandemia gerada pelo COVID-19. Chaiene Meira de Oliveira e Rogério Gesta Leal discorrem sobre a necessidade de controle das práticas corruptivas em face da administração pública frente a teoria de Ulrich Beck. Eduardo Fleck de Souza e Eduardo Ritt apresentam estudo acerca da progressão de regime a partir das alterações promovidas pela lei que dispõe sobre o pacote anticrime. Clara Franciele Cechinel De Oliveira Schmitt trabalha com o tema do delito de lavagem apresentando a realidade de seu tratamento no

Brasil. Mateus Augusto Bohrz Klein traz à baila o instituto da colaboração premiada como forma de proporcionar a celeridade processual e o conflito entre eficácia e eficiência no processo penal. Roberta Schaun apresenta o tema da flexibilização do princípio da obrigatoriedade da ação penal pública incondicionada nas hipóteses de acordo de não persecução penal. Leonardo Bocchi Costa trabalha com a ideia de fortalecimento do sistema acusatório a partir do princípio da imparcialidade do juiz a ser atingido com a figura do juiz de garantias. E finalizando a obra Camila Alves Nemeck e Eduardo Ritt que evidenciam um tema bastante atual, relativo ao aumento da violência doméstica em decorrência do isolamento social resultante do COVID-19. Sugerem as autoras a adoção de um mecanismo para auxiliar o combate deste tipo de violência, que denominam de Tele Maria da Penha.

E como conclusão fica aqui nosso desejo que as importantes reflexões trazidas pelos colaboradores desta obra sejam de grande valia a todos. Boa leitura!

Porto Alegre, setembro de 2020.

Cristina Stringari Pasqual

Doutora e Mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), professora na Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público – FMP (Graduação e Mestrado em Direito), Coordenadora do Grupo de Pesquisa Proteção do Consumidor como Direito Fundamental desenvolvido na Fundação Escola Superior do Ministério Público – FMP. Advogada.
(cristinaspasqual@gmail.com)

José Tadeu Neves Xavier

Pós-Doutor em Direito pela Universidade de Santiago de Compostela (Espanha), Doutor e Mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), professor na Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público – FMP (Graduação e Mestrado em Direito), na Escola da Magistratura do Trabalho do Rio Grande do Sul (FEMARGS), e na Faculdade IMED/Porto Alegre. Coordenador do Grupo de Pesquisa Relações Tensionais entre Mercado, Estado e Sociedade e Interesses Públicos *versus* Interesses Privados, desenvolvido na Fundação Escola Superior do Ministério Público – FMP. Advogado da União
(josedadeunevesxavier@gmail.com).



DESAFIOS DA TECNOLOGIA PARA A PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR

TECHNOLOGIES CHALLENGE FOR THE CONSUMER'S PROTECTION

ADALBERTO PASQUALOTTO¹

Resumo: A tecnologia proporciona à sociedade em geral e ao consumidor em particular múltiplos e inéditos benefícios, mas igualmente desafios de monta, sendo o primeiro os riscos à autodeterminação. Este texto toma como exemplos de atividades tecnológicas desafiadoras os serviços de transporte e hospedagem mediados por plataformas, verificando no ordenamento jurídico disponível quais são as normas protetivas aplicáveis. Considera, porém, que o a principal questão não é propriamente normativa, mas o limitado alcance da efetividade das normas jurídicas frente à extraterritorialidade da tecnologia e ao seu pode definir os seus próprios limites.

Palavras-chave: Consumo colaborativo. Economia do compartilhamento. Serviços mediados por plataformas. Proteção do consumidor.

Abstract: Technology provides society in general and the consumer in particular with multiple and unprecedented benefits, but also major challenges, the first being the risks to self-determination. This text takes as examples of challenging technological activities the transport and accommodation services mediated by platforms, checking in the available legal system which are the applicable protective rules. It considers, however, that the main issue is not exactly normative, but the limited scope of the effectiveness of legal rules in the face of the extraterritoriality of technology and the power to define its own limits.

1 Doutor em Direito pela UFRGS. Professor titular de Direito do Consumidor na Escola de Direito da PUCRS, cursos de graduação, mestrado e doutorado. Procurador de Justiça aposentado. Ex-diretor da Escola Superior do Ministério Público. Ex-presidente do Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor – BRASILCON.

Keywords: Collaborative consumption. Consumer protection. Peer platforms. Sharing economy.

1. INTRODUÇÃO

Este pequeno ensaio sobre os desafios colocados pela tecnologia aos consumidores limita-se por sua ambição e pelo espaço disponível. O porte dos desafios é muito expressivo e esgotá-los demandaria estudos de muito maior profundidade e extensão. Portanto, buscou-se uma exemplificação simultaneamente expressiva, porque sobejamente conhecida, como representativa, porque reúne características que são comuns a muitas outras atividades que se baseiam no uso das tecnologias de informação e comunicação. Foram escolhidos como exemplos os serviços de transporte por aplicativo e de hospedagem.

A escolha determinou que outros ramos ficassem fora do foco ou fossem apenas ocasionalmente referidos, tais como o comércio eletrônico em geral, as plataformas que apenas aproximam as partes, sem coordenar a atividade desenvolvida (tipo Mercado Livre), as *fintechs* e tantas outras, sem falar nas redes sociais (elas também referidas incidentalmente) e na inteligência artificial e suas múltiplas aplicações.

O foco, portanto, é a chamada economia do compartilhamento ou consumo colaborativo, observado pelo ângulo do transporte e da hospedagem por aplicativos. Nessas circunstâncias, haverá alguma simplificação, ressaltando-se, desde logo, que mudando o tipo de negócio poderia ser o caso de adaptações ao que poderá ser aqui afirmado na perspectiva dos modelos subjacentes. E tipos há muitos, mesmo dentro do transporte por aplicativo, como é o caso do *roundtrip*, semelhante ao compartilhamento de bicicletas ou de patinetes, espécies que também foram deixadas à margem.

Para essa abordagem simplificada, dividiu-se o tema em dois blocos: o primeiro trata propriamente dos desafios e o segundo das possíveis soluções – algumas existentes e outras impotentes. No primeiro bloco, os desafios em pauta são a autodeterminação informativa (um tema mais geral) e os serviços mediados por plataforma; o segundo bloco é dedicado a esboçar o conjunto normativo apto à defesa do consumidor e, por fim, coloca – sem solucionar, porque solução ainda não há – o tema da regulação.

2. DESAFIOS DA TECNOLOGIA AO CONSUMIDOR

Não é possível tratar de tecnologia sem abordar o preceito básico do direito privado, que é a autonomia. A livre iniciativa movimenta-se com base na autonomia e também é nela que se baseiam as pessoas para estabelecer as suas relações sociais e negociais. A tecnologia, porém, põe em xeque essa autonomia quanto ao usuário, o que vai se manifestar de forma aguda – e conhecida, porque repete o fenômeno dos contratos de adesão em outro ambiente – nos serviços mediados por plataforma. Portanto, é por aqui que começamos.

2.1. AUTODETERMINAÇÃO INFORMATIVA

A internet é o grande canal por onde transitam comunicações que partem de telefones móveis, televisão, jogos interativos, aplicativos financeiros, de diversões, de compras e tantos outros. Esses serviços derivam de tecnologia aplicada às comunicações que encontraram múltiplas finalidades, desde o mero lazer até negócios, passando por comércio eletrônico e serviços bancários, como movimentação de conta corrente e crédito. Naturalmente, o fluxo de informações envolvendo dados pessoais nesse universo de conexões é intenso. Se pensarmos em redes sociais como Facebook, aparentemente o fornecimento de dados pessoais se destina apenas ao registro e identificação do usuário. O próprio usuário, porém, em suas interações sociais na plataforma, alimenta o sistema com informações de caráter pessoal, que identificam gostos, comportamentos, ideologia. Um sistema inteligente cruza esses dados e define um perfil de consumo. Surge daí a publicidade personalizada, adaptada ao indivíduo.

Dados assim coletados servem também a fins políticos. Ficou conhecido o episódio da Cambridge Analytica, uma empresa britânica de análise de dados, contratada, ao que sabe, por Donald Trump para influenciar eleitores na eleição presidencial estadunidense de 2016.² A mesma empresa teria influenciado o Brexit e suspeita-se que tenha, igualmente, atuado em questões brasileiras.

Esses episódios escancaram o primeiro grande desafio posto pela tecnologia ao consumidor - não só ao indivíduo nessa condição, mas em

2 Reportagem a propósito no *The New York Times*, edição de 17/3/2018. Disponível em: <https://www.nytimes.com/2018/03/17/us/politics/cambridge-analytica-trump-campaign.html>. Acesso em 14/8/2020.

todas as suas relações sociais tecnologicamente mediadas: é o desafio da autodeterminação informativa.

A autodeterminação informativa está intimamente ligada à autonomia da vontade. Quem fornece dados pessoais em um canal de compra, em um serviço de assinatura ou em uma rede social está realizando um negócio jurídico. Negócios jurídicos são “instrumentos que o próprio direito põe à disposição dos particulares para servirem de base aos seus interesses na vida de relação” (BETTI, 2003, I, p. 67). As cláusulas desse negócio são predispostas e redigidas unilateralmente pela empresa, geralmente publicadas nas chamadas políticas de privacidade, aquelas que ninguém lê ou, quando lê, se vê compelido a aceitar como condição de participação ou negociação. Esse tipo de prevalência da vontade de um contratante sobre o outro foi o que Orlando Gomes chamou de poder normativo da empresa, derivada da contratação de massa, caracterizada pela “regulamentação por uma empresa para reger ilimitado número de relações patrimoniais homogêneas, que se individualizam a cada comportamento típico dos eventuais destinatários” (GOMES, 1983, p. 53). São os contratos de adesão.

Em matéria de estrutura jurídica, como se vê, as TICs não apresentam nada de novo sob o sol; novos são os riscos. Os “atos de autodeterminação, de autorregulamentação dos seus próprios interesses”, por meio dos quais os particulares “procuram satisfazer os seus interesses nas relações recíprocas” (BETTI, 2003, p. 66) ficam desbalanceados nos contratos de adesão em favor da parte dominante. A essa desvantagem agrega-se uma característica desta sociedade, misto de tecnologia e de consumo: o objeto das relações em rede passa a ser o próprio usuário, o consumidor consumido. “Na sociedade de consumidores, ninguém pode se tornar sujeito sem primeiro virar mercadoria” (BAUMAN, 2008, p. 20). A mercadoria é a informação, os dados pessoais do usuário-consumidor. Vai-se nesse fluxo o controle sobre o trânsito dos dados. Em mãos de quem irão parar e com que fim serão usados? Vai-se também outro bem precioso, depreciado muitas vezes pelo próprio titular: a sua privacidade.

O primeiro direito ameaçado pelas tecnologias de comunicação e informação é a privacidade. Ainda é atual – e sempre o será – a doutrina de Warren e Brandeis, datada de 1890, proclamando que é direito de cada indivíduo determinar em que limite os seus pensamentos, sentimentos e emoções podem ser comunicados a outros (WARREN-BRANDEIS, 1890, p. 198).³ Na perspectiva deles, o direito à privacidade é um desdo-

3 *The common law secures to each individual the right of determining, ordinarily, to*

bramento do direito a estar só.⁴

O que era uma intrusão na vida alheia transformou-se em ativo econômico na sociedade da informação e recebeu um nome adaptado aos novos tempos: dados.⁵ O seu tráfico é o motor das cinco maiores empresas do planeta,⁶ que têm em comum o uso da mesma matéria-prima. Juntas, elas atingem um valor de mercado inferior apenas ao PIB dos Estados Unidos e da China. É três vezes maior do que o PIB brasileiro; nós teríamos que trabalhar três anos, sem gastarmos nada, para podermos comprar essas empresas (BUCCI, 2020).⁷

Com o desenvolvimento da teoria dos direitos fundamentais, o direito à privacidade ingressou nas Constituições modernas⁸ como componente dos direitos de personalidade. O direito de cada um controlar os limites da comunicação externa dos seus pensamentos, sentimentos e emoções, transformou-se, na era digital, em direito à autodeterminação,

what extent his thoughts, sentiments and emotions shall be communicated to others (tradução livre). Disponível em: <https://www.cs.cornell.edu/~shmat/courses/cs5436/warren-brandeis.pdf>. Acesso em 13/8/2020.

- 4 “... the protection afforded to thoughts, sentiments and emotions expressed through the medium of writing or of the arts, so far as it consists in preventing publication, is merely an instance or enforcement of the more general right of the individual to be let alone (tradução livre). *Ob. cit.*, p. 205. Thomas Cooley, citado por Warren e Brandeis como o Juiz Cooley (p. 195) formulou o *right to be let alone*, em sua obra sobre *torts* (responsabilidade civil extracontratual), de 1880. Além de Cooley, Tiresias Godkin é citado como precursor do direito à privacidade por Dorothy J. Glancy. O texto de Godkin (*The rights of the citizen – IV - to his own reputation*) foi publicado em julho de 1890, precedendo em 5 meses ao de Warren e Brandeis, publicado em dezembro do mesmo ano (*apud* GLANCY, Dorothy J. The invention of the right to privacy. *Arizona Law Review*, vol. 21, nº 1, 1979). Disponível em: <http://law.scu.edu/wp-content/uploads/Privacy.pdf>. Acesso em 13/8/2020.
- 5 Os conceitos acabam sendo subvertidos pelo uso. Como esclarece Laura Schertel MENDES (2014, p. 55 seg), “dado” é um elemento pré-informacional, que se converte em informação pela comunicação.
- 6 Apple, Amazon, Alphabet (*holding* do Google), Microsoft e Facebook.
- 7 Este é o cálculo de Eugênio Bucci, em artigo publicado em *O Estado de S. Paulo* dia 13 de agosto de 2020, com o título “Cinco trilhões de dólares”. Disponível em: <https://digital.estadao.com.br/o-estado-de-s-paulo/>. Acesso em 13/8/2020.
- 8 São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação (art. 5º, inc. X, da Constituição nacional brasileira). A Constituição, como o Código Civil (Art. 21. A *vida privada* da pessoa natural é inviolável ...), não mencionou expressamente a privacidade, entendendo-se que ela está protegida no conceito de vida privada, com extensão para a esfera mais restrita da intimidade.

abrangendo agora qualquer informação que possa identificar ou tornar identificável uma pessoa.⁹ O direito à proteção dos dados é reconhecido internacionalmente, como ficou patente na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia.¹⁰

No direito brasileiro, a Lei Geral de Proteção de Dados foi promulgada em 2018 (Lei nº 13.709, de 13 de agosto daquele ano) e permanece em *vacatio legis* em razão de sucessivas prorrogações de vigência.¹¹ O texto aprovado permite o tratamento de dados pessoais apenas com o consentimento do titular, para a finalidade especificada, no limite da sua necessidade tendo em vista tal fim, garantido o livre acesso ao concedente, a exatidão, a transparência e a segurança do tratamento, a adoção de medidas para prevenir danos, a não discriminação e a responsabilização do controlador e do operador dos dados (artigos 6º a 9º). Um cuidado especial foi dedicado ao tratamento dos chamados dados sensíveis (art. 11) e aos de crianças e adolescentes (art. 14). A lei criou a Autoridade Nacional de Proteção de Dados – ANPD – indispensável à sua boa execução. Tudo isto, contudo, ainda é um *vir a ser*.

2.2. SERVIÇOS MEDIADOS POR PLATAFORMA

O segundo desafio aqui apresentado é a prestação de serviços por mediação de plataforma, assim entendidos aqueles serviços prestados mediante a intermediação de terceiro, que se serve da tecnologia dos aplicativos para aproximar as partes interessadas no negócio, sem se envolver diretamente com a execução da atividade. Os dois exemplos mais recorrentes são os transportes e as hospedagens por aplicativos. De um lado, esses serviços mediadores aparecem como disruptivos, devastadoramente inovadores, materializando as palavras de Joseph Schumpeter, o economis-

9 Conforme o art. 5º, da Lei Geral de Proteção de Dados (Lei nº 13.709/2018), considera-se dado pessoal qualquer informação relacionada a pessoa natural identificada ou identificável.

10 Art. 8º. Proteção de dados pessoais. 1. Todas as pessoas têm direito à proteção dos dados de caráter pessoal que lhes digam respeito. 2. Esses dados devem ser objeto 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 respetiva retificação. 3. O cumprimento destas regras fica sujeito a fiscalização por parte de uma autoridade independente.

11 O prazo atual é maio de 2021, por efeito da Medida Provisória 959.

ta que teorizou a destruição criadora. Seguindo a trilha de Schumpeter, Luc FERRY (2015, p. 13) afirma que o capitalismo nos leva à lógica da ruptura com todas as formas de herança, de patrimônio e de tradição.

De outra parte, o preço a pagar é alto: os serviços de plataforma devastam empresas e empregos. Redes hoteleiras foram abaladas pela *Airbnb*;¹² empresas de transporte e motoristas de táxi sentiram o impacto da *Uber*, e assim por diante. Em geral, essas empresas se autodenominam empresas de tecnologia para afirmarem a diferença da atividade que exercem frente ao serviço finalístico prestado diretamente ao consumidor pelo fornecedor imediato. Empresas de tecnologia, em verdade, são todas as que utilizam as tecnologias de informação e comunicação, sejam *startups* de qualquer ramo, como as *fintechs*, ou quaisquer outras. Também se pode dizer que são empresas de tecnologia as que fabricam aparelhos como computadores, *smartphones*, e por aí vai. Daí a designação alternativa de empresas de plataforma ou, mais propriamente, serviços mediados por empresas de plataforma, embora se reconheça a persistente falta de precisão técnica. No caso particular da *Uber*, uma decisão do Tribunal de Justiça da União Europeia considerou que a atividade da empresa não se enquadra nos serviços da sociedade de informação, mas no domínio dos transportes.¹³

O aspecto a ser aqui estudado é a relação entre a empresa de plataforma e o consumidor do serviço intermediado, que deu origem à designação P2P (*peer-to-peer* – os pares: o prestador direto do serviço, proprietário do bem, e o utilizador), rotulando a proposição de uma terceira espécie de relação jurídica, distinta de B2C (*business-to-consumer*) e de B2B (*business-to-business*).¹⁴ Alegando uma posição de neutralidade

12 Uma das queixas era a concorrência desleal, pois as empresas hoteleiras têm que pagar impostos que não são igualmente cobrados da *Airbnb*.

13 Disponível em: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=F-310F8856EFAD31%2067AD8ABABD393964C?text=&docid=198047&pageIndex=0&doclang=pt&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=6108279>. Acesso em 16/8/2020.

14 A Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico - OCDE (OECD na sigla em inglês) adotou as designações *peer platform* para a empresa de plataforma, *peer provider* para quem fornece o produto ou serviço, e *peer consumer* para o destinatário do produto ou serviço (OECD, 2016). Michelle BUBLITZ (2019) equiparou a relação jurídica formada com a plataformas das plataformas àquela de que participam as administradoras de cartões: a relação adquira estrutura triangular, mas se mantém bilateral em relação aos deveres e consequentes responsabilidades, porque um só é o polo prestador, aquele que reúne, solidariamente, a plataforma e o fornecedor imediato.

em relação à atividade finalística por ela intermediada, a empresa de plataforma busca uma evasão de responsabilidade civil. É o tema que será desenvolvido adiante.

3. A PROTEÇÃO AO CONSUMIDOR FRENTE À TECNOLOGIA

É possível – e necessário – distinguir entre a estrutura econômica e a jurídica. Na economia, o surgimento da plataforma intermediária revelou um novo *player*, diferente de terceiros como o agente, o comissário e o corretor. Em relação a essas figuras, a plataforma agrega algo novo. Não se trata de um terceiro com atuação prescindível, mas de um ator necessário a um novo modelo de negócio, cuja função é servir de elemento de conexão entre as partes materialmente interessadas e sem o qual o negócio como tal não existiria. Forma-se uma cadeia contratual que proporciona o negócio: contratos iniciais da plataforma com o proprietário do bem e com o eventual usuário; contrato final entre proprietário do bem (prestador do serviço) e o utilizador (tomador do serviço). Geralmente, há um quarto interveniente, a administradora do cartão de crédito, principal – quando não o único - meio de pagamento utilizado (outra plataforma).

Do ponto de vista econômico, o novo modelo mobiliza bens ociosos e os transforma em ativos que servem a terceiros. Usar passa a significar mais do que ter. O automóvel, antes usado apenas para proveito próprio do proprietário, agora transporta terceiros e gera renda. A casa de praia, que ficava fechada a maior parte do tempo, agora abriga hóspedes transitórios. O passageiro e o hóspede desfrutam dos bens alheios, não necessitando adquirir a propriedade. A plataforma aproximou esses atores em um novo tipo de relação. Teoricamente, todos ganham: o preço final pode ser mais barato do que um serviço convencional de hotelaria ou de táxi – ganha o consumidor;¹⁵ o prestador não precisou imobilizar capital ou sequer constituir empresa para operar – ganha o proprietário do imóvel ou do automóvel;¹⁶ ganha também a empresa de plataforma, que não paga impostos nem

15 O que nem sempre é verdadeiro, haja vista a chamada tabela flexível, pela qual a empresa *Uber* varia os preços conforme a demanda.

16 O modelo básico, porém, apresentou derivações. Muitos transportadores deixaram de ser ocasionais, fazendo da atividade o seu principal meio de vida. Alguns compraram automóveis com esse fim específico; outros, em grande número, passaram a

encargos trabalhistas. Tudo isso se passou em interações privadas, sem necessidade de atuação do Estado. Deve ele intervir?¹⁷

Ao Estado cabe avaliar as perdas: as dele próprio, quantos aos impostos (e eventuais ganhos); as dos empreendedores convencionais – hotéis e taxistas –, que se veem a braços com um novo concorrente; e os interesses extraprestacionais dos chamados pares, especialmente o par consumidor (conforme a nomenclatura da OCDE) na ocorrência de danos. O que cabe perguntar é quem paga a conta se alguma coisa der errada – por exemplo, se a habitação estava infectada¹⁸ ou se o motorista foi desrespeitoso.¹⁹

Há outros aspectos do interesse público a considerar. A sustentabilidade ambiental, que teoricamente seria beneficiada com o transporte por aplicativos, em muitas cidades saiu prejudicada com aumento da circulação de automóveis, porque o preço baixo dos aplicativos passou a ser competitivo frente ao transporte público. A queda na demanda colocou em dificuldades financeiras as empresas de transporte público, sendo algumas estatais. É de se perguntar, portanto, se a livre iniciativa, que parecia ser suficiente para justificar o transporte por aplicativos, não deve ser regulada para cumprir as finalidades que lhe atribui o art. 170, da Constituição (PASQUALOTTO, 2019).

locar automóveis.

- 17 A regulação dos serviços de plataforma é uma das questões cruciais dessa matéria. Amanda Flávio de Oliveira alude à possibilidade de modelos alternativos de autorregulação, em que o papel do Estado pode ser o de homologar as normas privadas ou aplicar as sanções aos infratores. Ressalta, contudo, que falta pesquisa empírica que permita compreender os reais efeitos e impactos da economia compartilhada (OLIVEIRA, 2018). Atenta à necessidade de pesquisa, a cidade de Amsterdam integrou a Universidade de Amsterdam à sua política para a economia colaborativa, atribuindo-lhe a função de produzir dados sobre os impactos econômicos, ambientais e sociais, capazes de subsidiar as políticas públicas municipais nesse setor. Veja em: https://ec.europa.eu/growth/tools-databases/dem/monitor/sites/default/files/DTM_Amsterdam%20v1.pdf. Acesso em 15/8/2020.
- 18 Exemplificativamente: a 9ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul reconheceu a legitimidade passiva da *Airbnb* em ação de reparação de danos materiais e morais, julgada procedente, porque o apartamento alugado pela autora em Paris estava infectado por percevejos (Apelação Cível nº 70082965377 [nº CNJ]: 0268446-03.2019.8.21.7000], rel. Des. Eduardo Kraemer, j. 17/12/2019).
- 19 Também exemplificativamente: a 4ª Turma Recursal Cível dos Juizados Especiais Cíveis do Rio Grande do Sul acolheu a legitimidade passiva da *Uber* para responder por agressões verbais e ameaças do motorista aos passageiros, julgando improcedente a ação no mérito por falta de provas (Recurso Inominado nº 71009267709 [nº CNJ]: 0008953-59.2020.8.21.9000], rel. Dr. Jerson Mocir Gubert, j. 15/5/2020).

3.1. O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR E OUTRAS FONTES

Do ponto de vista dos interesses dos consumidores, a indagação é se a proteção existente frente aos serviços digitais é suficiente ou se outras leis são necessárias. Essa análise pode começar pelo Código de Defesa do Consumidor.

Tornou-se comum afirmar que o CDC instituiu um microssistema dentro do ordenamento jurídico brasileiro²⁰ destinado a reger as relações de consumo como gênero que comporta múltiplas espécies: contratos de compra e venda, de locação, de prestação de serviços os mais diversos – transportes, hospedagem, assistência à saúde etc. O tempo trouxe novos tipos de negócios, como o comércio eletrônico, que não exista em 1990 (ano de promulgação do CDC) pela singela razão que sequer era conhecido – ao menos publicamente – o seu suporte, que é a internet.²¹ Destinando-se a reger múltiplas relações jurídicas a técnica legislativa do CDC seguiu o modelo das normas abertas, que permitem aplicação sobre uma variada e ampla gama de fatos. As normas abertas têm a virtude da flexibilidade interpretativa e de longa permanência, atraindo inclusive fatos sociais novos, inexistentes ao tempo de criação da norma. Portanto, os serviços da sociedade da informação (pode resumir-se nisso todos os serviços da era digital) não escapam à incidência do CDC.

Começemos pelo princípio justificador da proteção ao consumidor: a sua vulnerabilidade. O usuário de redes sociais (que são consumidores indiretos, porque embora não paguem para nelas entrar e permanecer as redes faturam com publicidade na proporção de pessoas inscritas) fica com seus dados expostos, como já se viu; o usuário dos serviços de plataforma igualmente, além de se sujeitarem a aderir aos termos volúveis das suas políticas de uso e privacidade. Da vulnerabilidade se deduz a necessidade de proteção, que pode deduzida de diversas normas existentes no CDC.

No art. 6º encontra-se entre os direitos básicos do consumidor o direito à informação (art. 6º, III), do qual é deduzida a transparência da

20 A expressão microssistema vem de Orlando GOMES (1983), que acreditava ter chegado ao fim a era das grandes codificações e ter chegado a dos microssistemas, tendo em vista a necessidade cada vez maior de leis especializadas e particulares. A expressão foi usada por Nelson NERY JÚNIOR (1992) para definir o Código de Defesa do Consumidor.

21 Não por outra razão tramitam no Congresso Nacional dois projetos de lei de atualização do CDC, um deles – PL 3.415 – sobre comércio eletrônico, o outro – PL 3.415 – sobre superendividamento, fenômeno ainda não tratado àquela época.

oferta (art. 31). O art. 43 e seguintes disciplinam os bancos de dados e cadastros de consumidores, disposições pioneiras no ordenamento jurídico brasileiro, que anteciparam o advento da sociedade da informação na intensidade hoje conhecida. Vários outros dispositivos do CDC podem ser invocados, conforme a situação fática que se apresenta, por exemplo, os relativos à prevenção de danos (art. 8º a 10) – deveres do fornecedor que têm por fundamento a boa-fé objetiva, que é princípio estrutural das relações de consumo (art. 4º, III).

Aliás, convém realçar o importantíssimo papel do dispositivo agora referido, ao enunciar aquele que, em termos gerais, pode ser chamado de princípio da harmonia das relações de consumo. O referido art. 4º, inc. III, preconiza que as relações entre consumidores e fornecedores sejam harmoniosas e equilibradas, compatibilizando “a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico” com a proteção do consumidor. Portanto, a defesa do consumidor não deve ser vista como um antagonismo à livre iniciativa. Ambas se integram ao conjunto de princípios e fins da ordem econômica (art. 170, da Constituição) e nessa perspectiva devem harmonizar-se.

Não se pode, porém, deixar de referir que, em caso de danos ao consumidor – por exemplo, violação da sua privacidade – as normas reparadoras devem ser atuadas – artigos 12 ou 14, do CDC, conforme o caso.

O avanço tecnológico acabou por impor a necessidade de novas leis, como o Marco Civil da Internet e a Lei Geral de Proteção de Dados. Pela internet transitam as mais variadas relações jurídicas, não só as de consumo. Do mesmo modo, a LGPD encontra aplicação mais ampla do que às relações de consumo em particular. Porém, no que diz respeito a estas, CDC, MCI e LGPD foram um bloco protetivo dos consumidores, devendo ser interpretadas como sistema.

De resto, qualquer outra lei, decreto, ato administrativo ou convenção internacional de que o Brasil seja parte pode servir de fundamento à defesa do consumidor, como dispõe expressamente o art. 7º, “caput”, do CDC, antecipando a teoria do diálogo das fontes, mais tarde desenvolvida entre nós por Claudia Lima MARQUES (2005). Do Código Civil, em diálogo com o Código de Defesa do Consumidor, pode citar-se o art. 932, III, para imputar à empresa de plataforma a responsabilidade por danos em acidente de trânsito em que seja culpado o motorista prestador do serviço, mesmo relativamente ao dano que atinge terceiro, como preconiza em sua tese Michelle BUBLITZ (2019) – caso no qual também se pode invocar o art. 17, do CDC, que equipara a consumidor a vítima do evento.

3.2. REGULAÇÃO

Por fim, uma brevíssima palavra sobre o tema crucial da regulação. O que se enfrenta, neste ponto, é a extraterritorialidade da tecnologia e o seu poder de definir os próprios limites. Como referem Ingo SARLET e Ivar HARTMAN (2019), a arquitetura das redes sociais (e dos serviços comunicacionais de modo geral) é construída à base de decisões privadas, que determinam o que os usuários podem ou não fazer por delimitação dos códigos (algoritmos) impostos. Esses códigos derrotam as normas, porque eles *são*, diferentemente do *dever ser* normativo. Por outro lado, os dados trafegam internacionalmente, desconhecendo fronteiras geográficas e jurisdições soberanas.

Cogita-se, contingencialmente, de autorregulamentação (UHEARA e TAVARES FILHO, 2019), mas, como adverte Jean CALAIS-AULOY (2013), um dos pioneiros na teoria da defesa do consumidor, embora a auto-disciplina cumpra um papel não negligenciável, não é suficiente para instituir um equilíbrio entre fornecedores e consumidores, e somente a lei corrige os efeitos perversos do liberalismo. O embate entre as forças do mercado e a regulação possivelmente jamais termine. A tecnologia é o seu novo *front*.

4. CONCLUSÃO

A palavra, de fato, é *desafios* para expressar o que a tecnologia põe para o direito. Muitos acreditam que dela nasceram novas relações. Mais parece que os desafios não são conceitualmente normativos, mas de efetividade do direito. Nem nessa dimensão é um desafio novo, porque outros semelhantes surgiram há muito tempo, explicando a existência de organismos internacionais que tentam harmonizar relações transnacionais - haja vista, por exemplo, a Organização Internacional do Comércio e o fato historicamente ainda recente do comércio eletrônico. Não há cogência no direito internacional, portanto, é necessária uma arquitetura que exige consenso entre as nações - e por razões políticas nem sempre ele é alcançado.

Nas relações mediadas por tecnologia há outro complicador poderoso, que é a codificação de uso imposta por quem tem o domínio da rede. Aí está a principal evidência de que o problema não é normativo, mas de alcance da efetividade do direito. Para isso, os tempos são ainda muito recentes.

REFERÊNCIAS

BAUMAN, Zygmunt. *Vida para consumo*. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro, Zahar, 2008.

BETTI, Emilio. *Teoria geral do negócio jurídico*. Trad. Ricardo Rodrigues Gama. Tomo I. Campinas: LZN, 2003.

BUBLITZ, Michelle. *Disrupção na prestação e no consumo dos serviços de transporte: novo direito?* Tese de doutorado. Programa da Pós-Graduação em Direito. PUCRS, 2019.

CALAIS-AULOY, Jean. Rapport de synthèse. In : MAINGUY, D ; DEPINCÉ, M(-sous la direction de). *40 ans de droit de la consommation : 1972-2012 : bilan et perspectives*. Faculté de Droit et de Science Politique de l'Université Montpellier I, 2013.

FERRY, Luc. *A inovação destruidora: ensaio sobre a lógica das sociedades modernas*. Trad. Vera Lúcia dos Reis. Rio de Janeiro: Objetiva, 2015.

GOMES, Orlando. O poder legislativo da empresa. In: *Novos temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

_____. A caminho dos microssistemas. In: *Novos temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

MARQUES, Claudia Lima. A nova noção de fornecedor no consumo compartilhado: um estudo sobre as correlações do pluralismo contratual e o acesso ao consumo. *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 11, 2017.

MARQUES, Claudia Lima. Três tipos de diálogos entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002: superação das antinomias pelo diálogo das fontes. In: PFEIFFER, Roberto A. C.; PASQUALOTTO, Adalberto (Coord.). *Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002: convergências e assimetrias*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MENDES, Laura Schertel. *Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor: linhas gerais de um novo direito fundamental*. São Paulo: Saraiva, 2014.

NERY JÚNIOR, Nelson. Os princípios gerais do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 3, 1992.

OECD. *Protecting consumers in peer platform markets: exploring the issues*, 2016. Disponível em: <https://www.oecd-ilibrary.org/docserver/5jlvwz39m1zw-en.pdf?expires=1597710758&id=id&accname=guest&checksum=4F8FD0F7807AF259085744AF10F353D0>. Acesso em 17/8/2020.

OLIVEIRA, Amanda Flávio de. Economia colaborativa e desafios ao ordenamento jurídico brasileiro: primeiras reflexões. *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 115, 2018.

PASQUALOTTO, Adalberto. Valor e desvalor da livre iniciativa. *Civilistica.com*, vol. 8, série 3, 2019. Disponível em: <http://civilistica.com/wp-content/uploads/2019/12/Pasqualotto-civilistica.com-a.8.n.3.2019.pdf>.

SARLET, Ingo; HARTMANN, Ivar A. M. Direitos fundamentais e direito privado: a proteção da liberdade de expressão nas mídias sociais. *RDU*, vol. 16, nº 90, 2019.

THE NEW YORK TIMES. Edição de 17/3/2018. Disponível em: <https://www.nytimes.com/2018/03/17/us/politics/cambridge-analytica-trump-campaign.html>. Acesso em 14/8/2020.

WARREN, Samuel; BRANDEIS, Louis. The right to privacy. *Harvard Law Review*, vol. 5, nº 5, 1890.



**ENTRE A INCIPIÊNCIA DA REFORMA
TRABALHISTA E O PANDÊMICO “DIREITO DO
TRABALHO DE EMERGÊNCIA”: COMENTÁRIOS
SOBRE A (FALTA DE) REGULAMENTAÇÃO DO
TELETRABALHO NO BRASIL**

**BETWEEN THE INCIPIENCE OF LABOR REFORM
AND THE PANDEMIC “EMERGENCY LABOR LAW”:
COMMENTS ON THE (LACK OF) REGULATION OF
TELEWORK IN BRAZIL**

*DENISE FINCATO¹
GUILHERME WÜNSCH²*

Resumo: O artigo conceitua o teletrabalho, recordando que suas raízes são muito anteriores a Jack Nilles. Aponta seus elementos essenciais e sua classificação dogmática para, então, passar a comentar cada um dos dispositivos que o regram no Brasil, inseridos pela reforma trabalhista na Consolidação das Leis do Trabalho, bem como as alterações trazidas pela Medida Provisória nº 927/20, editada em razão do Decreto Legislativo de Estado de Calamidade (nº 06/2020), que autorizou uma série de medidas flexibilizatórias quanto ao instituto estudado, mas que não foi

-
- 1 Pós-Doutora em Direito do Trabalho pela Universidad Complutense de Madrid (Espana). Doutora em Direito pela Universidad de Burgos (Espana). Professora Pesquisadora do PPGD da PUCRS. Titular da Cadeira nº 34 da ASRDT. Advogada e Consultora Trabalhista. E-mail: dpfincato1@gmail.com.
 - 2 Pós-Doutor em Direito pela PUCRS. Doutor em Direito pela UNISINOS. Professor do PPGD da UNISINOS. Titular da Cadeira nº. 26 da ASRDT. Advogado. E-mail: profguilherme.unisinos@yahoo.com.br

convertida em Lei, ao final do prazo de sua vigência. Conclui no sentido de que a retomada das atividades econômicas após a Pandemia deve levar em conta estas novas modalidades de trabalho, que serão mais utilizadas, o que reforça a necessidade de estudos que qualifiquem essas inovadoras possibilidades de teletrabalho.

Palavras-Chave: Teletrabalho. Reforma Trabalhista. COVID-19.

Abstract: The article conceptualizes teleworking, recalling that its roots go far beyond Jack Nilles. It points out its essential elements and its dogmatic classification, so that it can begin to comment on each of the provisions that govern it in Brazil, inserted by the labor reform in the Consolidation of Labor Laws, as well as the changes brought by Provisional Measure No. 927/20, edited by reason of the Legislative Decree of the State of Calamity (nº 06/2020), which authorized a series of easing measures regarding the studied institute, but that was not converted into Law, at the end of the term of its effectiveness. It concludes in the sense that the resumption of economic activities after the Pandemic must take into account these new forms of work, which will be more used, which reinforces the need for studies that qualify these innovative teleworking possibilities.

Keywords: Teleworking. Labor Reform. COVID-19.

1. INTRODUÇÃO

O teletrabalho é modalidade de prestação de serviços inequivocamente flexibilizatória: flexibiliza o tempo e o espaço do trabalho em face de seu modelo clássico, cunhado na era da Revolução Industrial. Com o teletrabalho, que não é destinado apenas às relações de emprego – mas que aqui será estudado exclusivamente sob este prisma -, não se faz mais necessária a coabitação do empregador e de seus empregados, ao revés, seu pressuposto é a distância entre ambos. Da mesma maneira, com o teletrabalho, é possível trabalhar – sempre que a atividade o permitir – em horários aleatórios, distintos dos fabris ou até mesmo do padrão social, observando biorritmos, responsabilidades familiares ou outras condicionantes-limitantes do tempo do trabalhador, desde que se faça a mediação da distância via tecnologias de informação e comunicação.

O teletrabalho foi fenômeno construído no espaço entre a administração de empresas e a tecnologia da informação. Talvez por isto, seu conceito foi dali importado e o trato jurídico ao instituto tardou a chegar.

Nas últimas duas décadas, no Brasil, embora já se pensasse sobre o assunto enquanto um fato jurídico, pouco se escrevia sobre o mesmo, refletindo-se isto na ausência de legislação acerca desta modalidade laboral.

Destarte, seguiu-se com a necessidade de maior verticalização na minúcia legislativa do contrato. A experiência internacional era e é inequívoca ao demonstrar tal necessidade: Portugal, Espanha, Colômbia, Itália, entre outros: todos já têm alguma regulação para o teletrabalho. Enquanto a legislação brasileira não vinha, algumas empresas ou categorias supriam as lacunas legais com regulamentos empresariais e instrumentos coletivos.

Em março de 2020, com a chegada da pandemia de coronavírus ao Brasil, uma das alternativas para a continuidade de negócios e preservação de empregos de que se lançou mão foi exatamente o teletrabalho. Durante a vigência do Decreto-Legislativo nº 06/2020, que decreta Estado de Calamidade no Brasil, estima-se que uma grande parte da população trabalhadora brasileira alterará o perfil de seu contrato para a prestação remota de serviços, ensejando uma série de questionamentos e desdobramentos. Mesmo antes do vigor da Medida Provisória nº 927/2020, especialistas alertavam³ para o potencial do teletrabalho como mecanismo que permitiria a conciliação da continuidade do trabalho com as políticas de isolamento social.

O estudo é realizado sob bases científicas, utilizando-se de método de abordagem dedutiva, métodos de procedimento histórico, comparativo, tipológico e estruturalista e método de interpretação sistemático. A pesquisa foi essencialmente bibliográfico-documental. Enfim, é sobre o teletrabalho e sua utilização em tempos de pandemia de Coronavírus no Brasil que este estudo trata, esperando contribuir para a compreensão do tema e, com isto, oportunizar uma melhor aplicação da norma.

2. NAS LINHAS GERAIS DA REFORMA TRABALHISTA: UMA TENTATIVA DE REGULAMENTAÇÃO DO TELETRABALHO E SUA TRANSIÇÃO PARA A DESAFIADORA REALIDADE IMPOSTA PELA PANDEMIA DE COVID-19

A Lei nº 13.467/2017 alterou o *status quo* da igualização genérica outrora estabelecida pelo artigo 6º da Consolidação das Leis do Traba-

3 Neste sentido, ver: <https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/covid-19-e-relacoes-de-trabalho-planejando-a-parada/>. Acesso em: 01 ago.2020.

lho - CLT⁴ entre o trabalho a distância e o trabalho presencial. Abriu-se capítulo, ainda que tímido, para acomodar a normatização do teletrabalho, a exemplo do que fez Portugal ainda em 2003⁵ em seu Código do Trabalho. Há, ainda, duas outras referências ao teletrabalho dispostas no texto reformado da CLT: os artigos 62, III ⁶ e 611-A, VIII. O primeiro, para localizar o teletrabalho entre as formas de prestação de serviço subordinado excluídas do controle da duração de jornada e o segundo para dizê-lo tema factível de negociação coletiva.

No Brasil, o tema tarda a chegar, quer no plano teórico, quer no plano prático⁷. Para fins jurídicos, tanto mais. Como já destacado, o trabalho telemático foi admitido pela legislação brasileira apenas em 2011 e o teletrabalho somente foi formalmente reconhecido e regrado na Reforma Trabalhista, em 2017. Com a pandemia Covid-19, ganha popularidade e destaque, merecendo ênfase na Medida Provisória nº 927, de 2020, cuja vigência expirou no mês de julho deste mesmo ano. O teletrabalho é modalidade especial de trabalho a distância, tipo específico, contido neste. Não à toa, o legislador reformista o colocou com requisitos específicos e formalidades intrínsecas à contratação, que o fazem um contrato de tipo especial.

No teletrabalho, conjugam-se elementos que permitem identificar algo além do mero trabalho fora do estabelecimento (sede física) do empregador. Tem-se a presença obrigatória da tecnologia da comunicação

4 Art. 6º Não se distingue entre o trabalho realizado no estabelecimento do empregador, o executado no domicílio do empregado e o realizado a distância, desde que estejam caracterizados os pressupostos da relação de emprego. (Redação dada pela Lei nº 12.551, de 2011)

Parágrafo único. Os meios telemáticos e informatizados de comando, controle e supervisão se equiparam, para fins de subordinação jurídica, aos meios pessoais e diretos de comando, controle e supervisão do trabalho alheio.

5 Código do Trabalho de Portugal, disponível em http://cite.gov.pt/pt/legis/CodTrab_LR1_004.html#L004S14, Acesso em: 31 jul. 2020. A legislação sobre teletrabalho foi novamente alterada em 2009.

6 Em razão de sua exclusão do regime de controle da duração do trabalho, alguns doutrinadores têm entendido que os contratos em regime de teletrabalho não são suscetíveis de redução de jornada/salário (MP 936/2020, convertida na Lei 14.020/2020). Neste sentido, ver BOMFIM, Volia. MP 936 – Medidas Trabalhistas para o enfrentamento da crise. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=TJ-YytPp6Mw>. Acessado em: 31 jul. 2020.

7 Cita-se a SERPRO como das primeiras empresas a utilizar, oficialmente, o teletrabalho como forma de prestação de serviços no Brasil. Neste sentido, ver: PINTO, J. O. **Avaliação da viabilidade de implantação do teletrabalho no domicílio: um estudo de caso no SERPRO**. Dissertação de Mestrado. Florianópolis: UFSC, 2003

e informação, quer como ferramenta de trabalho, quer como mediadora da distância relacional, ou até como próprio espaço (virtual) de trabalho. Os sujeitos da relação de emprego atuam via mecanismos telemáticos na maior parte do tempo, encontrando-se fisicamente distantes, verificando-se a presença de tecnologia da informação e comunicação como elementos inafastáveis de seu conceito e constatação. O teletrabalho não afasta a relação subordinada, como se desconfiava nos primórdios de seus estudos. A questão, aliás, foi resolvida legislativamente no Brasil ainda em 2011, com a alteração do artigo 6º da CLT que admitiu mesma eficácia presencial ao comando, supervisão e controle exercidos de forma telemática⁸, não sem antes igualar o trabalho presencial ao trabalho a distância (gênero do qual o teletrabalho faz parte). Tal igualização legal-formal, no entanto, não satisfaz as peculiaridades da modalidade laboral específica, de modo que, o meio produtivo, seguia reclamando melhores definições legais e, enquanto tais não vinham, apostava em políticas (regulamentos) empresariais e instrumentos coletivos para supressão da lacuna legal.

Seguindo o exemplo de ordenações estrangeiras e o próprio costume da CLT, o legislador reformista ocupou-se em positivar a conceituação do teletrabalho, acertadamente identificando-o como mera forma diferenciada de prestar serviços. Com isto, afasta-se a ideia de que os teletrabalhadores ocupariam categoria profissional diferenciada, por exemplo, eis que qualquer atividade em que possível a transmissão/realização do trabalho pelas tecnologias de informação e comunicação torna-se passível de teletrabalho.

Seguramente, um dos pontos mais importantes (e de ainda incipiente debate doutrinário e jurisprudencial) é a atribuição legal aos sujeitos da relação empregatícia do direito-dever de dispor acerca da aquisição, manutenção ou fornecimento dos equipamentos e infraestrutura para o teletrabalho, devendo ser estas cláusulas obrigatórias nos contratos respectivos. Entende-se que se as partes assim não dispuserem, pela lógica protetiva laboral, aliada ao fato de que, genericamente, é do empregador o risco do empreendimento⁹, em eventual demanda judicial será atribuído ao empregador o dever de ressarcir os custos eventualmente

8 Conjunto de serviços informáticos fornecidos através de uma rede de telecomunicações. **Dicionário Online de Português**. Disponível em: <https://www.dicio.com.br/telematica/> Acessado em 31 jul. 2020.

9 Art. 2º da CLT: “Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, **assumindo os riscos da atividade econômica**, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviços”, recordando que a direção da prestação pessoal de serviços pode se dar por meio telemático para os fins de caracterização da subordinação, segundo o que estabelece o artigo 6º da CLT.

arcados pelo teletrabalhador na composição da infraestrutura necessária à prestação do trabalho remoto, incluindo-se aí a aquisição e manutenção de equipamentos informáticos.

No entanto, o legislador também cita as despesas eventualmente arcadas pelo empregado, apontando que poderão ser *reembolsadas* pelo empregador. A doutrina costuma apontar, como mais comumente argüíveis, os acréscimos nos encargos domésticos ordinários a que o trabalhador remoto será submetido por passar a laborar desde sua casa. Cita-se como exemplo, elevações nas despesas de energia elétrica, no consumo de gás, na telefonia e no uso da internet, as quais facilmente são observadas neste período de isolamento social e aumento de teletrabalho. Como despesas extraordinárias, tem-se o custeio de passagens e hospedagens necessárias à participação do teletrabalhador em momentos laborais presenciais obrigatórios (reuniões, capacitações, integrações). Veja-se que também nesta hipótese deve a contratação ser suficiente e exauriente: para além de prever o máximo possível das despesas, também se deve estimar valores-teto e sistema de reembolso, se assim for o pacto entre as partes (pois, inclusive, se pode pactuar no sentido de que a empresa não as reembolsará).

De toda a sorte, se entregues bens, custeados serviços ou ressarcidas despesas ao empregado, tais “utilidades” não serão consideradas verbas de natureza salarial e não integrarão a remuneração do trabalhador, a exemplo do que já acontece com os benefícios previstos no artigo 458 § 2º da CLT¹⁰ ou com a Participação nos Lucros e Resultados disciplinada pela Lei nº 10.101/2000¹¹.

No Brasil, segundo dados apresentados pela Agência Brasil, com base em pesquisa efetuada pela Fundação Instituto de Administração, o trabalho remoto mediado por tecnologia foi estratégia adotada por 46%

10 Art. 458 – [...]§ 2º Para os efeitos previstos neste artigo, não serão consideradas como salário as seguintes utilidades concedidas pelo empregador: I – vestuários, equipamentos e outros acessórios fornecidos aos empregados e utilizados no local de trabalho, para a prestação do serviço; II – educação, em estabelecimento de ensino próprio ou de terceiros, compreendendo os valores relativos a matrícula, mensalidade, anuidade, livros e material didático; III – transporte destinado ao deslocamento para o trabalho e retorno, em percurso servido ou não por transporte público; IV – assistência médica, hospitalar e odontológica, prestada diretamente ou mediante seguro-saúde; V – seguros de vida e de acidentes pessoais; VI – previdência privada; VII – (VETADO) VIII - o valor correspondente ao vale-cultura. Disponível em: <http://cltonline.blogspot.com/2010/02/art-458.html#ixzz4u1k5x1zf>

11 Lei nº 10.101/2000 – Dispõe sobre a Participação dos trabalhadores nos lucros ou resultados da empresa e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L10101.htm. Acessado em 31 jul. 2020.

das empresas durante a pandemia. O percentual de companhias que adotou o teletrabalho durante a quarentena foi maior no ramo de serviços hospitalares (53%) e na indústria (47%). Já entre as grandes empresas, o índice das que colocaram os funcionários em regime de teletrabalho ficou em 55% e em 31%, entre as pequenas. Um terço do total das empresas (33%) disse que adotou um sistema parcial de trabalho em casa, valendo apenas em alguns dias da semana.¹²

Consoante recentes pesquisas de levantamento de dados realizada pelo IPEA já no período de pandemia, a qual deu origem à Nota Técnica intitulada ‘Potencial de Teletrabalho na Pandemia: um retrato do Brasil e do mundo’¹³, o distanciamento social, usado atualmente como parte das medidas de redução da disseminação da Covid-19, é substanciado pelo aumento do teletrabalho. Ao eliminar gradualmente o confinamento, o teletrabalho deve ser mantido o maior tempo possível, para permitir que os trabalhadores que não podem permanecer em tal modalidade voltem ao trabalho, mantendo mínimo o risco de infecção, sendo que as indústrias estratégicas devem ser prioridade, especialmente aquelas em que o home office não é possível. Cabe destacar que o Brasil possui, na média, um percentual de pessoas em potencial de teletrabalho de cerca de 22,7%, que corresponde a 20,8 milhões de pessoas, estando o Distrito Federal como maior percentual de potencialidade de trabalhadores na modalidade teletrabalho (31,6%), em torno de 450 mil pessoas. Por sua vez, o estado do Piauí é o que apresenta o menor percentual em teletrabalho (15,6%), ou seja, em torno de 192 mil pessoas poderiam potencialmente estar em teletrabalho.

Números como estes não apenas demonstram a necessidade de uma melhor regulamentação da matéria, no cenário pós-pandemia, em que o mercado de trabalho sinaliza o teletrabalho como uma modalidade de elevação geométrica, mas, igualmente, a disposição sobre custos, reembolsos, nos termos já antes descritos, e, especialmente, uma nova preocupação na relação empregado-empregador, que é a saúde psicofísica do teletrabalhador, a qual já tem motivado, inclusive, posicionamento da OIT.

Nas questões de segurança e saúde ocupacional dos teletrabalhadores, além dos conhecidos benefícios para seu bem-estar, os dois de-

12 Para mais detalhes, ver: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2020-07/home-office-foi-adotado-por-46-das-empresas-durante-pandemia>. Acesso em: 5 ago.2020.

13 Conforme conclusões apresentadas em: https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/conjuntura/200608_nt_cc47_teletrabalho.PDF. Acesso em: 7 ago.2020.

safios mais comumente reconhecidos são os riscos psicossociais e a má ergonomia. Trabalhar em casa durante a pandemia COVID-19 é diferente de teletrabalhar como regra, dado o período mais prolongado de prestação de serviços. Esta situação em si está provocando níveis mais elevados de ansiedade em trabalhadores, devido às implicações para a saúde, sociais e econômicas da crise.

Outra preocupação que parece ser a tônica dos próximos anos de teletrabalho, são as possibilidades que esta forma de trabalho possui de aumento de risco de violência habilitada pela tecnologia, como o *cyberbullying* e assédio moral virtual. As medidas de segurança e saúde ocupacional deverão em um futuro muito próximo ser ainda mais reforçadas para prevenir e reduzir os riscos psicossociais desta situação, promovendo, ativamente, a saúde mental e o bem-estar dos trabalhadores e reduzindo o risco dos empregadores que adotarem tais providências.

É neste sentido que se destacam algumas das diretrizes já publicizadas pela OIT no Relatório *‘Teleworking during the COVID-19 pandemic and beyond A Practical Guide’*¹⁴ Empregadores, trabalhadores e profissionais de SST precisam estar cientes dos riscos associados ao trabalho em tempo integral no regime de teletrabalho (acentuados pela pandemia COVID-19 e a exigência de distanciamento físico), destacando o documento internacional alguns riscos como:

- a) tecnoestresse e vício em tecnologia e sobrecarga, o que aumenta a fadiga, irritabilidade e a incapacidade de desconexão do trabalho e descanso adequado;
- b) aumento do consumo de álcool e outras drogas para melhorar o desempenho, o que pode aumentar as emoções negativas, diminuir o desempenho e contribuir para um aumento na agressão e violência;
- c) comportamento sedentário prolongado, trabalhando em uma posição por longos períodos sem se mover, o que aumenta o risco de problemas de saúde, incluindo distúrbios musculoesqueléticos (MSDs), visuais, fadiga, obesidade, doenças cardíacas;
- d) a ergonomia dos móveis domésticos pode não ser ideal para o teletrabalho prolongado. Os empregadores devem, portanto, informar os trabalhadores sobre as principais questões ergonômicas, inclusive por meio de treinamento. A responsabilidade pela ergonomia correta para prevenir

14 OIT. **Teleworking during the COVID-19 pandemic and beyond A Practical Guide**. Disponível em: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---protrav/---travail/documents/publication/wcms_751232.pdf. Acesso em: 8 ago.2020.

MSDs deve ser compartilhada por empregadores e trabalhadores.

e) devido ao isolamento prolongado, existe o risco de esgotamento e sensação de exclusão, o que obriga um esforço adicional de empregadores, profissionais de RH, supervisores diretos e colegas para estender o apoio mútuo.

f) ferramentas de tecnologia e internet lentas ou desiguais também podem causar frustração e irritabilidade; portanto, ferramentas adequadas e funcionando bem para teletrabalhadores devem ser garantidas.

g) o conflito trabalho-vida e os desafios relacionados à gestão das fronteiras entre trabalho, tempo e obrigações pessoais são exacerbados, incluindo a incapacidade de se desligar do trabalho. Este é especialmente o caso para aqueles empregados com responsabilidades de cuidados, como os pais com crianças em idade escolar em casa.

Os caminhos pós pandemia apontam para uma acentuação da sociedade digital à qual a pandemia forçou uma espécie de adaptação acelerada, especialmente no campo do trabalho (e do Direito do Trabalho). A pandemia demonstrou que, na grande maioria dos casos, o teletrabalho é uma realidade plausível e que as plataformas estão funcionando. Porém, ainda é cedo para se afirmar que, no Brasil, este modelo de trabalho já se encontra com regulamentação completa e segura. Ao contrário, trata-se de cenário complexo, que demandará constante exame por parte de empregadores e atores jurídicos.

3. CONCLUSÃO

No teletrabalho, o centro das constatações e do estabelecimento das consequências da relação de emprego deixa de ser o local de trabalho e a compra de horas do dia do empregado. O empregador se polariza, ramifica, estende sua presença e alcance a qualquer local onde a comunicação possa chegar (e, com ela, o trabalho). O empregado passa a efetivamente vender seu trabalho e os padrões remuneratórios migram do salário-hora para o salário-productividade, alterando culturas, diálogos negociais e contratos.

O tempo do trabalho, portanto, deixa de ser tão relevante, o que pode ser positivo, inclusive ao empregado, que passa a ver viável a consecução de sua antiga vindicação pela conciliação digna de suas diversas dimensões vivenciais. No teletrabalho, não há compra de tempo, não há jornada a cumprir. O teletrabalho é atemporal e flexível.

Como a tecnologia não vê fronteiras geográficas, o teletrabalho permite muitos transbordamentos (municipais, regionais, nacionais) e isto leva ao repensar dos modelos contratuais e ao alerta para a necessidade de entidades internacionais fortes e representativas, que garantam a efetividade e eficácia das avenças e dos mínimos existenciais.

Em âmbito nacional, embora com diversos anos de atraso (inclusive em comparação com países sul-americanos), o Brasil regrou as relações de teletrabalho, reconhecendo o fenômeno, quando subordinado, como tipo especial de contrato de trabalho e impondo, para sua validade, a forma escrita. Seguindo a lógica reformista, delega, às partes, em diversos momentos, a decisão sobre questões afetas ao estabelecimento e dinâmica do ajuste (equipamentos e despesas, por exemplo) e impõe ao empregador o dever de instruir o empregado em regime de teletrabalho sobre saúde e segurança no (tele)trabalho, desafios estes potencializados com o período de pandemia e que, indubitavelmente, perdurarão com perenidade nas futuras relações de trabalho.

A incorporação de tecnologia e inovações relacionadas ao mercado de trabalho, dependerá, assim, de aspectos como renda e intensificação de acesso à educação digital, sem deixar de lado que o teletrabalho também revela as desigualdades regionais e os *hubs* de marginalização tecnológica.

A retomada das atividades econômicas após a Pandemia não poderá deixar de levar em conta as novas modalidades de trabalho (no país, diante das constatações deste artigo, pode-se sim classificar como uma nova modalidade, ainda em construção) que, agora testadas, serão certamente mais utilizadas (em âmbito privado ou público) e, espera-se, adotarão perfil muito mais colaborativo, de onde emergirão, até mesmo, as propostas legislativas que melhor atendam aos predicados desta forma de contratação.

REFERÊNCIAS

ALVES, R.V. Teletrabalho: um conceito complexo no Direito Brasileiro. In: **Revista da Faculdade de Direito de Uberlândia**. v. 35: 385-394, 2007.

BOMFIM, Volia. MP 936 – Medidas Trabalhistas para o enfrentamento da crise. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=TJ-YytPp6Mw>. Acessado em: 31 jul. 2020.

DICIONÁRIO Online de Português. Disponível em: <https://www.dicio.com.br/telematica/> Acessado em 31 jul. 2020.

OIT. **Teleworking during the COVID-19 pandemic and beyond A Practical Guide.** Disponível em: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---protrav/---travail/documents/publication/wcms_751232.pdf. Acesso em: 8 ago. 2020.

PINTO, J. O. **Avaliação da viabilidade de implantação do teletrabalho no domicílio: um estudo de caso no SERPRO.** Dissertação de Mestrado. Florianópolis: UFSC, 2003

STEIL, A.V.; BARCIA, R.M. Um modelo para análise da prontidão organizacional para implantar o teletrabalho. In: **Revista de Administração.** São Paulo v. 36, n.1, p. 74-84, janeiro/março 2001.



OS DESAFIOS DAS NOVAS TECNOLOGIAS NO DIREITO DOS NEGÓCIOS

THE CHALLENGES OF NEW TECHNOLOGIES IN BUSINESS LAW

CRISTINA STRINGARI PASQUAL¹

JOSÉ TADEU NEVES XAVIER²

Resumo: As novas tecnologias, típicas da atual sociedade em rede, propiciam inúmeras transformações no mercado, com o surgimento de formas negociais inovadoras, como a prática dos *smart contracts*, a realização de transações econômicas envolvendo moedas virtuais, em especiais os bitcoins, e o desenvolvimento de negócios jurídicos por meio de plataformas digitais. A recepção e regulação destas novas operações econômicas provocam o Direito, que, acostumado com as fórmulas negociais tradicionais, encontra sérias dificuldades no enfrentamento desses desafios que lhe são apresentados.

Palavras-chave: Novas tecnologias, *smart contract*, moedas virtuais, plataformas digitais.

1 Doutora e Mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), professora na Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público – FMP (Graduação e Mestrado em Direito), Coordenadora do Grupo de Pesquisa Proteção do Consumidor como Direito Fundamental desenvolvido na Fundação Escola Superior do Ministério Público – FMP. Advogada.

2 Pós-Doutor em Direito pela Universidade de Santiago de Compostela (Espanha), Doutor e Mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), professor na Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público – FMP (Graduação e Mestrado em Direito), na Escola da Magistratura do Trabalho do Rio Grande do Sul (FEMARGS), e na Faculdade IMED/Porto Alegre. Coordenador do Grupo de Pesquisa Relações Tensionais entre Mercado, Estado e Sociedade e Interesses Públicos *versus* Interesses Privados, desenvolvido na Fundação Escola Superior do Ministério Público – FMP. Advogado da União (josetadeu-nevesxavier@gmail.com).

Abstract: The new technologies, typical of the current network society, provide countless transformations in the market, allowing the emergence of innovative business forms, such as the practice of smart contracts, the realization of economic transactions involving virtual currencies, especially bitcoins, and the development of legal business through digital platforms. The reception and regulation of these new economic operations confront the Law, which, accustomed to traditional business formulas, finds serious difficulties in facing these challenges that are presented to it.

Keywords: New technologies, smart contracts, virtual currencies, digital platforms.

1. INTRODUÇÃO

O advento das novas tecnologias, colocando à disposição uma pléiade de técnicas de programação avançadas e sofisticadas, criando a sociedade em rede, acompanhada da internet das coisas e das formas de inteligência artificial, estabeleceram um novo paradigma para o convívio social, numa intensidade que somente era cogitada pela fértil e fascinante imaginação reproduzida nas obras de ficção científica divulgadas na segunda metade do século passado.

O Direito, por óbvio, não se manteve incólume aos efeitos desta nova realidade, porém são visíveis as dificuldades enfrentadas pelo ordenamento jurídico na recepção e regulação das inovações tecnológicas intrinsecamente tão distantes das tradicionais fórmulas conhecidas em nosso sistema.

O presente ensaio tem por escopo apresentar esta problemática, tomando como referência três figuras específicas: a prática dos *smart contracts*, a realização de transações econômicas envolvendo moedas virtuais, em especiais os bitcoins, e o desenvolvimento de negócios jurídicos por meio de plataformas digitais.

2. A PROBLEMÁTICA JURÍDICA DOS SMART CONTRATS (CONTRATOS INTELIGENTES)

As inovações tecnológicas que assolaram a sociedade contemporânea de imediato projetaram seus reflexos sobre o plano dos contratos, invadindo o espaço dos negócios jurídicos tradicionais, ainda fundados os

alicerces da tradição romano-germana. Os contratos eletrônicos passaram a ser uma realidade inequívoca no cenário contratual do nosso mercado, consolidando-se numa espiral crescente de sofisticação. As contratações formadas no ambiente virtual estão cada vez mais aprimoradas, valendo-se de tecnologia de ponta (*blockchange*), abrindo espaço para a utilização do que se convencionou designar de *smart contract* (contratos inteligentes).

Antonio Carlos Efing e Adrielly Pinho dos Santos, ao se dedicarem ao estudo desta técnica negocial conceituam os *smart contract* como “*aqueles criados por meio de códigos computacionais, cuja execução ocorre automaticamente após a implementação da condição estipulada pelas partes*”, dos quais são características: “*autoexecutoriedade; autoaplicáveis ou obrigatórios, porque nada poderá obstar a sua produção de efeitos; descentralizados e independentes, uma vez que não exigem a intermediação do negócio por terceiro*” (EFING; SANTOS, 2018, p. 60).

A *autoexecutoriedade* é certamente o aspecto mais emblemático desta técnica de contratação, que a diferencia das fórmulas tradicionais de contratação, o que é destacado por David Casz Schechtman ao afirmar que os *smart contracts* representam uma manifestação digital de um contrato “*no sentido de que o acordado entre as partes é transformado em um código de computador autoexecutável, ou seja, capaz de implementar as condições acordadas pelas partes independentemente de intervenção humana (seja de qualquer das partes ou de algum intermediário)*” (Schechtman, 2019).

As sofisticadas técnicas de programação proporcionam aos *smart contracts* um grau de executoriedade que acaba por colocar em segundo plano a exigência de confiança recíproca entre as partes envolvidas na contratação, o que é visível nos exemplos mais destacados desta modalidade, como a instalação em um programa de computação em um veículo arrendado por *lease*, que efetuara o travamento da máquina quando for verificada a ocorrência de inadimplemento das parcelas devidas ao arrendante, ou quando em um contrato de seguro de transporte aéreo em que o cancelamento do voo automaticamente implica no reembolso do valor pago diretamente na conta bancária ou no cartão de crédito do cliente. Há, portanto, uma total eliminação da necessidade de discricionariedade humana para a sua implementação e execução (MELLO, 2020, p. 14), daí a sua designação como *contratos inteligentes*.

Apesar das inúmeras vantagens que esta modalidade contratual oferece em determinados setores do mercado, viabilizando, atribuindo agilidade e em especial reduzindo custos e riscos a uma série de transações do cotidiano dos empresários e consumidores, ela atíça ao surgi-

mento de questionamentos quanto a sua adequação – ou ao menos convívio – com o sistema contratual brasileiro, ainda deverasmente apegado ao modelo de contratação clássica. Este desconforto é sintetizado por Antonio Carlos Efig e Adrielly Pinho dos Santos, apontando questões que merecem maior atenção no caminho da verificação de sua conformação ao sistema normativo interno, tais como “*interpretação judicial de cláusulas instituídas por meio de códigos computacionais; efetividade de decisões judiciais sobre a execução de códigos; proteção de dados pessoais inseridos em tecnologia blockchain; possibilidade de erros de programação, causando lesão às partes, entre outras*” (EFING; SANTOS, 2018, p. 60). Enfim, as dúvidas são tantas e da mesma intensidade do fascínio que as novas tecnologias trazem à sociedade atual e, certamente, a importância e utilidade de um sistema normativo aberto, como o proposto pela Codificação Civil atual, em especial no concernente aos contratos, fundados nos pilares da função social (CORREA, 2019) e da boa-fé, serão colocados à prova e testados à exaustão.

3. O DEBATE SOBRE A NATUREZA DAS MOEDAS VIRTUAIS (BITCOINS)

Um dos maiores desafios propostos pelo advento das novas tecnologias ao sistema negocial é a definição do tratamento jurídico a ser destinado as chamadas *moedas virtuais* ou *criptomoedas* (gênero), dentre as quais a modalidade mais conhecida são os *bitcoins* (espécie).

As moedas virtuais são utilizadas em transferências financeiras realizadas em ambiente virtual, valendo-se da tecnologia *blockchain*, que garante confiabilidade e inviolabilidade a esta operação, com a vantagem da dispensa de intermediários, ou seja, criando uma rede *peer-to-peer*, ou seja, com criptografia de *ponta a ponta*. Melissa Guimarães Castelo observa que a importância da utilização da tecnologia *blockchain* garante que as operações de compra e venda de *bitcoins* fiquem registradas numa planilha de dados, com a possibilidade de identificação do computador em que foi efetuada cada ordem de compra e cada ordem de venda (CASTELO, 2018).

Como fruto típico da economia globalizada e em rede, as criptomoedas não estão atreladas a determinado país, são apátridas e mundializadas, sendo, portanto, integralmente desprovidas de autoridade estatal que lhe assegure o valor e autenticidade, ou sejam, sem curso legal, o que

coloca em debate a natureza das moedas virtuais como verdadeira espécie monetária. Tradicionalmente a moeda é um produto de conveniência (SZTAJN; BAROSSO FILHO, 2015, p. 252), cabendo à atuação da autoridade estatal dar o sustento ao seu caráter fiduciário, legitimando o seu uso corrente em qualquer das duas funções econômicas, como instrumento de troca, de reserva monetária ou de unidade de valor. Este aspecto parece não importar tanto ao mercado, eis que se verifica um crescimento constante na aceitação da utilização de *bitcoins* como forma de pagamento em inúmeras áreas de atuação no mercado. No entanto, não se pode deduzir disso o integral caráter libertário das criptomoedas, pois a quantidade de *bitcoins* é previamente definida pelo criador do sistema, de forma que o *designer* do *software* acaba por fazer as vezes do Estado na tradicional atividade de criação de moedas (CASTELO, 2018).

Este cenário acaba por intensificação do debate jurídico sobre a natureza das operações que envolvem a compra e venda de moedas virtuais, deixando a dúvida sobre o seu reconhecimento como câmbio de moedas, com as consequentes econômico-tributárias decorrentes desta condição.

Na doutrina nacional Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa defende o não reconhecimento da *bitcoin* como moeda propriamente dita, na medida em que não concentram os atributos típicos esta espécie – meio de pagamento, reserva e medida de valor –, argumentando que os “maiores problemas dos *bitcoins* estão em sua extrema volatilidade e falta de regulação, que onde decorre o não preenchimento de uma das funções primordiais da moeda, precisamente a de ser uma reserva de valor” (VERÇOSA, 2016). Rachel Sztajn e Milton Barossi Filho, embora reconheçam que as *bitcoins* não cumpram as funções clássicas da moeda, entendem que podem ser vistos como meio de troca que facilita operações, como criação própria da engenhosidade dos agentes econômicos para se desviarem dos custos incorridos em transações intermediadas pelo sistema financeiro (SZTAJN; BAROSSO FILHO, 2015, p. 265).

De outra banda, Tarcísio Teixeira vê nas criptomoedas uma espécie de moeda-mercadoria em formação, com a condição de mera *commodities* desprovida de regulação, e como tal, podendo ser livremente trocada entre si ou por dinheiro (TEIXEIRA, 2019). Defendendo o seu posicionamento, o autor pondera: “a classificação como bem, mercadoria, commodity, além de ser juridicamente adequada, permite maior versatilidade na regulação e aplicação de normas”, concluindo que isso: “é compatível com a natureza dinâmica da nova tecnologia, que ainda não se consolidou completamente a modo de desencadear todo seu potencial revolucionário no

financeiro e social” (TEIXEIRA, 2019). Nesta linha, o Supremo Tribunal Espanhol, recentemente, ao proferir a sentença nº 326, de 20 de junho de 2019, julgando sobre a responsabilidade criminal de agente que subscreveu diversos contratos para a realização de operações de *trading* de alta frequência – *high-frequency trading*, *HFT* – (espécie de negociação do mercado financeiro com a utilização de ferramentas tecnológicas e algoritmos informáticos, envolvendo múltiplas e numerosas ordens de compra e venda em frações curtas de tempo, com intervalos de menos de 11 segundos, chegando a escala de microssegundos), recebendo *bitcoins* que lhe foram entregues por investidores, porém, tendo deixado de realizara as referidas transações. O Tribunal, na fundamentação de sua decisão, definiu o *bitcoin* como uma ativo patrimonial imaterial, na forma de unidade de conta, que pode ser usado como ativo imaterial de contraprestação ou de intercâmbio em qualquer transação, mas de modo algum pode ser considerado dinheiro (LONGHI; FALEIROS JUNIOR, 2019).

Ainda, Melissa Guimarães Castelo defende que as moedas virtuais são espécie do fenômeno moedas estrangeiras, argumentando: “*considerando que se ambas são reserva de valor e unidade de conta; bem como que moedas virtuais servem de meio de troca dentre integrantes da comunidade virtual que escolheu utilizá-las para este fim*” comparando: “*da mesma forma que uma moeda estrangeira serve de meio de troca dentre os nacionais do Estado correspondente*” (CASTELO, 2018). Esta orientação conta com o importante precedente julgado pela Tribunal de Justiça Europeu, no que ficou conhecido como *Caso Hedqvist* (processo C 264/14), compreendendo litígio entre a Administração Fiscal Sueca e um empresário chamado David Hedqvist, que se dedicava profissionalmente à realização de câmbio envolvendo coroas suecas e *bitcoins*, no qual se questionava a aplicação ao caso concreto da isenção de incidência de IVA (imposto sobre valor agregado) atribuída às operações cambiárias. O referido Tribunal atribuiu tratamento uniforme as transações de câmbio com divisas tradicionais, ou seja, moedas nacionais, e aquelas envolvendo modalidade de moedas virtuais.

Por fim, cabe lembrar que tramita na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei nº 2.303/2015, e no Senado Federal do Projeto de Lei nº 3.825/2019, ambos com o escopo de regular no âmbito interno as operações utilizando moedas virtuais, indicando que o debate sobre a definição da natureza jurídica das criptomoedas, a sua regulação (e os critérios a serem observados nesta positivação) ainda permanecem inconclusos em nossos diálogos jurídicos.

4. OS CONTRATOS FIRMADOS POR MEIO DE PLATAFORMAS DIGITAIS

Dentre as novas formas de negociação, decorrentes da densificação da sociedade em rede, com a expansão do acesso à internet, merecem destaque especial aquelas que atuam no ambiente que ficou conhecido como *economia compartilhada*, *economia do compartilhamento* ou *economia colaborativa*, que serviu de suporte para o surgimento de um aumento significativo de fornecedores de produtos e serviços, estimulando o empreendedorismo, em especial por meio de *startups*, munidos de novas técnicas de comercialização.

A economia compartilhada é didaticamente definida por Dennis Verbicaro, como “*um sistema econômico que fomenta a interação, através de plataformas digitais, de usuários-consumidores a usuários-fornecedores dispostos a compartilhar bens e serviços ociosos ou subutilizados com base na confiança e na reputação*” (VERBICARO, 2018), sintetizando a sua funcionalidade, que certamente representou o fator decisivo para o sucesso desse modelo: “*esse sistema promove uma cultura de satisfação de desejos e necessidades de consumo por meio do uso em detrimento da propriedade*” (VERBICARO, 2018). Como destacado no conceito indicado, a implementação desta técnica negocial se vale do recurso das *plataformas digitais*, acessíveis por meio de *aplicativos (app)*, que passam a representar o instrumento de comunicação entre os fornecedores e consumidores, numa relação direta e de extrema simplificação, *peer to peer (pessoa a pessoa, P2P)*, como ocorre com a *uber, airbnb, ifood, uber eats*, só para ficar dentre os mais conhecidos.

Ao se debruçar sobre o tema da economia compartilhada, Amanda Flávio de Oliveira observa que ela difere de tudo que já existiu, em razão da: “*(i) da existência de uma plataforma digital que conecta pessoas; (ii) do fato de que uma das pessoas conectadas, precisamente aquela que detém o bem ou a força de trabalho, não necessariamente constitui um profissional, havendo quem o denomine “vendedor amador”; (iii) do fato de que a nova economia não restringe sua atuação a nenhum mercado específico, podendo se manifestar, em tese, em qualquer deles; e (iv) ao fato de que sua rápida aceitação tem sido apta a impactar a economia de diversos mercados já consolidados em sua forma tradicional, alguns deles sob forte regulação estatal*” (OLIVEIRA, 2018).

As vantagens desta técnica de negociação são consideráveis, pois atenuam as dificuldades decorrentes de distanciamento físico entre os envol-

vidos, aproximando agentes e viabilizando contratações impendemente da localização geográfica dos envolvidos, com um grau de economia extremo em comparação com os custos presentes nas negociações tradicionais, dispensando os fornecedores de manterem instalações físicas e reduzindo sensivelmente a necessidade de recursos humanos. Mas não é só isso que singulariza esta espécie negocial, pois, conforme destacam Yanko Marcus de Alencar Xavier, Fabrício Germano Alves e Kleber Soares de Oliveira Santos, a diferença primordial entre as plataformas digitais e os outros serviços *on-line* não está relacionada exclusivamente aos agentes econômicos, mas no grau de controle que ela exerce em cada transação, materializado nas seguintes práticas: “*direcionar o conteúdo dos bens e serviços; b) delimitar os padrões mínimos de qualidade para os fornecedores; c) criar os termos e condições de uso; d) definir preços e métodos de pagamento; e) controlar o acesso dos consumidores (registro prévio na plataforma*” (XAVIER; ALVES; SANTOS, 2020). Tudo isso só se mostra viável com a utilização de tecnologia sofisticada e segura, capaz de despertar a confiabilidade do mercado e dos consumidores.

As vantagens dos negócios entabulados por meio das plataformas digitais são evidentes, no entanto, assim como ocorre com as demais técnicas negociais disruptivas, há uma série de dificuldades na sua inserção no ambiente jurídico nacional, como a definição dos critérios para a sua regulação, dificultada ainda mais pela diversidade de negócios passíveis de serem implementados sob estas ferramentas, a escolha dos critérios para a sua sujeição tributária, e o diálogo com as normas consumeristas, em especial no que diz respeito ao cumprimento do dever fundamental de informação ao consumidor/usuário destas plataformas digitais (PASQUAL; KLEE, 2019, p. 95-102).

5. CONCLUSÃO

As novas tecnologias propiciadas pela evolução tecnológica trazem consigo uma série de aspectos positivos para a sociedade atual, aproximando pessoas, simplificando e reduzindo o custo de transações negociais e reduzindo os impactos ambientais das atividades econômicas, criando um verdadeiro marco histórica na evolução das civilizações. Constitui-se a sociedade em rede, capaz de influenciar significativamente no modo de existência do indivíduo, na forma de desenvolvimento de suas relações e criando um novo estilo de vida social.

As inúmeras transformações deste novo estágio de convívio humano impactam diretamente sobre o Direito, em todos os seus ambientes, em especial no plano do mercado e dos negócios que nele são desenvolvidos.

No âmbito negocial, dentre outras operações econômicas, as transações envolvendo a realização de *smart contracts*, a circulação de moedas virtuais (bitcoins) e as negociações por meio de plataformas digitais são exemplos bastante representativos desta nova realidade, desafiando o Direito na tarefa de sua recepção e regulação.

REFERÊNCIAS

CASTELO, Melissa Guimarães. *Bitcoin é moeda? Classificação das criptomoedas para o direito tributário*. Revista Direito FGV, v. 15, n. 3, 2019.

CORREA, Rafael da Cruz. *Smart contract à luz dois princípios contratuais brasileiros*, Revista de Direito e as Novas Tecnologias, v. 4, jul.-set. de 2019.

EFING, Antonio Carlos; SANTOS, Adrielly Pinho dos. *Análise dos smart contract à luz do princípio da função social dos contratos no direito brasileiro*. Direito e Desenvolvimento, v. 9, n. 2, p. 50-64, ago.-dez. de 2018.

LONGHI, João Victor Rozatti; FALEIROS JÚNIOR, José Luiz de Moura. *Comentário à “sentença” nº 326/2019 do Tribunal Supremo da Espanha: o “bitcoin” e seu enquadramento como moeda*. Revista IBERC, v. 2, n. 2, mai.-ago. de 2019.

MELO, Gustavo da Silva. *A aplicabilidade dos smart contract à luz do Direito Contratual brasileiro*. Revista Síntese Direito Empresarial, v. 75, p. 09-30, jul.-ago. de 2020.

OLIVEIRA, Amanda Flávio de. *Economia colaborativa e desafios ao ordenamento jurídico brasileiro: primeiras reflexões*, Revista de Direito do Consumidor, v. 115, p. 479-295, jan.-fev. de 2018.

PASQUAL, Cristina Stringari; KLEE, Antonia. *Espindola Langoni. A economia colaborativa no Brasil e o direito de informação do consumidor*, p. 95-102, Seminário Internacional Tutelas à Efetivação de Direitos Indisponíveis, 3. Ed. Coletânea do III Seminário Internacional Tutelas à Efetivação de Direitos Indisponíveis. (org.) LEAL, Rogério Gesta; GAVIÃO FILHO, Anizio Pires, p. Porto Alegre: FMP, 2019.

SCHECHTMAN, David Casz. Introdução a smart contract. Revista De Direito e as Novas Tecnologias, v. 4, jul.-set. de 2019, RTonline.

SZTAJN, Rachel; BAROSSO FILHO, Milton. Natureza jurídica da moeda e desafios da moeda virtual, *Justitia*, v. 70, 71 e 72, n. 204, 205, e 206, jan.-dez. de 2013, 2014, e 2015, p. 251-268.

TEIXEIRA, Tarcisio. Criptomoedas: uma análise sobre a viabilidade de sua regulação. *Revista dos Tribunais*, v. 1000, p. 699-725, fev. de 2019, RTonline.

VERBICARO, Dennis. Economia colaborativa e desafios ao ordenamento jurídico brasileiro: primeiras reflexões, *Revista de Direito do Consumidor*, v. 115, P. 479-495, jan.-fev. de 2018.

VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. Breves considerações econômicas e jurídicas sobre criptomoeda. Os *Bitcoins*. *Revista de Direito Empresarial*, v. 14, mar.-abr. de 2016, p. 139-154, RTonline.

XAVIER, Yanko Marcius de Alencar; ALVES, Fabrício Germano; SANTOS, Kleber Soares de Oliveira. Economia compartilhada: compreendendo os principais aspectos desse modelo disruptivo e os seus reflexos na relação de consumo e no mercado econômico. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 128, p. 163-203, mar.-abr. de 2020.



**DO ESPÍRITO DA FILADÉLFIA AO ESPÍRITO DA
CALIFÓRNIA: AS TRANSFORMAÇÕES DO MUNDO
DO TRABALHO E A UBERIZAÇÃO**

FROM PHILADELPHIA SPIRIT TO THE CALIFORNIA
SPIRIT: THE TRANSFORMATIONS OF THE LABOUR
WORLD AND THE UBERIZATION

RAMIRO CROCHEMORE CASTRO¹

Resumo: O presente trabalho tem como objetivo principal compreender as mudanças na sociedade e no mundo do trabalho, especialmente com o advento das novas tecnologias e a popularização de novas formas de trabalho via empresas-plataforma e aplicativos à luz do Artigo 7º da Constituição Federal e da Convenções da OIT, notadamente seus conceitos estabelecidos na Declaração da Filadélfia. Para tanto, primeiramente será abordado como estas mudanças estão ocorrendo no campo principiológico e legislativo, visando entender este fenômeno através do paradigma clássico do direito do trabalho. Após, analisar-se-á a *gig economy* e o fenômeno da uberização propriamente dito, suas principais características e problemáticas. O método utilizado é o dedutivo, e a pesquisa foi realizada a partir da técnica da pesquisa bibliográfica.

Palavras-chave: Direitos sociais. Reformas. Trabalho. Uberização

Abstract: The present work aims to understand the changes in society, especially in what regards to human labour, with the emergence of new technologies and the popularization of new forms of employment through this app-companies in light of the Article 7º of the Brazilian Constitution and

1 Advogado, especialista em Direito do Trabalho pela UCLM (Espanha) e mestrando em Direito na Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP). Integrante do grupo de pesquisa Transparência, Direito Fundamental de Acesso e Participação na Gestão da Coisa Pública de coordenação da Profa. Dra. Maren Taborda. e-mail: ramiro@copadvogados.com.br

the ILO Conventions, particularly the concepts of the Declaration of Philadelphia. In order to achieve this goal, firstly it will be addressed the changes in the jurisprudence and legislation to help this process, with the goal to understand this phenomenon through the classic labour law paradigm. Then, it will be analyzed the gig economy and the phenomenon of uberization itself, its characteristics and problems. The method of approach used was the deductive, and the technique was the bibliographical research.

Keywords: Labour. Reforms. Social rights. Uberization.

1. INTRODUÇÃO

As rápidas transformações tecnológicas das últimas décadas mudaram profundamente nossa maneira de produzir, de se relacionar e de viver. Esta mudança é civilizatória, e seus efeitos não são puramente econômicos, pois produziram efeitos profundos em toda a sociedade, modificando em larga escala e de forma rápida, aspectos institucionais, sociais e culturais de nossa sociedade. No que diz respeito ao trabalho humano, para iniciar o debate acerca das consequências destas mudanças, necessita-se primeiro atentar ao processo de destruição dos marcos estabelecidos durante a revolução industrial, e que moldaram os conceitos e as legislações laborais que temos hoje, o chamado direito do trabalho clássico.

Observa-se uma transformação radical de paradigmas que exige uma reflexão não apenas no âmbito de atenuar a diminuição de postos de trabalho e renda disponível, mas o desafio de (re) pensar todo o Direito do Trabalho frente às inovações tecnológicas, levando-se em conta o exposto no artigo 114 da Constituição Brasileira que garante a jurisdição da Justiça do Trabalho sobre relações e controvérsias decorrentes de relações de trabalho. Portanto, este estudo pretende discutir quais os principais impactos destes fenômenos para o futuro do trabalho e como articular saídas que congreguem a preservação da proteção social e da tutela do Estado frente às novas tecnologias e formas de contratação e subordinação que emergem. Para atingir este fim, organizou-se a apresentação de forma a primeiro apresentar a mudança de paradigma do direito do trabalho que atualmente ocorre, para depois adentrar na questão da *gig economy* e da uberização, para articular as conclusões ao final da elaboração. O método utilizado foi o dedutivo e o procedimento usado foi através de pesquisa bibliográfica sobre o tema, articulando elementos jurídicos e elementos sociológicos.

2. DEPOIS DO ESPÍRITO DA FILADÉLFIA, O ESPÍRITO DA CALIFÓRNIA?

O movimento de constitucionalização do trabalho integrou de forma definitiva a classe operária no sistema político, através da legalização dos sindicatos e do surgimento dos partidos obreiros, que começaram a disputar eleições, num compromisso mútuo de mudanças gradativas, afastando nas democracias ocidentais o risco de revolução proletária. Neste sentido, a Constituição do México de 1917 e a Constituição de Weimar de 1919 são divisores de um novo período, junto da criação da Organização Internacional do Trabalho (OIT), e posteriormente no Brasil, a criação da Justiça do Trabalho em 1941 e a Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT) em 1943 e ainda a Constituição Italiana de 1947.

O Direito do Trabalho passa hoje em dia por um processo de inversão e alteração de suas fontes e premissas, com o foco da legislação e da jurisprudência deslocando-se do trabalhador hipossuficiente para a empresa, e dos direitos sociais para as liberdades econômicas. As reformas trabalhistas ocorridas nos últimos anos em dezenas de países do mundo, sobretudo após a crise econômica de 2008, em meio a ofensivas de ajustes fiscais e austeridade, são exemplos desta modificação significativa pela via legislativa da lógica até então pacífica de proteção social e que servia como sustentação do arquétipo juslaboral do Direito do Trabalho clássico (TOSS, 2017). Estas mudanças nos códigos de trabalho em todo mundo acontecem conjuntamente com outros fenômenos tais como a globalização, a terceirização, *outsourcing*, *offshoring* e o surgimento da chamada *gig economy*.

Estas transformações dos marcos normativos legais, no entanto, encontram algumas limitações em sua tentativa de promover uma alteração principiológica do direito do Trabalho, uma vez que as Constituições foram muito menos alteradas que a legislação infraconstitucional, remanescendo cláusulas que resguardam direitos trabalhistas e sociais, como o artigo 7º da Constituição Brasileira. Ademais, os princípios-chave da proteção e o princípio da melhoria da condição social dos trabalhadores (DORNELLES, 2017), e seus decorrentes, como o princípio do não retrocesso, da aplicação da norma mais favorável ao trabalhador, ainda são balizadores do sistema e de toda interpretação do sistema juslaboral.

As alterações na normatividade trabalhista no Brasil, através da Lei 13.467/2017 e da liberação da terceirização das atividades-fim pela

Lei 13.429/2017, não afetaram somente as regras jurídicas, pois para além das profundas modificações no direito individual, coletivo e processual do trabalho, observa-se uma vontade do Legislador de aproximar o Direito do Trabalho do ramo do Direito do qual foi emancipado há cerca de um século, o Direito Civil. Busca-se com isso uma reconfiguração na sistematização e esquematização principiológica juslaboral (DORNELLES, 2017), com a mitigação e relativização de alguns princípios basilares, e a utilização de um olhar civilista para a interpretação do princípio da autodeterminação (autonomia) da vontade coletiva e na negociação coletiva, priorizando a autonomia privada sobre o princípio-chave laboral da proteção ao trabalhador, decorrente da relação assimétrica entre empregador e empregado.

Os objetos principais da legislação trabalhista passam a ser a liberdade da empresa e a promoção da ocupação, através de uma política de emprego, não importando em que condições, que cerceia a capacidade expansiva vertical do direito do trabalho, o que leva alguns doutrinadores a formularem a passagem de um Direito do Trabalho para um Direito do emprego), uma legislação de emprego (DE LA PUERTA; DÍAZ, 2013. As principais características desta nova fase são o aumento do poder discricionário do empregador e perda de parte do núcleo essencial do trabalho, que era protegido pela combinação entre sindicato forte, contratos de tempo indeterminados de longo período e uma justiça especializada para coibir desrespeitos à legislação e que conferia uma função social ao contrato de trabalho e à empresa.

Observa-se uma tentativa de superar, inclusive simbolicamente, o Espírito da Filadélfia (SUPIOT, 2010) e o direito do trabalho clássico calçado nos princípios da declaração da Filadélfia, à noção de trabalho decente da Organização Internacional do Trabalho (OIT) e ao exposto em suas Convenções pelo que denomino provocativamente de Espírito da Califórnia, uma alternativa “moderna” a este paradigma e que a partir desta, o trabalho vem perdendo seu conteúdo emancipador, social e democrático. Uma reorganização da atividade humana remunerada em que assiste-se à perda gradativa dos valores e significados políticos e mesmo da função de coesão social do trabalho e da noção de trabalho como identidade, pertencimento e um sentimento de comunidade ao trabalhador (EINLOFT; TOSS, 2017), sendo substituído por uma noção de emprego, oportunidades e empreendedorismo, em que o trabalhador passa a ser apenas mais um fator de produção, um custo, e não um sujeito de direitos calçado na concreticidade da relação humana desigual que ali

se desenvolve, e por isso mesmo ele pode ser precarizado, “uberizado”, e tornar-se um trabalhador “*on demand*” e “*just in time*” para se utilizar de alguns conceitos em voga. O trabalho perde seu espaço na ágora pública como um pressuposto de cidadania.

A propositura do “Espírito da Califórnia” vai além e transmite os riscos para o próprio trabalhador, pois além de retirar o núcleo essencial de direitos do trabalho, fragiliza o sujeito coletivo da classe trabalhadora e a identidade de classe, que garantiu a ampliação de direitos durante o século XX. Em meio ao neoliberalismo e com o advento de novos meios de produção, o que se vê é uma extremada competição e individualização, e um conceito trabalhador-empresário, “empresário-de-si-mesmo”, que simboliza o uso, em grande escala, do que já vem sendo denominado como “empresariamento” da vida” (AMBROZIO, 2012), da transformação de nossa relação

3. IMPACTOS DA UBERIZAÇÃO

A uberização é conceituada como o processo de mudança do mercado de um serviço pela introdução de uma maneira diferente de comprá-lo ou usá-lo, especialmente a partir da tecnologia móvel (CAMBRIDGE, 2020, *online*), e alcança todas as esferas da vida humana, impactando a sociedade através das múltiplas plataformas da economia de compartilhamento, também denominada como *sharing economy* ou *gig economy*, que oferecem praticamente todo tipo de serviço. Ao revolucionarem a maneira como interage-se com a prestação de serviços, agora tudo ao alcance de um botão, causam efeitos duradouros e preocupantes no mundo do trabalho, face mais visível e cruel destas empresas a partir da precarização absoluta e maximização dos lucros a partir da exploração do trabalhador e da desresponsabilização do capital ao transformar o empregado numa empresa para inadimplir com os encargos sociais existentes na legislação trabalhista.

O foco na individualidade da relação entre o prestador direto de serviço (trabalhador cadastrado na plataforma) e o tomador do serviço/cliente impediu que tenhamos, até agora, algum marco normativo ou, até mesmo, jurisprudencial, de abrangência coletiva sobre a responsabilidade destas plataformas, apesar de já haver diversos estudos sobre os impactos negativos da exploração dos mercados de forma desregulada. Ressalte-

-se que, nos últimos 30 anos, a partir da Constituição Cidadã de 1988, houve imenso avanço doutrinário e jurisprudencial na direção de tratar, de forma coletiva, situações em que a jurisdição de modo individual não inibe, coíbe ou oferece solução real para os problemas, notadamente nas esferas do direito do consumidor, como o Código de Defesa do Consumidor (CDC), uma das peças de legislação mais inovadoras que há no país e exemplo para o mundo, e que parte da concepção de desigualdade estrutural entre as partes envolvidas, tal qual o direito do trabalho e, no que tange à proteção ao Meio Ambiente, o princípio do poluidor-pagador.

A “uberização”, como fenômeno, então, tem que ser analisada também na perspectiva de construção ideológica, como parte de uma disputa de narrativa, necessitando de um novo modelo de trabalho e de relação com o Estado que modifica, de forma abrupta, pilares do Direito do Trabalho, a partir do fim da jornada de trabalho clássica, substituída pelo trabalho por metas e por conta própria, mas que também atinge outras áreas como o Direito Público, do Consumidor e Administrativo. Este discurso contém alta carga ideológica, a partir de uma compreensão do conceito de liberdade, para sustentar um modelo gestado pelas premissas do neoliberalismo e vai além do fenômeno da economia do compartilhamento, pois estas companhias não gerem apenas *apps* e provedores de internet, mas também investem em *lobby* e marketing para pressionar por flexibilização nas legislações em todo o mundo (SLEE, 2017). Slee (2017) ainda aponta que esta desregulamentação, cumulada com as brechas de legislações ainda analógicas, está oportunizando a criação de oligopólios da internet, numa concentração de mercado que não era vista desde a criação das legislações antitruste e a divisão da Standard Oil no início do século XX.

É preciso ressaltar que estamos diante de um fenômeno mais complexo e antigo, não se originou com a Uber e com os aplicativos (*apps*), mas é a face mais visível de uma série de mudanças que aconteceram nas últimas décadas, após a crise do Estado de Bem-estar social e que engloba outras maneiras de superar a subordinação e dependência econômica clássica, como as revendedoras de produtos de beleza, como Natura, Avon e Mary Kay, que envolvem mais de 1,5 milhão de mulheres e que vêm se popularizando desde os anos 1990 (ABILIO, 2011). Estas novas modalidades atípicas têm inegável peso econômico e apoio social, sobretudo, por possibilitarem o sustento e/ou complemento de renda de desempregados num momento de altas taxas de desemprego, subocupação e desalento no Brasil, atingindo públicos como as donas de casa,

estudantes, aposentados e outros que não conseguiam ou poderiam estabelecer vínculos contratuais de jornada completa ou mesmo de jornada estabelecida previamente.

Constata-se, ainda, uma dificuldade do poder público, sobretudo no âmbito municipal, de lidar com estas empresas-plataforma e como regulamentar sua atuação. No entanto, enfrentar tais obstáculos não é uma peculiaridade brasileira, onde assistem-se ainda dificuldades para a consolidação da jurisprudência em relação ao tema, com decisões diferentes coexistindo, visto que diversos países vêm se debruçando sobre o tema. O estado da Califórnia, nos Estados Unidos, aprovou a *AB5 Bill*, legislação sobre o status jurídico da proteção aos trabalhadores da *Gig Economy*, garantindo uma série de direitos laborais que estes trabalhadores anteriormente não gozavam, seguindo a linha da decisão da Suprema Corte da Califórnia no caso *Dynamex* em Abril de 2018. Ademais, em outro aspecto interessante, a lei garante o direito das cidades no estado norte-americano de processarem as companhias por violarem suas legislações, obrigando estas multinacionais a se submeterem à legislação local.

4. CONCLUSÃO

Segundo Castro (2006, p. 130), a automação abre perspectivas antes inexistentes de que se possa ter um trabalho desalienado, num nível impensado na esfera produtiva fordista da segunda Revolução Industrial. Ainda, continua Castro que estamos superando o padrão anterior taylorista/fordista e vendo o desenvolvimento de um novo padrão de acumulação, fruto de mais de 20 anos de hegemonia total do neoliberalismo no mundo globalizado e que, portanto, carrega – ainda - parâmetros e características deste período, no qual foram moldadas as plataformas tecnológicas (CASTRO, 2006, p. 45).

No entanto, não há um determinismo tecnológico *a priori*, mas o modelo clássico de proteção ao trabalho precisa se adaptar e ser adaptável às tendências identificadas deste novo modelo (TRILLO, 2017) de consumo, produção, e, acima de tudo, de relações sociais (uma vez que as relações econômicas são apenas uma dentre as várias maneiras de relações humanas e sociais), como a individualização dos processos, quebrando a lógica fordista da padronização que até então imperava. Não há mais um único padrão de qualidade, mas o padrão de qualidade do cliente.

Portanto, ao invés de negar o surgimento destes novos mecanismos disruptivos, é necessário, através de uma interpretação sistêmica do ordenamento juslaboral e constitucional – e, inclusive, internacional - vigente, incluir, regar e regulamentar estas novas experiências, negócios, aplicativos e plataformas, para garantir patamares mínimos civilizatórios de proteção, qualidade e segurança do trabalho, incluindo debate sobre a remuneração mínima e, ao mesmo tempo, preservar a atividade econômica. Neste atual momento de austeridade e de desemprego, e diante de uma perspectiva de que a diminuição dos postos de trabalho não seja mais apenas conjuntural, mas também estrutural, pela substituição da mão de obra humana pela máquina, estes novos modelos contribuem para incluir produtivamente milhares de trabalhadores, e devem ser recepcionados pela legislação pátria sempre levando em conta os princípios da função social da empresa.

REFERÊNCIAS

ABÍLIO, Ludmila Costhek. O make up do Trabalho: Uma empresa e um milhão de revendedoras de cosméticos. Tese (Doutorado em Ciências Sociais). Programa de Doutorado em Ciências Sociais do Instituto de Filosofia e Ciências Humanas da Universidade Estadual de Campinas. Campinas. 2011.

AMBRÓZIO, Aldo. “Governamentalidade Neoliberal: Disciplina, Biopolítica e Empresariamento da Vida”. Kinesis, vol. IV, n. 08, p. 40-60. dez. 2012.

CALIFÓRNIA, Estado da. Assembly Bill No. 5. California Legislative Information. 19/09/2019. Disponível em: https://leginfo.legislature.ca.gov/faces/billTextClient.xhtml?bill_id=201920200AB5. Acesso em: 25 de maio 2020.

CAMBRIDGE, Dictionary. Uberization. [s.l.]. 2020. Disponível em: <https://dictionary.cambridge.org/pt/dicionario/ingles/uberization>. Acesso em: 20 maio 2020.

CASTRO, Antonio Escosteguy. Trabalho, tecnologia e globalização. a necessidade de uma reforma sindical no Brasil- São Paulo: LTr, p. 129, 2006.

DYNAMEX Operations West, Inc. v. Superior Court of Los Angeles County. JUSTIA US Law. 30/04/2018. Disponível em: <https://law.justia.com/cases/california/supreme-court/2018/s222732.html>. Acesso em: 25 maio 2020.

DORNELES, Leandro do Amaral D. A reforma trabalhista e o princípio da autodeterminação das vontades coletivas. *In: AZEVEDO, André Jobim de (org.). Reforma trabalhista: desafio nacional.* Porto Alegre: Lexmagister, 2018, p. 183.

EINLOFT, Denis; TOSS, Luciane. Uber: uma abordagem crítica. *Democracia e mundo do trabalho em debate.* Porto Alegre, 2017. Disponível em: <http://www.dmtemdebate.com.br/uber-uma-abordagem-critica/>. Acesso em: 25 maio 2020.

García de la Puerta, Belén Morata; Díaz Aznarte, María Teresa. Reforma laboral en España: precariedad, desigualdad social y funcionamiento del mercado de trabajo, *Estudios Socio-Jurídicos*, Rosário, v.15, n.2, p. 41-71, 2013. Disponível em: <https://revistas.urosario.edu.co/index.php/sociojuridicos/article/view/2519>. Acesso em: 22 maio 2020.

SLEE, Tom. *Uberização: a nova onda do trabalho precarizado.* São Paulo: Elefante, 2017.

Supiot, Alain (2010), *O Espírito de Filadélfia. A justiça social diante do mercado total.* Porto Alegre. **2014. Editora Sulina.**

TOSS, Luciane. “A institucionalidade que degrada o Direito do Trabalho”. *Sul 21, Opinião Pública*, 10 mar. 2017. Disponível em: <https://www.sul21.com.br/opiniaopublica/2017/03/a-institucionalidade-que-degrada-o-direito-do-trabalho-por-luciane-toss/>. Acesso em: 19 maio 2020.

TRILLO, Francisco. *Relacions de Trabajo en la Economia digitalizada.*[s.l].2017. Disponível em: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---europe/---ro-geneva/---ilo-madrid/documents/article/wcms_548604.pdf. Acesso em: 07 maio 2020.



O ADVENTO DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL COMO POSSÍVEL QUEBRA DO PARADIGMA JURÍDICO DA PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS UNICAMENTE AOS SERES HUMANOS¹

THE ADVENT OF ARTIFICIAL INTELLIGENCE AS A POSSIBLE BREAK OF THE LEGAL PARADIGM OF THE FUNDAMENTAL RIGHTS PROTECTION BEING EXCLUSIVE TO HUMAN BEINGS

VICENTE FIDELIS FACCENDA²

Resumo: A evolução da Inteligência Artificial tem representado um grande desafio nos mais diversos ramos da ciência, tanto para a sua compreensão e dimensionamento de suas possibilidades como para a análise dos seus efeitos. A situação não é diversa no âmbito do Direito, setor no qual a Inteligência Artificial tem causado inúmeros impactos em todos os seus quadrantes. O presente ensaio oferece reflexões referentes a atribuição de direitos a entidades não-humanas decorrentes da Inteligência Artificial.

-
- 1 Ensaio desenvolvido sob a orientação do prof. José Tadeu Neves Xavier, elaborado a partir de debates realizados no Projeto de Pesquisa Relações tensionais entre Mercado, Estado e Sociedade: interesses públicos versus interesses privados, na Faculdade Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP).
 - 2 Mestrando em Direito na Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP), na linha de pesquisa Tutelas à Efetivação de Direitos Públicos Incondicionados. Integrante do Grupo de Pesquisa Relações Tensionais entre Mercado, Estado e Sociedade e Interesses Públicos *versus* Interesses Privados, coordenado pelo Prof. Dr. José Tadeu Neves Xavier. Advogado, LLM em Direito Global e Tecnologia pela Suffolk University Law School. Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul.

Palavras-chave: Direito; Direitos Fundamentais; Inteligência Artificial.

Abstract: The evolution of Artificial Intelligence has been representing a big challenge in the most diverse areas of science, regarding both the comprehension and overall spectrum of possibilities as well as the analysis of the effects. The situation is the same on the area of Law, a sector where the Artificial Intelligence has caused many impacts. The current article brings reflections referring to the attribution of rights to non-human entities that originate from Artificial Intelligence.

Keywords: Law; Fundamental Rights; Artificial Intelligence.

1. INTRODUÇÃO

Não é de hoje que a discussão acerca da inteligência artificial vem adquirindo protagonismo nos debates acadêmicos das mais diversas áreas do conhecimento social. Seja no meio jurídico, científico ou artístico, já vivemos em uma realidade onde a convivência com diferentes formas de Inteligência Artificial se tornou parte do nosso cotidiano; a “Internet of Things” (IoT), antes uma mera projeção futurista de ficção científica, já pode ser considerada o *status quo* da nossa sociedade globalizada, aonde a Inteligência Artificial tem papel de destaque para que a sociedade de informação funcione dentro das suas características: informatizada e conectada.

O modo como a nossa sociedade vem recebendo essas significantes mudanças passa fortemente pela maneira como o ordenamento jurídico trata as inovações tecnológicas. É importante destacar que é papel fundamental, tanto do acadêmico de direito, como do julgador e do legislador, estar conectado com a realidade latente do advento da Inteligência Artificial como agente determinante de relações complexas e intersubjetivas: segundo Phillip Sales, “*law should go with the flow and channel it, rather than merely resist it.*” (SALES, 2019, p. 3). Nesse contexto, uma questão importante surge como possível divisor de águas na discussão acerca dos direitos envolvendo Inteligência Artificial: a prevalência do princípio da dignidade da pessoa humana como resultado de importantes desenvolvimentos e progressos da humanidade.

A discussão a respeito da dignidade humana está intimamente conectada às reflexões referentes a atribuição de direitos a entidades não-humanas, como a inteligência artificial.

Não há como abordar dignidade humana sem fazer um breve apanhado histórico da evolução do princípio, uma vez que a dignidade humana não se trata apenas de mais um princípio constitucional, mas sim de um conceito abrangente com conteúdo material determinante, originando e “criando” direitos, podendo até se interpretar do conteúdo da dignidade humana a própria concepção de que os seres humanos são sujeitos de direitos. A pergunta que se faz, dentro desse contexto, é até que ponto se pode incluir a Inteligência Artificial como sujeito de direitos e deveres, dentro do que se pode alcançar nos limites da autonomia de uma entidade não-humana. A resposta está longe de ser simples, e não se propõe aqui alcançar uma resposta definitiva, mas sim compreender o que é preciso para que um dia a nossa sociedade possa estar pronta para chegar a uma resposta.

2. A PRESERVAÇÃO DA DIGNIDADE HUMANA COMO RESULTADO DA EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA SOCIEDADE E DAS RELAÇÕES INTERSUBJETIVAS

O ser humano e sua respectiva integração com a comunidade passaram por profundas transformações com o passar dos séculos, culminando em sociedades complexas e organizadas onde, juridicamente falando, existem marcos que serviram como sementes da estrutura atual, como a Magna Carta, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão e as primeiras Constituições burguesas: do convívio em grandes grupos, criou-se concepções de que nós, humanos, somos sujeitos que contemplam direitos e deveres. É possível afirmar que os grandes marcos da civilização se consolidaram a partir da concepção de que o ser humano é um ente comunicativo; tal ponto é central para que se entenda o desenvolvimento do indivíduo inserido em uma sociedade democrática, pois segundo Jürgen Habermas “...podem pretender validade as normas que poderiam encontrar o assentimento de todos os potencialmente atingidos, na medida que estes participam em discursos racionais” (HABERMAS, 1997, p. 164).

Dessa constante interação entre seres humanos, que são entes comunicativos, pregou-se o chamado respeito à dignidade humana. Internacionalmente, tanto a Declaração Universal de Direitos Humanos como os pactos internacionais sobre direitos civis e políticos e sobre os direitos sociais e eco-

nômicos, em seus respectivos preâmbulos, destacam a proteção a dignidade humana, enquanto que na nossa Constituição Federal, este preceito se destaca com um de seus fundamentos. A doutrina majoritária vem encontrando dificuldades em conceituar a dignidade humana, uma vez que, na prática, o teor abstrato da dignidade parece deixar muitas margens para interpretações diferentes e, conforme Luís Alberto Barroso (BARROSO, 2010, p. 9), com forte tendência a se utilizar da dignidade como mera argumentação jurídica ou mesmo como reflexo de uma moral religiosa específica. No entanto, importante salientar as contribuições doutrinárias no sentido de definir, com clareza, quais são os núcleos protetivos da dignidade, materializando o sentido da dignidade da pessoa humana. André de Carvalho Ramos afirma que *“a dignidade humana dá unidade axiológica a um sistema jurídico, fornecendo um substrato material para que os direitos possam florescer”* (RAMOS, 2018, p. 84).

Dentro dessa materialização, destacam-se os três elementos essenciais da dignidade humana: o valor intrínseco, a autonomia e o valor comunitário da pessoa humana. Daniel Sarmento afirma que o valor intrínseco é basicamente *“onde todos os indivíduos que pertencem à espécie humana possuem dignidade apenas por ser pessoas”* (SARMENTO, 2016, p. 104). Luís Alberto Barroso, por sua vez, sustenta que a autonomia envolve a capacidade que um indivíduo tem de se autodeterminar, decidindo os caminhos da própria vida ao mesmo tempo que constrói sua personalidade, enquanto que o valor comunitário *“traduz uma concepção ligada a valores compartilhados pela comunidade, seguindo seus padrões civilizatórios”* (BARROSO, 2010, p. 24-27).

Importante também a contribuição de Ingo Wolfgang Sarlet enfatizando que a dignidade da pessoa humana também abrange o chamado mínimo existencial, que engloba *“todo o conjunto de prestações materiais indispensáveis para assegurar a cada pessoa uma vida condigna (portanto, saudável)”* (SARLET, 2013, p. 38). Não obstante, a dignidade humana ganha tal magnitude que é amplamente utilizada, tanto aqui no Brasil como em outros países, como critério de interpretação da Constituição, fortificando a ligação do princípio com o respeito aos direitos humanos:

...a supremacia absoluta das normas constitucionais e a prevalência do princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento basilar da República obrigam o intérprete, em especial o Poder Judiciário, no exercício de sua função interpretativa, aplicar não só a norma mais favorável à proteção aos Direitos Humanos, mas, também, eleger em seu processo hermenêutico a interpretação que lhe garanta maior e mais ampla proteção. (MORAES, 2016, p. 71)

Portanto, a dignidade da pessoa humana vem de um longo trajeto até chegar ao patamar atual onde, conforme Luís Alberto Barroso a dignidade da pessoa humana serve tanto como justificativa de ordem moral como fundamento normativo para um sistema que respeita direitos fundamentais (BARROSO, 2010, p. 11). No momento que se reconhece uma nova entidade que participa efetivamente das relações humanas consolidadas a partir do respeito à dignidade humana, precisa-se buscar analisar se uma Inteligência Artificial, criada a partir dos avanços tecnológicos do homem, poderia eventualmente ser sujeita à direitos e deveres – o que se interliga diretamente ao quesito autonomia destas entidades não-humanas.

2. INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL COMO CRIAÇÃO DOS SERES HUMANOS – DEPENDÊNCIA OU INDEPENDÊNCIA

A valorização da dignidade humana é uma conquista dos direitos do indivíduo. O ser humano, por sua vez, usa de suas capacidades inerentes para o progresso das ciências e da tecnologia e, a partir disso, temos o advento da Inteligência Artificial. Seria todo o percurso percorrido pela civilização, que culminou em uma estrutura democrática que resguarda direitos e deveres a partir de uma concepção de dignidade humana, um impeditivo para que entidades não-humanas tivessem direitos? Ou mesmo a própria noção de dignidade humana poderia ser estendida à Inteligência Artificial, considerando que potencialmente esta pode vir a ter uma participação efetiva na sociedade? Estes são questionamentos atuais que tem ocupado a atenção de muitos estudiosos do Direito – e mesmo de fora dele –, que estão à espera de respostas que possam auxiliar na melhor compreensão do espaço que a Inteligência Artificial assumirá na sociedade.

O ponto principal de análise dessa problemática é o que concerne a autonomia da inteligência artificial e o quanto de desenvolvimento a autonomia avançou, tendo como referência o ser humano. O desenvolvimento tecnológico da inteligência artificial tem sido fulminante nas últimas décadas; ideias que antes pertenciam a um imaginário futurista da ficção científica, hoje vão, aos poucos, sendo parte do nosso cotidiano.. Neste cenário, vale lembrar a lição formulada por Robert Alexy sustentando que existem requisitos descritivos necessários para que se chegue à definição de pessoa necessária para fins de dignidade da pessoa humana,

explicando: “*one who fulfills the condition of, first, intelligence, second, sentiment, and third, reflexivity in the form of cognitive, volitive, and normative reflexivity is a person*” (ALEXY, 2016, p. 90).

Hoje, a Inteligência Artificial dos chamados algoritmos já é imensamente popular. Basicamente a função algorítmica envolve instruções que seguem vários passos, por meio de um processo mecânico, para que se chegue a um determinado fim; segundo Maja Brkan alguns algoritmos já resultam na chamada “*automated decision-making*”, que é basicamente a tomada de decisão independente dos humanos, com informações prévias colocadas ou não por humanos (BRKAN2019, p. 94).

Os algoritmos já se encontram em um momento de desenvolvimento suficiente para se chegar ao chamado *machine-learning*, considerado por muitos, como Harry Surden “*...the most significant and impactful approach to artificial intelligence. It underlies most of the major AI systems impacting society today, including autonomous vehicles, predictive analysis, fraud detection, and much of automation in medicine*” (SURDEN, 2019, p. 1315). O juiz da Suprema Corte britânica Lord Phillip Sales define tal processo como “*whereby an algorithm optimizes its responses through experience as embodied in large amounts of data, with limited or no human interference*” (SALES, 2019, p. 4); e, nesse processo, a inteligência artificial algorítmica, embora dependente da ação humana para ser inicialmente programada, já possui uma capacidade de aprender com experiências novas. Porém, importante destacar a limitação do *machine learning*, onde esse processo não replica os sistemas neurais do ser humano, mas sim examina muito mais informações e detecta padrões adicionais nessas informações que auxiliam na tomada de decisões (SURDEN, 2019, p. 1312).

A questão relativa a autonomia da inteligência artificial, principalmente quando se pensa nos algoritmos, parece bem distante da noção da autonomia que os seres humanos possuem e que, conforme exposto, é materialização fundamental da dignidade da pessoa humana. Uma possível “*dignidade da inteligência artificial*” parece muito longe do nosso atual paradigma tecnológico.

Entretanto, algumas experiências merecerem ser referidas.

Marco Aurélio de Castro Junior, ao se debruçar sobre a problemática do que chamou de *personalidade jurídica do robô*, informa sobre a existência de julgados que se relacionam com computadores, trazendo à colação o caso *Ward v. Superior Court of California*, decidido em 1972, no qual um computador foi *interrogado* em juízo, pois continha informações que foram obtidas ilicitamente por seu dono em máquina alheia; e, em

outras oportunidades foram consideradas negligentes condutas de *pilotos humanos* que deixaram de observar as orientações de *pilotos automáticos*, considerando que deveriam prevalecer estas sobre aquelas – casos Klein v. U.S, e Wells v. U.S. (CASTRO JUNIOR, 2009, p. 184).

O Parlamento Europeu aprovou em 2016 o *Draft Report with Recommendations to the Commission on Civil Law Rules on Robotics*, propondo à Comissão Europeia que redija proposta legislativa de regras de Direito Civil sobre robótica e, pontualmente em seu item 59, alínea ‘f’, recomenda à Comissão que crie um status legal específico para robôs a longo prazo, de modo que pelo menos os robôs autônomos mais sofisticados possam ser estabelecidos como tendo o status de pessoas eletrônicas responsáveis por reparar qualquer dano que possam causar e, possivelmente, aplicando personalidade eletrônica a casos onde robôs tomam decisões autônomas ou interagem com terceiros de forma independente. A Resolução do Parlamento Europeu faz menção, ainda, a adoção de um registro obrigatório para estes robôs e a criação de um seguro com o intuito de responder frente aos danos causados por estes. Neste sentido, seria possível se cogitar de uma *e-personality* ou *personalidade eletrônica* aos robôs autônomos (inteligentes). Nota-se na iniciativa europeia um claro objetivo de oferecer regulamentação que venha a resolver questões pertinentes à responsabilidade civil, mas mesmo assim representará um marco regulatório de especial relevância na evolução da temática do tratamento e condição jurídica dos robôs inteligentes.

O impacto da Inteligência Artificial também se faz sentir no âmbito do Direito Autoral, colocando em discussão a titularidade de obras criadas por máquinas. Recentemente foi tornado público o projeto *The Next Rembrandt*, capitaneado por uma universidade e o Museu Rembrandt, que por meio da inserção de todas as obras conhecidas deste artista em um sistema de Inteligência Artificial e sob o comando de elaboração de um retrato usando os padrões do artista (com reprodução da imagem de um homem branco, entre 30 e 40 anos, de barba, com roupas escuras, com colarinho branco, usando chapéu), alcançou um resultado extremamente próximo as obras deste pintor (CANTALI, 2018).

Estas são algumas ilustrações sobre a evolução e o estado da arte da temática sobre a condição jurídica da Inteligência Artificial.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ainda parece cedo para que se possa tomar uma conclusão definitiva a respeito da inclusão de entidades de inteligência artificial como sujeitos autores e receptores de direitos e obrigações. O desenvolvimento tecnológico se encontra em plena expansão, onde o que o público em geral tem conhecimento nem sempre é o estado da arte de fato – muitos adventos novos são protegidos por segredo industrial e só virão a público futuramente.

Processos complexos e avançados como os que envolvem o chamado “machine-learning” fazem com que as máquinas deem um passo a mais no que diz respeito a sua autonomia. Não seria irrealista imaginar que, em um futuro não tão distante, a inteligência artificial será desenvolvida até um ponto de avançada cognição, semelhante a de um ser humano, assim se aproximando dos requisitos propostos por Robert Alexy (ALEXY, 2016).

A dignidade humana, embora ainda não consiga ser utilizada para justificar os direitos das entidades não humanas, nos ensina, por meio de sua função integradora, que a inteligência artificial como criação do ser humano e já integrante da sociedade deve ser utilizada com sabedoria e, principalmente, com respeito a vida humana em eventuais tomadas de decisões, seja decisões pré-programadas por humanos ou decisões tomadas a partir do machine-learning.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Human Dignity and Proportionality Analysis. Espaço Jurídico Journal of Law [EJLL], v. 16, Edição Especial, p 83-96, 2015.

BARROSO, Luís Alberto. A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação. Versão provisória para debate público, 2010. Disponível em http://luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2016/06/Dignidade_texto-base_11dez2010.pdf.

BRKAN, Maja. Do algorithms rule the world? Algorithmic decision-making and data protection in the framework of the GDRP and beyond. Oxford. International Journal of Law and Information Technology, v. 27, p. 91-121, jan. de 2019.

CANTALI, Fernanda Borghetti. Inteligência artificial e Direito de Autor: tecnologia disruptiva exigindo reconfiguração de categorias jurídicas. *Revista de Direito, Inovação, Propriedade Intelectual e Concorrência*, v. 4, n. 2, p. 1-21, jul.-dez. de 2018.

CASTRO JUNIOR, Marco Aurélio de. Personalidade jurídica do robô e sua efetividade no Direito. Tese de Doutorado, Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2009.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*, volume I. Editora Tempo Brasileiro. Rio de Janeiro, 1997.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 32ª edição, São Paulo, Atlas, 2016.

RAMOS, André de Carvalho. *Curso de Direitos Humanos*. 5ª edição, São Paulo, 2018.

SALES, Phillip. *Algorithms, Artificial Intelligence and the Law*. Disponível em <https://www.supremecourt.uk/docs/speech-191112.pdf>.

SARLETT, Ingo Wolfgang. Dignidade (da pessoa) humana, mínimo existencial e justiça constitucional: algumas aproximações e alguns desafios. *Revista do CEJUR/TJSC: Prestação Jurisdicional*, v. 1, n. 1, p. 29-44, dez. de 2013.

SARMENTO, Daniel. *Dignidade da Pessoa Humana: conteúdo, trajetórias e metodologia*. Belo Horizonte, Fórum, 2016.

SURDEN, Harry. *Artificial Intelligence and Law: and Overview*. *Georgia State University Law Review*, v. 35, p. 1305-1337, 2019.

A SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO, STARTUPS E OS DESAFIOS APRESENTADOS AO DIREITO¹

THE INFORMATION SOCIETY, STARTUPS AND THE CHALLENGES PRESENTED TO THE LAW

RENATA VIELMO GUIDOLIN²

Resumo: Por meio da revisão bibliográfica, utilizando-se do método dedutivo, trata-se de estudo sobre a evolução das novas tecnologias, que proporcionou o que tem sido denominado como ‘Sociedade da Informação’, criando um novo paradigma técnico-econômico nas relações sociais. Nesta nova realidade, a inovação e o empreendedorismo, junto com o surgimento destas novas tecnologias, são fatores que impulsionam o desenvolvimento de um país. No plano dos negócios a Sociedade da Informação constitui um ambiente favorável ao surgimento de novas formas de atuação econômica, caracterizadas pela inovação e comprometidas com a exploração da tecnologia digital, conhecidas como Startups, criando para o Direito o desafio de sua recepção e regulação.

Palavras-chave: Direito; Empreendedorismo; Novas Tecnologias; Sociedade da Informação; Startups.

Abstract: Through bibliographic review, using the deductive method, the present is a study on the evolution of new technologies that has provided

-
- 1 Ensaio elaborado sob a orientação do prof. José Tadeu Neves Xavier, a partir de debates desenvolvidos no Projeto de Pesquisa Relações Tensionais entre Mercado, Estado e Sociedade e Interesses Públicos *versus* Interesses Privados, desenvolvido na Faculdade Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP).
 - 2 Mestranda em Direito na Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP), na linha de pesquisa Tutelas à Efetivação de Direitos Públicos Incondicionados. Integrante do Grupo de Pesquisa Relações Tensionais entre Mercado, Estado e Sociedade e Interesses Públicos *versus* Interesses Privados, coordenado pelo Prof. José Tadeu Neves Xavier. Especialista em Direito Tributário Empresarial – FGV (2005). Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUC/RS. (2002). Advogada. Endereço eletrônico: renata@guidolinadvogados.adv.br

what has been called the ‘Information Society’, creating a new technical-economic paradigm in the social relations. In this new reality, innovation and entrepreneurship, jointly with the rise of new technologies, are factor that boost the development of a country. In business world, the Information Society has constituted a favorable environment for the rise of new forms of economic performance, characterized by innovation and committed to the exploitation of digital technology, known as Startups, creating for the law the challenge of its reception and regulation.

Keywords: Law; Entrepreneurship; New Technologies; Information Society; Startups;

1. INTRODUÇÃO: A SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO

Um novo paradigma social emergiu a partir do advento da *internet* e das tecnologias digitais, sendo descrito por alguns autores como sociedade da informação ou sociedade em rede alicerçada no poder da informação, sociedade do conhecimento ou sociedade da aprendizagem (COUTINHO; LISBOA, 2011, p. 5). Um mundo onde o fluxo de informações é intenso, em constante mudança, sendo também um mundo desterritorializado, onde não existem barreiras de tempo e de espaço para que as pessoas se comuniquem.

Esta expressão, “sociedade da informação”, passou a ser usada para manifestar o conteúdo próprio do “novo paradigma técnico-econômico” (WERTHEIN, 2000, p. 71), que tem a informação como a sua matéria-prima. Na afirmação de Manuel Castells, são tecnologias para agir sobre a informação, e não apenas informação para agir sobre a tecnologia, como ocorreu nas revoluções tecnológicas anteriores (CASTELLS, 2011, p. 87).

Neste contexto, a sociedade pós-industrial tem na informação um novo bem precioso, que se torna, agora, o poder da economia. A ideia implícita ao conceito de sociedade de informação, também denominada de terceira onda (TOFFLER, 1980, p. 138), é o de uma sociedade posta num processo de mudança constante, fruto dos avanços na ciência e na tecnologia.

Assim como a imprensa revolucionou a forma de aprender, através da disseminação da leitura e da escrita nos materiais impressos, as tecnologias da informação e comunicação tornaram possíveis novas formas de acesso e distribuição do conhecimento (COUTINHO; LISBOA, 2011, p. 6).

Neste cenário, o conhecimento tornou-se, hoje mais do que no passado, um dos principais fatores de superação de desigualdades, de agregação de valor, criação de emprego qualificado e de propagação do bem-estar. A nova situação tem reflexos no sistema econômico e político. É possível dizer inclusive que a soberania e a autonomia dos países passam mundialmente por uma nova leitura, e sua manutenção depende nitidamente do conhecimento, da educação e do desenvolvimento científico e tecnológico (SARDENBERG, 2000, p. v).

A sociedade da informação está sendo gestada em diversos países. O advento da sociedade da informação é o fundamento de novas formas de organização e de produção em escala mundial, redefinindo a inserção dos países na sociedade internacional e no sistema econômico mundial. Tem também, como consequência, o surgimento de novas demandas dirigidas ao Poder Público, que passa, também, a ter que legislar e regular novas realidades.

O Estado foi responsável em grande parte pelo avanço tecnológico no novo paradigma, estando à frente de iniciativas que visavam alcançar o desenvolvimento da “sociedade a informação” (WERTHEIN, 2000, p. 72).

É interessante para o Estado propiciar o desenvolvimento da sociedade da informação, em face da perspectiva de avanços importantes para a vida individual e coletiva que este novo paradigma possibilita, aumentando o nível dos conhecimentos gerados e utilizados na sociedade, possibilitando constante aprendizagem e mudança, facilitando a defesa da diversidade e deslocando o eixo da atividade para as que demonstrem maior respeito ao meio ambiente (WERTHEIN, 2000, p. 73).

2. A SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO E O EMPREENDEDORISMO: O SURGIMENTO DAS STARTUPS

Neste universo da Sociedade da Informação a palavra empreendedorismo ecoa em todos os segmentos e ganha espaço cada vez maior nos meios de comunicação. Nunca antes se falou tanto sobre este tema como se tem falado nos últimos tempos (COELHO; GARRIDO, 2013, p. 115). A mídia, escrita e falada, dedica expressivo espaço para tratar do tema, com assuntos de relevância, dicas e informações valiosas para aqueles que se aventuram a empreender.

Ademais, a vida moderna está repleta de inovações promovidas por empresas inovadoras, as chamadas *startups*. Diariamente postamos

fotos no *Instagram*, emitimos nossa opinião no *Facebook*, assistimos vídeos no *Youtube* e nos locomovemos chamando um motorista particular pelo aplicativo (AZEVEDO, 2013, p. 14). Somado a isto, expressiva parte da nossa comunicação é realizada via computador, *smartphone* ou *tablet*. Tais mudanças, que se instalam nas nossas vidas em ritmo cada vez mais rápido, são serviços criados por empresas conhecidas como *startups*, e que no mais das vezes iniciaram as atividades num cenário adverso, de incertezas e muita dificuldade.

Startup é um termo que tem origem na língua inglesa, e que pode ser entendido como “o ato ou processo de iniciar uma operação ou movimento”. Este termo vem sendo empregado para “referir-se a negócios recém constituídos, com baixo custo de manutenção e elevado grau de incerteza de sucesso, que buscam atingir um crescimento rápido, apoiando-se para tanto na oferta de produtos ou serviços inovadores em face do mercado em que estão inseridas e com alto potencial de escalabilidade, no mais das vezes utilizando-se da *internet* ou outras tecnologias inovadoras” (REIS, 2018, p. 13).

Estas empresas surgem a partir do século XX e com mais veemência no início do século XXI, acompanhando o surgimento e a propagação da *internet*. Há lugares reconhecidamente promissores ao empreendedorismo, como, por exemplo, o Silicon Wadi, em Israel, que é conhecida como a “Nação Startup”, ou “Nação Empreendedora” e a cidade de Londres, no Reino Unido, que vem apresentando impressionantes índices de financiamento por meio de fundos e *venture capital* (FEIGELSON, 2018, p. 48).

No Brasil podemos citar alguns locais que iniciam tal caminhada, como o Porto Digital, em Recife, e São Paulo. Contudo nosso país ainda não pode ser considerado um local vantajoso para o empreendedorismo, isto por razões como a maturidade do sistema, o volume de capital investido e inclusive a segurança jurídica – ou melhor, a falta dela.

Importante referir, quando se trata de ecossistemas de *startups* de sucesso, o destaque de um local denominado *Silicon Valley* – Vale do Silício – que é área localizada na Baía de São Francisco, na Califórnia (EUA). Ali as cidades de Palo Alto, Santa Clara, San Mateo e San Jose integram este cenário (FEIGELSON, 2018, p. 49). Nesta região estão sediadas grande parte das empresas de alta tecnologia, como, por exemplo, Google e Apple, além de abrigar milhares de outras *startups*.

Tomando como base tais informações, cabe definir: o que o Direito tem a ver com o ecossistema? O Direito faz parte desse conceito? E se fizer, é um elemento importante?

3. AS STARTUPS E OS DESAFIOS APRESENTADOS PARA O DIREITO

Definir startups não é uma tarefa simples, pois diversamente do que costuma ocorrer com outras figuras econômico-jurídicas, estas iniciativas empresariais são integralmente desprovidas de historicidade, ao menos no sentido em que comumente esta expressão é utilizada e compreendida.

Startups é uma designação relativamente recente, que passou a ser recorrente nas últimas décadas do Século passado, que se ordinizou no ambiente econômico norte-americano para identificar os grupos de pessoas – geralmente jovens – que se apresentavam perante investidores, oferecendo a exploração de uma atividade inovadora (ou desenvolvida de forma), *vendendo uma ideia* com potencial de rápido crescimento e aptidão para alcançar grandes níveis de lucratividade.

Mesmo desprovida de uma definição estandardizada, as startups oferecem características bastante próprias e peculiares, capazes de promover a sua singularização no ambiente negocial e, por consequência, também no campo do Direito. De forma sintética, e sem o escopo de exaurimento, podem ser identificados nas startups os seguintes caracteres distintivos: (a) o caráter inovador, com a exploração de ideias ou práticas até então inéditas no mercado, garantindo com isso o sua singularidade e atrativo; (b) a potencialidade de crescimento com o alcance de cifras lucrativas consideráveis, a ponto de justificar o risco dos investimentos aportados, o que decorre tanto de seu ineditismo como de seu talento para atender a uma necessidade concreta do mercado, que ainda não conseguiu ser contemplada pelas técnicas e práticas negociais tradicionais; (c) a celeridade de seu crescimento, quer em termos de lucratividade como de expansão geográfica; (d) o diálogo com as novas tecnologias, valendo-se das potencialidades da sociedade em rede para a ampliação de seu âmbito negocial; (e) o baixo custo de investimento inicial para implantação do negócio, que, no entanto, é acompanhado pelo risco inerente a uma atuação até então desconhecida do mercado.

Neste cenário de crescimento das startups um dos maiores desafios enfrentados, tanto pelo ambiente econômico quanto jurídico, e o enfrentamento das formas de financiamentos destas empresas, que pode assumir forma extremamente diversificadas, dificultando a fixação de balizas tanto para os investidores como para aqueles que pensam o direito e as esquemas negociais que estão sobre a sua órbita reguladora. A insufici-

ência de capital de seus fundadores e as dificuldades concretas de acesso a recursos provenientes do sistema bancário, que demonstra total desinteresse em emprestar fundos a novos negócios desprovidos de garantias, leva as startups a recorrer a investidores dispostos a apostar nas ideias e conceitos propostos por estes jovens investidores, que atuam mediante técnicas não ortodoxas do mercado financeiro.

No pujante Vale do Silício, segundo Anupam Chander (2014, p. 693), o Direito foi fundamental para que a região se tornasse referência global em empreendedorismo e inovação. Em estudo denominado *How Law Made the Silicon Valley* (CHANDER, 2014, p. 647), as reformas legais inovadoras observadas a partir da década de 1990 foram primordiais para alavancar o ecossistema do Vale do Silício até o patamar em que se encontra atualmente. Para o autor, as reformas foram compostas por uma tríade básica que encerrava: (a) responsabilização de empreendedores/investidores; (b) a proteção à privacidade; e (c) as garantias relativas à propriedade intelectual das empresas.

Outro ponto relevante é o do reconhecimento jurídico dos processos de investimento em empresas nascentes. Este é um problema cotidiano: novas formas de investimento em empresas nascentes surgem com mais rapidez do que o Direito é capaz de acompanhar. Os perigos que revestem operações de investimento atípicas são muitos: pode-se citar desde a falta de proteção informacional de acionistas e empreendedores, perpassando pela insegurança em limitação de responsabilidade e resultando em questões tributárias e trabalhistas.

Comumente, são encontradas nas startups as seguintes técnicas de captação de recursos para a implantação do projeto de negócio, as quais não contam com um sistema de regras jurídicas: (a) financiamento especulativo de investidores anjos (*business angels*), no qual o investimento é aportado em troca de dívidas conversíveis ou participação no capital da empresa em formação. João Vieira dos Santos destaca que além do investimento financeiro os *business angels* representam uma mais-valia na busca de parceiros e clientes, graças a sua rede de contatos e fonte de conhecimento e conselhos de elevado valor acrescentado – o chamado *smart money* (SANTOS, 2017, p. 251); (b) o *crowdfunding*, recurso típico da sociedade em rede, na qual os idealizadores das startups se valem da tecnologia digital para buscar via internet o público que irá viabilizar economicamente o investimento, num regime de financiamento colaborativo de capital ou por empréstimo. (c) a *initial coin offerings*, consistente na prática de oferta pública de criptomonedas, por meio da qual os promotores do projeto, valendo-se de um *white*

paper detalham os contornos do projeto e indicamos direitos dos adquirentes destas moedas emitidas, emitidas por meio da tecnologia *blochchain* e *smart contracts* (SANTOS, 2017, p. 251).

Embora em geral não atuem como forma de financiamento das startups, as práticas das chamadas *incubadoras* (entidades que oferecem uma série serviços de incentivo e auxílio a projetos comerciais inovadores) e os incentivos do Poder Público também têm desempenhado papel de especial relevância no fomento de criação, desenvolvimento de implementação de projetos de startups.

Todas estas práticas, que encontram na Sociedade da Informação o ambiente propício para a sua implementação, representam ainda um grande desafio para o pensamento jurídico, até então afastado desta realidade, mas que agora sente a necessidade premente de enfrentar estas novas técnicas comerciais. O debate sobre a conveniência em se estabelecer um marco regulatório para as startups e as bases a serem seguidas na hipótese de sua efetivação têm ocupado os debates acadêmicos, não apenas em nível nacional, mas principalmente no cenário mundial, incentivado pela globalização econômica, que, inclusive, é uma das principais parceiras destas novas técnicas de atuação comercial.

Crucial, portanto, a atuação do Estado na legislação e a regulação do tema (FEIGELSON, 2018, p. 57). Assim, há que se atentar para o fato de que o Estado desempenha papel importante na construção de um ecossistema de empreendedorismo. Uma vez que a legislação aplicável a novas empresas está diretamente ligada a ele, diante do fato de que a regulação é feita por ele e, levando-se em consideração que o próprio negócio será desenvolvido fisicamente dentro de seu território, o Estado é profundamente responsável por alterar o cenário de desenvolvimento do empreendedorismo.

Desse modo, conclui-se que o Direito influencia diretamente a qualidade de um ecossistema empreendedor, o que se dá primordialmente pelos institutos jurídicos: legislação, políticas públicas de fomento à pesquisa e inovação, nível de regulação de mercado, dentre outros – existentes e vigentes em um determinado ambiente.

Pode-se dizer que Estado que atua com qualidade no ambiente empreendedor é aquele que gera institutos jurídicos capazes de encorajar o ato de empreender. E a grande questão que surge é justamente como fazer com que institutos jurídicos, naturalmente rígidos, sejam flexíveis e adaptáveis ao dinamismo do empreendedor.

4. CONCLUSÃO

A Sociedade da Informação impactou nos mais diversos setores da vida social, não sendo diferente no âmbito das relações econômicas e jurídicas.

Neste contexto ganha especial relevância a criação de um ambiente propício a recepcionar e incentivar novas formas de negociações, o que se fez sentir pela proliferação das startups, como técnica inovadora de planejamento e atuação econômica. Desde os seus primeiros passos no final do século passado as startups não param de se intensificar em escala mundial, pois a globalização da economia parece ser um de seus combustíveis.

Recentemente a imprensa nacional noticiou que o Brasil entrou na lista dos vinte principais países em um ranking mundial de ecossistemas de pequenas empresas de tecnologia (startups), ocupando a melhor posição dentre os países latino americanos, e demonstrando um crescimento considerável em relação à posição ocupada na classificação anterior, subindo dezessete posições.

O crescimento exponencial desta técnica de atuação negocial é extremamente positivo para o cenário econômico nacional, porém, no plano do Direito o assunto ainda não recebeu a atenção merecida. A opção pela formulação de um marco jurídico para as startups, a concepção (ou adaptação) de conceitos e fórmulas jurídicas aptas a delinear o perfil das formas de financiamento destas novas empresas e outras tantas questões por elas impactadas representa um dos maiores desafios do Direito Negocial atual. É um enfrentamento necessário, mas que ainda está nos seus primeiros passos, mas que não pode ser adiado, sob pena de criar um abismo entre o Direito e a realidade social.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Júlio Cesar da Rocha Germano, de. Inovação, Startups e o Direito. In: JÚDICE, Lucas Pimenta; NYBO, Erik Fontenele (coord). Direito das startups. Curitiba: Juruá, 2013.

CASTELLS, Manuel. A Era da Informação: economia, sociedade e cultura, v. 1: A sociedade em Rede, 4ª ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2011.

CHANDER, A. *How Law Made Silicon Valley*. *Emory Law Journal*, v. 63, 2014, p. 639-694.

COELHO, Giuliliano Tozzi; GARRIDO, Luiz Gustavo. Dissecando o contrato entre startups e investidores anjo. In: JÚDICE, Lucas Pimenta; NYBO, Erik Fontenele (coord). *Direito das startups*. Curitiba: Juruá, 2013.

COUTINHO, Clara; Lisboa, Eliana. Sociedade da informação, do conhecimento e da aprendizagem: desafios para educação no século XXI. *Revista de Educação*, Vol. XVIII, nº 1. 2011, p. 5.

FEIGELSON, Bruno, Erick Fontenele Nybo e Victor Cabral Fonseca. *Direito das startups*. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

REIS, Edgar Vidigal de Andrade. *STARTUPS – Análise de estruturas societárias e de investimento no Brasil*. São Paulo: Almedina, 2018, pg. 13

SANTOS, João Vieira dos. Aspectos jurídicos das Startups. *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 77, p. 241-279, Lisboa, jan.-jun. de 2017.

SARDENBERG, Ronaldo Mota. *Sociedade da Informação no Brasil – Livro Verde / organizado por Tadao Takahashi*. – Brasília: Ministério da Ciência e Tecnologia, 2000.

TOFFLER, Alvin. *A terceira onda*. São Paulo: Record, 1980.

WERTHEIN, Jorge. A sociedade da informação e seus desafios. *Ciência da Informação*, v. 29, nº 2, p. 71-77, maio-ago. de 2000.



O MODELO DE SEGURANÇA PÚBLICA DIGITAL DA SÉRIE “ONISCIENTE” E O CONFLITO ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS

THE DIGITAL PUBLIC SAFETY OF THE “OMNISCIENT” SERIES AND THE CONFLICT BETWEEN FUNDAMENTAL RIGHTS

PILLAR CORNELLI CRESTANI¹

Resumo: O presente artigo objetiva apurar o método de solução de conflito entre direitos fundamentais desencadeado, a partir da adoção hipotética, na atualidade, de um sistema de segurança pública digital operado por drones que efetuam o monitoramento permanente e individual da população, baseado no modelo apresentado pela série “Onisciente”. Por meio da formulação deste problema, explicitado pelo método de abordagem indutivo, a pesquisa partiu de uma situação particular, com a apresentação da série “Onisciente” e a exposição de pontos pertinentes ao debate do assunto em comento. A partir disso, foi possível alcançar premissas genéricas, discutindo-se a colisão entre segurança, liberdade e outras garantias fundamentais, bem como o mecanismo de solução deste conflito, tendo, como fio condutor, a obra “Vigilância Líquida”, de Zygmunt Bauman. Aliado a esse referencial metodológico, o presente estudo utilizou o método de procedimento monográfico, por ter sido realizada uma investigação específica passível de representar outros casos semelhantes. Com base no estudo realizado, concluiu-se que nenhum direito pode ser considerado absoluto e que, diante da colisão entre garantias fundamentais deve ser aplicada a técnica da ponderação, junto do princípio da proporcionalidade, com a flexibilização dos direitos conflitantes. Além disso, constatou-se que o sistema de segu-

1 Advogada. Bacharela em Direito, pela Universidade Franciscana (UFN). Pós-graduada em Direito Digital, pela Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP). Endereço eletrônico: pillarcrestani.pesquisa@gmail.com.

rança pública digital da série “Onisciente” deve passar por uma completa reformulação, caso venha a ser implementado na atualidade, de modo que o direito à segurança não se sobreponha à liberdade e aos direitos de personalidade dos indivíduos.

Palavras-chave: Direitos Fundamentais. Liberdade. Segurança. Tecnologia. Vigilância.

Abstract: This article aims to verify the method of solving conflict between fundamental rights that occurs with the hypothetical adoption, nowadays, of a digital public security system that works with drones that monitor the population, permanently, and is based on the model that is presented by the series “Omniscient”. From the formulation of this problem, expressed by the inductive approach method, this research departed of a specific situation, with the presentation of the series “Omniscient” and the exposition of points connected to the discussion on the subject of the article, being possible to reach generic premises and to discuss the collision between security, freedom and other fundamental guarantees, and also the mechanism for resolving this conflict, through the book “Liquid Surveillance”, by Zygmunt Bauman. Allied to this methodological reference, the present study used the procedure monographic method, because a specific investigation was carried out capable of representing other similar cases. Based on the study, it was concluded that no right can be considered absolute and that, in view of the collision between fundamental guarantees, the ponderation technique must be applied, together with the principle of proportionality, with the flexibility of the rights that are in conflict. In addition, it was found that the digital public security system of the series “Onisciente” must be reformulated, if it is implemented today, so that the right to security is not overlapped with the freedom and personality rights of individuals.

Keywords: Freedom. Fundamental Rights. Safety. Surveillance. Technology.

1. INTRODUÇÃO

A tecnologia está presente em todos os setores da atual sociedade em rede, inclusive, nas dinâmicas ocorridas no espaço urbano, como é o caso da segurança pública. Nessa perspectiva, destaca-se que o nível de exigência das demandas advindas da população, no que tange à seguran-

ça, tanto no âmbito individual, quanto no âmbito coletivo, está cada vez mais elevado, o que impõe, aos gestores de políticas públicas, a implementação de mecanismos de proteção urbana dotados com a máxima eficiência – o que só é possível, atualmente, graças às tecnologias digitais.

Diante disso, é possível citar o exemplo da série “Onisciente”, do diretor Pedro Aguilera, disponível na plataforma de *streaming* Netflix, que aborda, ficticiamente, o contexto de uma cidade que adota um peculiar sistema de segurança pública digital – cujos detalhes serão abordados na sequência – e que suscita debates quanto à colisão de direitos como segurança, liberdade e outras importantes garantias fundamentais. A partir dessa temática, como objetivo do presente trabalho, questiona-se: diante da adoção de um modelo de segurança pública digital, nos moldes daquele que é apresentado pela série “Onisciente”, como solucionar um conflito entre direitos fundamentais?

Para tanto, foi empregada a metodologia de abordagem indutiva, eis que a pesquisa partiu de uma situação particular, com a apresentação da série “Onisciente” e da exposição de pontos pertinentes ao debate do assunto em comento. A partir disso, foi possível alcançar premissas genéricas, discutindo-se a colisão entre segurança, liberdade e outras garantias fundamentais, bem como o método de solução desse conflito, tendo, como fio condutor, a obra “Vigilância Líquida”, de Zygmunt Bauman. Aliado a esse referencial metodológico, o presente estudo utilizou o método de procedimento monográfico, por ter sido realizada uma investigação específica passível de representar outros casos semelhantes.

Por conseguinte, a aplicação desse método resultou na divisão do trabalho em duas partes: primeiramente, procedeu-se à narração do contexto da série “Onisciente”, com a análise dos aspectos que se relacionam com a temática da presente produção, como segurança pública e liberdade individual, culminando na discussão acerca do conflito entre segurança, liberdade e outras garantias fundamentais e de seu método de solução.

Por fim, constata-se a relevância do tema proposto pelo presente artigo – que está em consonância com o eixo temático “Direito Fundamental à Segurança e o Direito de Liberdade” – pelo fato de a tecnologia ser uma grande facilitadora das dinâmicas que ocorrem na sociedade, a exemplo do âmbito da segurança pública. Entretanto, pretende-se esclarecer, com este trabalho, que a adoção de determinados sistemas de segurança tecnológicos pode incorrer na lesão a outros direitos igualmente relevantes, em prol da proteção da comunidade e da manutenção da ordem social.

2. O MODELO DE SEGURANÇA PÚBLICA DIGITAL DA SÉRIE “ONISCIENTE”

A série “Onisciente”, produção de origem brasileira, dirigida pelo diretor Pedro Aguilera, estreou sua primeira temporada, em 2020, na plataforma de *streaming* Netflix. Trata-se de uma história que se passa em uma sociedade do futuro – ainda que não haja menção a algum marco temporal específico – tendo, como plano de fundo, uma cidade inteligente, totalmente planejada e tecnológica, onde tudo ocorre em absoluta harmonia e sincronização (ONISCIENTE, 2020).

O que mais chama atenção, na série, é o tecnológico e curioso sistema de segurança pública digital, que utiliza micro drones de Inteligência Artificial, de formato semelhante ao de uma libélula, para monitorar os habitantes da cidade, até mesmo no interior de seus lares. Por conta desse novo mecanismo, que foi implantado por meio de votação popular – sendo legitimado, portanto, pelos habitantes – o contingente policial do município foi reduzido, tendo em vista que os aparelhos – cujo funcionamento será detalhado adiante – atuam também no atendimento de ocorrências, além da repressão de delitos, substituindo, então, as funções exercidas pela polícia (ONISCIENTE, 2020).

Detalhando o funcionamento dos drones, destaca-se, que eles efetuam a vigilância de, absolutamente, cada um dos habitantes da cidade, em tempo real, 24 horas por dia – no deslocamento para o trabalho, durante o sono, na hora do banho e em seus momentos mais íntimos. Ou seja: cada indivíduo possui o seu próprio aparelho de monitoramento, que acompanha todos os seus passos, e que, em caso de danificação, é automaticamente substituído pelo sistema de segurança digital (ONISCIENTE, 2020).

Nessa perspectiva, ressalta-se que a empresa responsável pelos drones assegura a completa impossibilidade de qualquer ser humano ter contato com as imagens do sistema – durante a sua captação e após o seu armazenamento – visando à prevenção de casos de violação da privacidade dos indivíduos monitorados pelos drones (ONISCIENTE, 2020).

Por conseguinte, outro aspecto que chama atenção, no contexto da série, é o fato de os aparelhos serem capazes de detectar até mesmo o número de batimentos cardíacos e os níveis de pressão arterial dos indivíduos, dentre outros processos psíquicos e biológicos do organismo humano. Isso é efetuado com o propósito de verificar as possíveis reações da pessoa, especialmente, em situações de potencial cometimento de um

delito – que será, instantaneamente, flagrado, com posterior responsabilização do transgressor (ONISCIENTE, 2020).

Nesse sentido, cabe evidenciar que, na cidade retratada na série, o cometimento de qualquer infração é, momentaneamente, flagrado pelo sistema de segurança digital. A partir disso, o autor do delito é, impreteivelmente, considerado culpado, havendo a sua imediata punição, sem a oportunidade de, sequer, discutir os fatos ocorridos e de exercer a sua defesa (ONISCIENTE, 2020). Desse modo, destaca-se que a ideia de inibir a prática de delitos por meio do monitoramento, pelos drones, sustenta-se pela influência exercida no campo da consciência e da moral dos indivíduos, disciplinando-os. Isso porque, na visão dos criadores do sistema, a ideia de vigilância constante, em tese, desestimula as condutas antijurídicas, especialmente, pela certeza da punibilidade (ONISCIENTE, 2020).

Por fim, diante de tudo o que foi brevemente exposto, a respeito do sistema de monitoramento por drones revelado em “Onisciente”, comprova-se que se trata de um método completamente ousado e inovador, em termos de segurança pública. E, apesar de todas as excentricidades apresentadas, é possível afirmar que, no contexto da série, pode ser considerado um método eficaz, cumprindo o seu propósito de inibir a prática de condutas antijurídicas.

Todavia, destaca-se que o sistema em questão desvela grandes violações de direitos, os quais, ao longo da história narrada, acabam sendo desrespeitados, no intuito de priorizar a ordem social e a segurança dos “vigiados”. Nessa perspectiva, evidencia-se que, nesse contexto, existem direitos colidentes, visto que a segurança se sobrepõe à liberdade e a outras importantes garantias fundamentais – os quais serão detalhados na seção seguinte.

E é exatamente sobre esse conflito de que trata o próximo capítulo, onde será discutido o seu método de solução, na hipótese de um sistema de segurança pública digital nos mesmos moldes daquele retratado em “Onisciente” vier a ser implantado na sociedade atual – o que é plenamente possível, levando em consideração o avanço e o aprimoramento da tecnologia.

3. O MÉTODO DE SOLUÇÃO DO CONFLITO ENTRE SEGURANÇA, LIBERDADE E OUTRAS GARANTIAS FUNDAMENTAIS

O sistema de monitoramento digital apresentado pela série “Onisciente”, conforme explanado no capítulo anterior, evidencia o conflito entre segurança, liberdade e outras garantias fundamentais. Isso porque o me-

canismo utilizado para, em tese, preservar a ordem social e a proteção das pessoas, por meio da prevenção de práticas delituosas, é completamente invasivo, pois impede que aqueles sejam, de fato, livres, o que acarreta na violação de outros direitos individuais, como a intimidade e a vida privada.

Em síntese, é possível afirmar que, naquele contexto, os cidadãos acabam abrindo mão de sua liberdade, isso porque entende-se ser impossível viver de forma natural e confortável, diante da sensação de vigilância permanente. Além disso, aqueles também passam a “ceder” alguns de seus direitos personalíssimos, como a intimidade e a vida privada, as quais também acabam sendo comprometidas, com a captação ininterrupta das imagens de monitoramento, em benefício da segurança comunitária – ainda que a empresa proprietária do sistema garanta o absoluto sigilo do material captado.

A partir dessas considerações, não se pode deixar de destacar as ideias de Bauman (2014), em sua obra “Vigilância Líquida”, acerca de questões atreladas à dualidade entre liberdade e segurança. Nessa perspectiva, primeiramente, o sociólogo expõe que “a vigilância é uma dimensão-chave do mundo moderno” (BAUMAN, 2014, p. 06) e que “se espalha de formas até então inimagináveis, reagindo à liquidez e reproduzindo-a (BAUMAN, 2014, p. 07). Além disso, o autor traz à tona a expressão “sociedade de controle”, introduzida por Gilles Deleuze (DELEUZE, *apud* BAUMAN, 2014, p. 07), que pode ser aplicada, perfeitamente, para designar a conjuntura explicitada em “Onisciente”.

Outro ponto de destaque, na teoria de Bauman, que estabelece relação direta com a série analisada no primeiro capítulo do presente trabalho, é a sua crítica ao posicionamento de Foucault – autor da obra “Vigiar e Punir” (1998), que discorre sobre o modelo de vigilância do panóptico de Bentham – quanto à oposição entre disciplina e segurança, a saber:

[...] disciplina e segurança têm realmente uma conexão entre si, algo que Michel Foucault não conseguiu reconhecer. Ele insistia em afirmar que eram duas coisas distintas, embora suas conexões (eletrônicas) já estivessem evidentes. A segurança transformou-se num empreendimento orientado para o futuro [...] e funciona por meio da vigilância, tentando monitorar o que vai acontecer pelo emprego de técnicas digitais e raciocínio estatístico (BAUMAN, 2014, p. 08).

Diante disso, afirma-se que esse é o ponto chave do modelo de segurança digital apresentado pela série “Onisciente”, pois, conforme ressaltado anteriormente, a ideia de vigilância constante desestimularia

a prática de delitos, especialmente, pela certeza da punibilidade dessas condutas. Em síntese, destaca-se que a segurança coletiva, naquele contexto, é garantida por meio do comportamento disciplinar dos indivíduos, tendo em vista o monitoramento permanente (e, de certa forma, o controle) de seus corpos – e o conseqüente cerceamento de sua liberdade – por meio da tecnologia, prevenindo-se, assim, o cometimento de atos antijurídicos. Por fim, sublinha-se que “a vigilância parece ter um forte motivo de proteção: vigiar para cuidar” (BAUMAN, 2014, p. 70).

Prosseguindo no debate proposto pelo presente trabalho, destaca-se que segurança e liberdade possuem o caráter de direitos fundamentais (BRASIL, 1988), cuja vertente encontra-se na dignidade da pessoa humana, que representa o “princípio constitucional de hierarquia axiológica-valorativa”, consistindo em uma “norma legitimadora de toda a ordem estatal e comunitária, demonstrando [...] que a nossa Constituição é acima de tudo a Constituição da pessoa humana por excelência” (SARLET, 2001, p. 100/112-113).

Nessa perspectiva, consoante a teoria de Robert Alexy (2008, p. 93), em uma situação de colisão entre princípios, um deles deverá ceder – o que não implica na invalidade do cedente, pois o que ocorre é uma situação de precedência de um sobre o outro. Assim, a melhor forma para a resolução desse conflito é a realização do sopesamento entre os interesses conflitantes, verificando-se qual deles possui maior peso no caso concreto, visto que se encontram no mesmo nível abstrato².

É nessa circunstância, então, que se aplica o princípio da proporcionalidade, pelo qual “exige-se a comparação entre a importância da realização do fim e a intensidade da restrição aos direitos fundamentais, examinando, em síntese, se as vantagens produzidas pela adoção do meio superam as desvantagens advindas de sua utilização” (SARLET, 2014, p. 205). Em vista disso, a ponderação a ser realizada entre os princípios conflitantes deve levar em conta a finalidade de cada um deles, levando-se em consideração, ainda, os interesses vertidos no caso concreto.

2 Não se pode deixar de destacar que a teoria de Robert Alexy, acerca da ponderação de princípios, não é absoluta, ou seja, não representa o único método existente, no sistema, para a solução de conflitos entre direitos fundamentais. Frisa-se que Lênio Streck, expoente da Hermenêutica Jurídica no Brasil, tece consideráveis críticas à concepção Alexyana, ao afirmar, por exemplo, que “Alexy confunde texto e norma, deixando de lado a necessária problematização da aplicação, esquecendo-se, assim, do caso concreto” (STRECK, 2006, p. 267). Também, sua contrariedade à referida teoria se dá no sentido de que “a busca de critérios ou metacritérios para a resolução dos conflitos entre os princípios é uma contradição [...]. Regras a aplicação de princípios é transformá-los em regras. E regras não são princípios” (STRECK, 2006, p. 277).

Diante disso, destaca-se que, ao contrário dos demais critérios de solução de conflitos de normas existentes no ordenamento jurídico brasileiro, nas hipóteses em que houver colisão de princípios constitucionais ou direitos fundamentais, deverá ser aplicada a técnica da ponderação. Por meio desta, deve haver a maior flexibilização possível do conteúdo atinente aos direitos conflitantes, buscando preservar, ao máximo, cada um deles, procedendo-se, em última ratio, à seleção de qual das pretensões irá prevalecer (BARROSO, 2004, p. 35).

Por fim, Bauman argumenta que “[...] a escolha é entre segurança e liberdade: você precisa de ambas, mas não pode ter uma sem sacrificar pelo menos parte da outra; e quanto mais tiver de uma, menos terá da outra”. E é nessa perspectiva que deve ser aplicada a ponderação, de modo a harmonizar ambos os direitos, visto que nenhum deles pode ser considerado absoluto. Isso significa, então, que a segurança não pode ser priorizada, em detrimento das liberdades dos indivíduos.

A partir dessas considerações, retomando o contexto da série “Onisciente”, destaca-se, veementemente que, se o modelo de segurança pública digital por ela exposto fosse implementado na atual sociedade em rede, deveria passar por uma completa reformulação. Nesse sentido, entende-se necessário haver a preservação da intimidade e da vida privada das pessoas tuteladas pelo sistema de monitoramento, de modo que aquelas não sejam escancaradamente violadas e, também, que não haja a restrição na liberdade de suas mais simples ações cotidianas – levando em consideração o fato de que a onipresença dos drones de vigilância acaba por intimidar os indivíduos, que se encontram em uma “prisão invisível”, cercada, ainda, de dilemas morais.

Por fim, diante da hipótese de implementação de um sistema de segurança pública digital análogo ao da série “Onisciente”, aponta-se a necessidade de planejamento de outras estratégias que possam garantir, da mesma forma, a proteção da coletividade – e que não mais se deem por meio do controle dos corpos e das mentes das pessoas – visando à harmonização entre as garantias fundamentais da segurança, da liberdade e dos direitos personalíssimos dos indivíduos, de modo que nenhum se sobreponha à efetivação do outro.

Assim sendo, certamente, outras estratégias poderão ser viabilizadas nesse sentido – de modo a atender às demandas da segurança pública digital e a preservar a dignidade humana dos tutelados – tendo em vista que a tecnologia está em constante expansão e aprimoramento, embora comunga-se da opinião de que “a vigilância digital é uma espada

afiada cuja eficácia ainda não sabemos como reduzir – e, obviamente, uma espada com dois gumes, que ainda não conseguimos manejar com segurança (BAUMAN, 2014, p. 100).

4. CONCLUSÃO

O presente artigo dedicou-se a abordar o contexto da série brasileira “Onisciente”, lançada em 2020, pela plataforma de *streaming* Netflix. Conforme apresentado, a história aborda, ficticiamente, a conjuntura de uma cidade futurística que tem implementado um peculiar sistema de segurança pública digital, onde micro drones, operados por Inteligência Artificial, efetuam, ininterruptamente, o monitoramento de cada um dos habitantes – tudo isso, no intuito de prevenir a ocorrência de delitos e, conseqüentemente, proteger as pessoas e preservar a ordem social.

Por conseguinte, de acordo com o que foi explicitado ao longo desta produção, o referido sistema acarreta a violação da liberdade e de outras garantias fundamentais, como a intimidade e a vida privada dos indivíduos, em favorecimento da segurança pública – evidenciando, assim, uma colisão de direitos, entre a seara coletiva (segurança) e o âmbito privado (liberdades individuais). A partir disso, questionou-se quanto ao método de solução desse conflito, diante da adoção hipotética, pela sociedade atual, de um modelo de segurança pública digital, nos moldes daquele que é apresentado pela série.

Nessa perspectiva, tendo como fio condutor a obra “Vigilância Líquida”, do sociólogo Zygmunt Bauman, discorreu-se acerca da dualidade entre liberdade e segurança, depreendendo-se, enfim, que nenhum direito pode ser considerado absoluto. Desse modo, concluiu-se que, diante da colisão entre direitos fundamentais, deve ser aplicada a técnica da ponderação, junto do princípio da proporcionalidade, pela qual, os direitos colidentes devem ser flexibilizados, visando à preservação de seu conteúdo, evitando-se, ao máximo, a completa precedência de um sobre o outro.

Por fim, a partir de todas essas considerações, na hipótese de adoção, pela sociedade atual, de um sistema de segurança pública digital nos mesmos moldes da série “Onisciente”, constatou-se que deve haver uma completa reformulação das estratégias tecnológicas a serem implementadas. Tudo isso, visando à harmonização dos referidos direitos colidentes, de modo a impedir que o direito à segurança coletiva se sobreponha à liberdade, aos direitos personalíssimos e à dignidade dos tutelados.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. São Paulo, SP: Malhadeiros, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade. Critérios de ponderação. Interpretação constitucionalmente adequada do código civil e da lei de imprensa. Revista Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n. 235, p. 1-36, jan./mar. 2004. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45123/45026>. Acesso em: 20 fev. 2020.

BAUMAN, Zygmunt. Vigilância Líquida. Rio de Janeiro: Zahar, 2014.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 20 fev. 2020.

FOUCAULT, Michel. Vigiar e punir: nascimento da prisão. 18. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 1998.

ONISCIENTE. Direção de Pedro Aguilera. São Paulo: Boutique Filmes, 2020. Disponível em: <https://www.netflix.com/title/80220334>. Acesso em: 20 fev. 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

STRECK, Lenio Luiz. Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. Rio de Janeiro, RJ: Lumen, 2006.



**PROPOSTAS DE REGULAÇÃO DA INTELIGÊNCIA
ARTIFICIAL NO BRASIL E A SUA IMPORTÂNCIA
DA REGULAÇÃO PARA O ESTADO,
MERCADO E SOCIEDADE**

**PROPOSALS FOR THE REGULATION OF ARTIFICIAL
INTELLIGENCE IN BRAZIL AND ITS REGULATION
IMPORTANCE FOR THE STATE, MARKET AND SOCIETY**

*JULIANA ROMAN¹
GUILHERME MUCELIN²*

Resumo: A base da Inteligência Artificial (IA) é a grande capacidade de processamento de dados pessoais. O uso da IA tem provocado inúmeros benefícios à sociedade, em contrapartida, devido à escassez de legislações nacionais sobre o tema, surgem relações tensionais entre o mercado, o Estado e a sociedade diante da sua utilização. Levando-se isso em consideração, objetiva-se verificar o estado da arte legislativa no que toca aos projetos de lei que tenham por escopo regular a Inteligência Artificial, em conformidade com a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. Para tanto, utilizou-se da metodologia hipotético-dedutiva.

Palavras-chave: Inteligência Artificial; Discriminação; Sociedade.

Abstract: The basis of Artificial Intelligence (AI) is the great capacity of processing personal data. The use of AI has brought countless benefits to society, on the other hand, due to the scarcity of national laws on the sub-

1 Mestranda em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. E-mail: juliana.roman@ufrgs.br. Bolsista CAPES.

2 Doutorando e mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. E-mail: guilherme.mucelin@ufrgs.br. Bolsista CAPES.

ject, tension relations between the market, the State and society emerge in view of its use. Taking this into account, the aim is to verify the state of the art in legislation with regard to bills that have the scope to regulate Artificial Intelligence, in accordance with the General Law for the Protection of Personal Data. For that, we used the hypothetical-deductive methodology.

Keywords: Artificial Intelligence; Discrimination; Society.

1. INTRODUÇÃO

No nascer do terceiro milênio, percebe-se que a sociedade está passando por um período de importantes transformações. Dentre elas, está a Transformação Digital, a qual transpõe ao ambiente virtual todos os aspectos da vivência humana, dos negócios às relações afetivas, da cultura ao lazer e todas as demais manifestações tipicamente *off-line* que, com os desembaraços da pandemia de COVID-19, mais fortemente têm migrado à virtualização.

No topo da Transformação Digital está a Inteligência Artificial. As redes sociais conectaram *todos*; a Internet das Coisas conectam *tudo*; a Inteligência Artificial – desenvolvimento ulterior às tecnologias que compõem as estruturas da Internet – veio a perfectibilizar essa conexão, conectando *tudo* a *todos*, em tempo real, de maneira a adaptar esse mesmo ambiente às necessidades de cada pessoa por meio de *feedbacks* realistas.

Daí se afirmar que a IA, em verdade, é o resultado do arcabouço tecnológico que, somente conectado, se torna capaz de dar o atributo da inteligência às máquinas, emprestando-lhe, por isso, o adjetivo *artificial*. Normalmente, tanto no setor público quanto no setor privado, os sistemas com emprego de Inteligência Artificial são amplamente empregados para a formação de perfis individuais, sem, contudo, que haja uma regulação suficientemente adequada. Em um primeiro momento, objetiva-se, neste trabalho, demonstrar os usos da IA no mercado e os seus impactos, positivos e negativos, à sociedade e ao Estado. Em sequência, analisar-se-á a conformidade (ou não) dos Projetos de Lei existentes sobre a temática da IA com a Lei Geral de Proteção de Dados.

Para tanto, utilizou-se o método de abordagem dedutivo, por partir de uma análise ampla e geral, até chegar ao seu problema principal com exame de suas peculiaridades.

2. OS REFLEXOS DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL: MERCADO, SOCIEDADE E ESTADO

Não há consenso a respeito do conceito de Inteligência Artificial. Há vários aspectos a serem valorados quando de sua análise, como, por exemplo, se essa tecnologia se trata de um sistema integrado à outro ou se trata de uma máquina autônoma capaz de tomar decisões com base na análise de dados, bem como baseando-se em suas experiências pretéritas para pautar ações futuras (lembre dos veículos autogeridos e *drones*).

Ante possíveis confusões que podem disso advir, Micklitz e colaboradores (2018), nesse ponto, referem que é necessário se atentar mais aos impactos do que essa tecnologia pode fazer na vida das pessoas do que propriamente seus conceitos. Especialmente em relação a sua presença e utilização pelo mercado e pelos Estados, frente às consequências aos cidadãos.

Em 2018, a Comissão Europeia de Eficiência da Justiça publicou a Carta Europeia de Ética para direcionar a utilização da inteligência artificial em sistemas jurídicos (COMISSÃO EUROPEIA PARA A EFICÁCIA DA JUSTIÇA, 2018), por meio da qual foram elencados cinco princípios para promoção e preservação da ética: de respeito aos direitos fundamentais, com a proposta de observância a uma ética no design; da não-discriminação, o que guarda relação com a tendência dos dados representarem padrões de discriminação; da qualidade e da segurança, com o uso de fontes certificadas; da transparência, imparcialidade e justiça, para que se alcance um processamento de dados acessível e compreensível, submetido a auditorias externas, e o princípio “sob controle do usuário”, garantindo que os usuários sejam atores informados.

A proposta da utilização da IA pelos atores sociais necessita alto nível de transparência e acesso às informações utilizadas nesse processo. É de suma importância que haja transparência das políticas que visem estabelecer e regularizar as tecnologias atreladas à IA, isso significa dar ao cidadão a garantia do exercício do controle social sobre a administração pública e sobre o setor privado. É nesse espírito que se passará analisar as propostas de regulação da IA no Brasil.

3. PROPOSTAS LEGISLATIVAS E INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL

Dentre os projetos de lei que visam a regulação da Inteligência Artificial no Brasil estão os Projetos de Lei nº 21/2020 (BRASIL, 2020), nº 5.691/2019 (BRASIL, 2019a) e nº 5051/2019 (BRASIL, 2019b). Esse subcapítulo visa explicar um pouco sobre cada um deles, mostrando suas diferenças e semelhanças.

O Projeto de Lei 21/2020 prevê a criação de regras para o uso de IA no Brasil. O texto desse Projeto de Lei visa estabelecer direito e deveres sobre o uso da IA pelo poder público, por empresas, entidades diversas e pessoas físicas, criando uma espécie de marco legal do desenvolvimento e uso da IA no Brasil. O texto estabelece princípios, direitos, deveres e instrumentos de governança para a IA. Dentre os seus fundamentos está o respeito aos direitos humanos, à igualdade, à pluralidade, à não-discriminação, à livre iniciativa e à privacidade. Esse projeto de lei dá destaque à transparência no uso de IA, a partir da divulgação do seu modo de funcionamento. O Projeto de Lei nº 21/2020 traz algumas figuras importantes para que seja efetivo. O texto apresentado é detalhado e prevê a figura do “agente de IA”, que poderá ser tanto aquele que desenvolve e implanta um sistema de IA, ou seja, nos termos do projeto de lei, o “agente de desenvolvimento”, como aquele que o opera, ou “agente de operação”. Os agentes de IA terão uma série de deveres, como responder legalmente pelas decisões tomadas por um sistema de IA e assegurar que os dados utilizados respeitam a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD)³. A norma regula o tratamento de dados pessoais de clientes e usuários de empresas do setor público e privado. A proposta também prevê os direitos dos “agentes de IA” e de todas as pessoas afetadas, ou “partes interessadas”, pelos sistemas de IA. Dessa forma, como um representante os agentes vão responder por qualquer atitude tomada pelo sistema. Além disso, eles devem garantir que a plataforma se adequa as exigências previstas na LGPD. O projeto de lei nº 21/2020 garante que quem for diretamente afetado pelo sistema pode acessar informações sobre os procedimentos adotados, incluindo detalhes sobre como ocorre o processamento de dados sensíveis. O poder público terá direito ao acesso de um relatório de impacto. Esse documento, escrito pelos agentes de IA, descreve quais são as medidas para a contenção de riscos adotadas pelo

3 A LGPD dispõe sobre o tratamento de dados pessoais, inclusive nos meios digitais, por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado.

sistema. De acordo com o projeto o material poderá ser solicitado a qualquer momento, sendo possível ainda a recomendação de mudanças no sistema por parte das autoridades. Outra inovação do projeto é a criação do relatório de impacto de IA, um documento elaborado pelos agentes de IA com a descrição da tecnologia, incluindo medidas de gerenciamento e contenção de riscos. A publicação do relatório poderá ser solicitada pelo poder público que também poderá recomendar adoção de padrões e melhorias na tecnologia. De acordo com a proposta, a divulgação será realizada pelo “agente de IA”, aquele responsável por desenvolver e operar o sistema. O texto também prevê que o poder público estimule a adoção de IA nos serviços públicos, preferencialmente no formato livre e aberto, apoie a pesquisas na área, capacite pessoas para que se adaptem à nova realidade tecnologia e crie mecanismos de governança.

Tramita no senado federal o projeto de lei nº 5051/2019 que pretende estabelecer princípios para o uso de IA no Brasil. O texto propõe que o uso de IA deva promover a valorização do trabalho, o desenvolvimento econômico brasileiro e sustenta que sistemas decisórios baseados em IA devem ser sempre auxiliares a tomada de decisão humana. De acordo com o Projeto de Lei, toda tecnologia que envolver IA deverá observar fundamentos como a dignidade humana, a diversidade, a proteção de dados pessoais, a transparência, a confiabilidade e a auditoria de sistemas. Segundo o projeto de lei, a utilização de IA deverá ser passível de auditorias que busquem identificar diretrizes indesejadas, assim como os responsáveis que devem esclarecer, de forma razoável, aos *stakeholders*, ou seja, as partes interessadas, quais são os parâmetros de análise utilizados pela IA. Cumpre destacar que esta última é uma obrigação descrita, expressamente, pela LGPD que deve ser cumprida em caso de solicitação pelo titular do dado pessoal sujeito à tal tecnologia ou à Autoridade Nacional de Proteção de Dados. Esse projeto de lei demonstra certa aproximação das orientações existentes na União Europeia, conforme se verifica no documento *Ethics Guidelines for Trustworthy AI* elaborado pelo *Independent High-Level Expert Group on Artificial Intelligence* e divulgado pela Comissão Europeia. Neste documento, são descritas orientações gerais para o desenvolvimento e avaliação de sistemas de IA que observem direitos e obrigações dos *stakeholders* envolvidos. No entanto, verifica-se que o Projeto de Lei inova ao tratar da supervisão humana, o texto se limita a torná-la obrigatória e responsabiliza civilmente o “supervisor”, sem apresentar de maneira clara papéis e responsabilidades de tal profissional. Diferentemente, o *Ethics Guidelines for Trustworthy AI*

prevê a supervisão humana como um dos pilares para um projeto de IA confiável, além de indicar como um elemento garantidor de autonomia humana, a ser implementado por meio de uma estrutura de governança. Aos entes federativos, o texto apresenta diretrizes para atuação neste campo, por meio de promoção de ações educacionais, criação de políticas específicas para a qualificação profissional, garantia de adoção gradual de IA e ação proativa de regulação desta iniciativa.

Por último, o projeto de lei nº 5.691/2019 visa instituir a Política Nacional de Inteligência Artificial. O projeto de lei é uma espécie de carta de princípios e têm como objetivo a articulação de esforços e a estimulação de um ambiente favorável para a implantação de um ecossistema tecnológico que incorpore a IA como novo fator de crescimento, a proposta traz princípios e diretrizes para uma política nacional que respeite os direitos humanos, à proteção da privacidade e os dados pessoais. O projeto de lei nº 5.691/2019 propõe o que estabelecimento e desenvolvimento de IA esteja atrelado à melhoria da qualidade e da eficiência dos serviços oferecidos a população, à promoção de cooperação e interação entre os setores públicos e privado, ao intercâmbio de informações e à colaboração entre especialistas e instituições nacionais e estrangeiros. O projeto de lei, também, estabelece instrumentos para a efetiva instauração dessa política e traça parâmetros que devem guiar soluções de IA, como o provimento de decisões rastreáveis e sem viés discriminatório ou preconceituoso.

4. LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS E INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL

O Regulamento Geral de Proteção de Dados da União Europeia, quando traz a definição de decisões automatizadas, o faz em conjunto com o conceito de perfil. Perfis, segundo o Regulamento, significa:

qualquer forma de tratamento automatizado de dados pessoais que consista em utilizar esses dados pessoais para avaliar certos aspectos pessoais de uma pessoa singular, nomeadamente para analisar ou prever aspectos relacionados com o seu desempenho profissional, a sua situação económica, saúde, preferências pessoais, interesses, fiabilidade, comportamento, localização ou deslocações (UNIÃO EUROPEIA, 2016).

O Brasil, em descompasso com o referido Regulamento, não trouxe definição de perfil nem de decisão automatizada, se limitando a citar a expressão em seu art. 20, quando trata do direito a solicitar revisão de tais decisões quando elas afetarem os interesses dos titulares dos dados (BRASIL, 2018). Contudo, não trouxe no corpo de seu texto o que são, efetivamente, decisões automatizadas, o que prejudica o comando normativo e o exercício do direito à revisão por parte dos titulares.

É que a Lei fez confundir a causa e a consequência da perfilização. Dito de outra maneira, a Lei Geral de Proteção de Dados, ao estabelecer que, nas decisões automatizadas, estão incluídas as decisões sobre a formação de perfis individuais, podendo abrir espaço para interpretações que comprometam o entendimento da função da perfilização e da função das decisões automatizadas.

A Lei Geral de Proteção de Dados, a qual traz expressamente como princípio a não discriminação, isto é, vedando a possibilidade de realização de tratamento de dados para fins discriminatórios ilícitos ou abusivos (inciso IX). A fim de dar efetividade à norma, o art. 20, para além do direito à revisão, traz nas suas entrelinhas o direito à explicação (SELBST; POWLES, 2017), quando estabelece que o “controlador deverá fornecer, sempre que solicitadas, informações claras e adequadas a respeito dos critérios e dos procedimentos utilizados para a decisão automatizada”, trazendo como limitadores os segredos comercial e industrial, os quais, frise-se, não são absolutos, haja vistas a Autoridade Nacional, quando criada, poderá realizar auditoria para a verificação de tais aspectos no tratamento automatizado dos dados pessoais.

Nesse sentido, importante destacar o Projeto de Lei nº 4.496, que altera a LGPD, para definir a expressão “decisão automatizada”. O texto alega que ainda que sejam inquestionáveis os avanços trazidos pela LGPD, o tratamento de dados para decisões automatizadas necessita ser melhor definido. Conforme o art. 1º do mencionado Projeto de Lei:

Art. 1º O art. 5º da Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018, passa a vigorar acrescido do seguinte inciso XX: “Art. 5º

 XX – decisão automatizada: processo de escolha, de classificação, de aprovação ou rejeição, de atribuição de nota, medida, pontuação ou score, de cálculo de risco ou de probabilidade, ou outro semelhante, realizado pelo tratamento de dados pessoais utilizando regras, cálculos, instruções, algoritmos, análises estatísticas, inteligência artificial, aprendizado de máquina, ou outra técnica computacional.” (BRASIL, 2019c)

5. CONCLUSÃO

O Brasil não conta com um marco regulatório sobre IA no Brasil, no entanto, existem alguns textos normativos no ordenamento jurídico brasileiro que podem dialogar com o tema. A partir das análises realizadas tanto das leis existentes sobre a temática de IA quanto dos projetos de lei que abordam a temática se encontram suficientemente adequados para proteger os cidadãos diante do uso de IA por parte do mercado e do Estado.

O uso dos sistemas de IA devem ser harmônicos entre o mercado, o Estado e a sociedade trazem a possibilidade de automatização de atividade repetitivas e proporcionam maior agilidade e precisão em atividades, por exemplo. Há a necessidade do diálogo entre os diplomas legais, estabelecendo o diálogo das fontes, sendo essa previsão trazida pela LGDP, § 2º, VI, visando o respeitando às pluralidades de leis ou fontes de direito existentes ou coexistentes no ordenamento jurídico. A fim de evitar que uma das leis seja retirada de uma lei do sistema, o que poderia afetar o sistema jurídico plural brasileiro, o diálogo das fontes propõe a comunicação diante da existência da pluralidade de leis ou fontes de direito existentes.

Devido ao fato de ainda não haver regulação específica no Brasil, seus impactos levantam uma série de questionamentos ético-jurídicos. Ainda existem lacunas importantes principalmente no que diz respeito às iniciativas do uso de IA por parte do poder público e entidades privadas.

REFERÊNCIAS

MULHOLLAND, Caitlin; FRAJHOF, Isabella. Inteligência Artificial e a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais: breves anotações sobre o direito à explicação perante a tomada de decisões por meio de machine learning. In: FRAZÃO, Ana; MULHOLLAND, Caitlin (orgs.). *Inteligência Artificial e Direito: Ética, Regulação e Responsabilidade*. São Paulo: RT, 2019. (e-book).

COMISSÃO EUROPEIA PARA A EFICÁCIA DA JUSTIÇA. *Carta Europeia de Ética sobre o Uso da Inteligência Artificial em Sistemas Judiciais e seu ambiente adoptada pela CEPEJ na sua 31.ª reunião plenária*. Estrasburgo, dez. 2018. Disponível em: <https://rm.coe.int/carta-etica-traduzida-para-portugues-revista/168093b7e0>. Acesso em: 10 jun. 2020.

SELBST, Andrew D.; POWLES, Julia. Meaningful information and the right to explanation. *International Data Privacy Law*, v. 7, n. 4, p. 233-242, 2017. p. 233

BRASIL. SENADO FEDERAL. PROJETO DE LEI Nº 4496, DE 2019. *Altera a Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018 (Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais – LGPD), para definir a expressão “decisão automatizada”*. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7990633&ts=1569595540296&-disposition=inline>. Acesso em: 15 jun. 2020.

BRASIL. CÂMARA DOS DEPUTADOS. PROJETO DE LEI Nº 21/2020, DE 2020. *Estabelece princípios, direitos e deveres para o uso de inteligência artificial no Brasil, e dá outras providências*. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2236340>. Acesso em: 17 junho 2020.

BRASIL SENADO FEDERAL. PROJETO DE LEI Nº 5691, DE 2019. *Institui a Política Nacional de Inteligência Artificial, com o objetivo de estimular a formação de um ambiente favorável ao desenvolvimento de tecnologias em Inteligência Artificial*. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/139586>. Acesso em: 15 jun. 2020.

BRASIL. SENADO FEDERAL. PROJETO DE LEI Nº 5051, DE 2019. *Estabelece os princípios para o uso da Inteligência Artificial no Brasil*. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/138790>. Acesso em: 13 jun. 2020.



**O RECONHECIMENTO DO DIREITO AO ESQUECIMENTO
NO ÂMBITO DAS RELAÇÕES FAMILIARES: UMA
ANÁLISE DA RECENTE DECISÃO DO TRIBUNAL DE
JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO NA APELAÇÃO
DE N. 1008842-60.2018.8.26.0344¹**

**THE RECOGNITION OF THE RIGHT TO BE
FORGOTTEN IN THE SCOPE OF FAMILY RELATIONS:
AN ANALYSIS OF THE RECENT DECISION OF THE
STATE OF SÃO PAULO COURT OF JUSTICE IN THE
APPEAL N. 1008842-60.2018.8.26.0344**

*BÁRBARA GUERRA CHALA²
CÍNTIA BURILLE³*

-
- 1 Artigo desenvolvido para o VI Seminário Nacional Tutelas à Efetivação de Direitos Indisponíveis da Fundação Escola Superior do Ministério Público – FMP no Eixo Temático Direitos Fundamentais e Jurisdição.
 - 2 Assessora de Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul – TJRS. Mestranda na Fundação Escola Superior do Ministério Público - FMP. Especialista em Direito de Família e Sucessões e Graduada pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0873330528468449>. E-mail: barbaragchala@gmail.com.
 - 3 Advogada. Mestranda na Fundação Escola Superior do Ministério Público – FMP. Especialista em Direito de Família e Sucessões pela Fundação Escola Superior do Ministério Público – FMP. Especialista em Direito Civil e Processual Civil pelo Centro Universitário Ritter dos Reis – UniRitter. Graduada em Direito pelo Centro Universitário Ritter dos Reis – UniRitter. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8877831168384011>. E-mail: cintia@burilleadvocacia.com.br.

Resumo: O presente estudo tem por escopo analisar a decisão proferida na Apelação n. 1008842-60.2018.8.26.0344 pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em ação de obrigação de fazer, na qual o réu foi compelido a retirar de suas redes sociais fotografias em que constava a imagem da sua ex-esposa, com o fito de averiguar se o reconhecimento indireto do direito ao esquecimento se deu de forma regular e constitucionalmente adequada. A esse efeito é apresentado o direito ao esquecimento, bem como alguns critérios necessários ao reconhecimento deste novel direito. Após, adentra-se no exame do acórdão, analisando os argumentos apresentados para desprover o recurso e manter a sentença. Desse modo, concluiu-se que a pretensão da autora não merecia acolhimento, pois não se enquadra nas possibilidades em que se mostra constitucionalmente adequado o reconhecimento do direito ao esquecimento. Adotou-se a metodologia hipotético-dedutiva e a técnica de pesquisa bibliográfica e jurisprudencial.

Palavras-chave: Direito ao esquecimento; Direitos da personalidade; Fotografia; Internet; Liberdade de expressão.

Abstract: The present study has the scope of analyze the decision hold in Appeal no. 1008842-60.2018.8.26.0344 by the São Paulo State Court of Justice, in an sue of obligation to do, where the defendant was compelled to remove from his social networks photographs that showed an image of his ex-wife, with the aim to verify whether the indirect recognition of the right to be forgotten occurred in a regular and constitutionally grounded and in an adequate way. To this effect it's presented the right to be forgotten and some other criteria necessary for the recognition of this new right. After, is entered on the examination of the case, analyzing the arguments presented to dismiss the appeal and maintain the sentence. Thus, it's concluded that the author's claim did not deserve acceptance, as it does not fit within the possibilities in which the recognition of the right to be forgotten is constitutionality adequate. The hypothetico-deductive methodology and the bibliographic and jurisprudential research technique were adopted.

Keywords: Right to be forgotten; Personality rights; Photography; Internet; Freedom of expression.

1. INTRODUÇÃO

O avanço das tecnologias, em especial as digitais no âmbito da comunicação e informação, vem afetando profundamente as estruturas sociais e, como não poderia ser diferente, as relações familiares. Contudo, a popularização dessas tecnologias, embora apresente inúmeros benefícios, sem um regramento claro e efetivo, bem como a consciência do alcance dos seus efeitos, também pode gerar uma série de infortúnios⁴.

Em conjunto com os avanços tecnológicos e com o exponencial crescimento do acesso à internet⁵ pelos usuários, figuram as redes sociais como veículos que fomentaram uma grande transformação na forma de se comunicar⁶. “Através delas, os indivíduos ampliaram seus horizontes, exercendo, como nunca antes, a sua liberdade de expressão” (NEVES, 2019, p. 92), da mesma forma, em relação a exposição da vida privada, o que, por conseguinte, gera consequências.

A par desse cenário, busca-se averiguar se o reconhecimento indireto do direito ao esquecimento na decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo na Apelação n. 1008842-60.2018.8.26.0344 (SÃO PAULO, 2020), em ação de obrigação de fazer na qual o réu foi compelido a retirar de suas redes sociais fotografias em que constava a imagem da sua ex-esposa, se deu de forma regular e constitucionalmente adequada.

4 Além disso, a Internet, como cediço, representa não apenas uma mudança tecnológica, mas também envolve uma alteração cultural na forma como interagimos entre nós e com a realidade – e quanto maior a interação social na troca de dados, maior a potencialidade de conflitos. (SARLET; FERREIRA NETO, 2019, p. 41).

5 De acordo com o Comitê Gestor da Internet no Brasil (2018, p. 23), em razão de fatores como a redução dos custos do acesso à rede, a difusão das conexões móveis realizadas por meio do telefone celular, a expansão das redes Wi-Fi públicas e o surgimento de plataformas digitais disponíveis para os dispositivos móveis, houve um notável incremento no número de internautas no país, de 39% da população em 2009, para 70% em 2018, com cerca de 126,9 milhões de indivíduos com dez anos ou mais conectados à rede.

6 “Hoje, o globo como um todo está se transformando em um único panóptico. [...] Google e redes sociais, que se apresentam como espaços de liberdade, estão adotando casa vez mais formas panópticas. Hoje, a supervisão não se dá [...] como agressão à liberdade. Ao contrário, as pessoas se expõem livremente ao olho panóptico. Elas colaboram intensamente na edificação do panóptico digital na medida em que se desnudam e se expõem. O presidiário do panóptico digital é ao mesmo tempo o agressor e a vítima, e nisso é que reside a dialética da liberdade, que se apresenta como controle.” (BYUNG-CHUL, 2017, p. 114-115).

Para tanto, é apresentado o direito ao esquecimento e são expostos alguns critérios necessários ao reconhecimento deste novel direito. Após, adentra-se no exame do acórdão objeto de estudo e são analisados os argumentos apresentados pela Corte para manter a sentença. Com a finalidade de promover a presente pesquisa, adotou-se a metodologia hipotético-dedutiva e a técnica de pesquisa bibliográfica e jurisprudencial.

2. DIREITO AO ESQUECIMENTO

Com o armazenamento quase ilimitado de dados, surge na sociedade de informação o inédito fenômeno do “não esquecimento” e, com ele, o direito passa a enfrentar novos desafios e controvérsias (SARLET; FERREIRA NETO, 2019, p. 21). Nesse contexto, é formulado o direito ao esquecimento como forma de proteção do indivíduo contra a divulgação excessiva, injustificada e perpetuada no tempo de informações que afetam a sua esfera particular no ambiente altamente conectado em que vivemos.

O direito ao esquecimento, embora não esteja positivado no ordenamento jurídico brasileiro, encontra sua fundamentação na proteção dos direitos de personalidade e, por conseguinte, na própria tutela da dignidade humana (SARLET, 2015). Ademais, o Enunciado nº 531 da VI Jornada de Direito Civil⁷, promovido pelo Conselho da Justiça Federal em 2013, indica que “A tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade de informação inclui o direito ao esquecimento” e, embora não seja provido de valor no sentido jurídico-normativo e não disponha de caráter vinculante, demonstra a proteção destinada ao direito ao esquecimento no âmbito jurídico brasileiro, amparada na dignidade da pessoa humana.

O novel direito busca reconhecer a legítima pretensão do indivíduo de não reviver determinados momentos, em razão de traço traumático, vexatório ou desagradável, quando ocorrer a afetação desproporcional da sua dignidade e dos seus direitos de personalidade, sem que com isso sejam violados injustificadamente interesses e direitos fundamentais concorrentes (SARLET; FERREIRA NETO, 2019, p. 40). Nessa linha, Bucar (2013, p. 7) assevera que o direito ao esquecimento “incorpora uma

7 Na justificativa do Enunciado nº 531 da VI Jornada de Direito Civil consta que o direito ao esquecimento “não atribui a ninguém o direito de apagar fatos ou reescrever a própria história, mas apenas assegura a possibilidade de discutir o uso que é dado aos fatos pretéritos, mais especificamente o modo e a finalidade com que são lembrados”.

expressão do controle temporal de dados, que preenche com o fator cronológico a atual tríade de ferramentas protetivas da privacidade, complementada pelos controles espacial e contextual”.

Ainda são investigadas, paulatinamente, as razões e os requisitos que justificam o reconhecimento de um direito ao esquecimento de forma constitucionalmente adequada no Brasil, frente a um cenário ainda recente e de inúmeras controvérsias e desafios. Seguindo, no entanto, os bem formulados critérios até o momento expostos por Sarlet e Ferreira Neto (2019, p. 189-206), ao efeito de permitir um controle dos casos que venham a ser resolvidos com o possível reconhecimento do direito ao esquecimento, podem ser apresentados os seguintes requisitos: a) fato ou informação prejudicial, vexatório ou desabonador que viola de modo desproporcional direitos de personalidade e a dignidade da pessoa humana; b) natureza do fato, informação ou opinião tida como prejudicial: se inverídica, incompleta, ilícito ou distorcido; c) transcurso razoável de tempo ou não contemporaneidade; d) ausência de historicidade e de interesse coletivo na divulgação dos fatos e/ou informações e juízos de valor; e) esgotamento da relevância informativa do evento e/ou o atingimento da recomposição penal pela reabilitação e perdão; f) natureza dos meios de promoção do direito ao esquecimento e seu impacto (com a verificação de outros meios de possível resolução da controvérsia); g) consideração integral de todos os direitos e bens jurídico-constitucionais em relação de concorrência e colisão.

A construção de critérios de aplicação do direito ao esquecimento atua como limitador, para evitar que tal direito passe a abranger um número tão expressivo de situações que acabe por caracterizar um esquecimento do passado ou uma reescritura da história (BRANCO, 2017, p. 196).

3. A DECISÃO DA CORTE PAULISTA NO RECURSO

N. 1008842-60.2018.8.26.0344

No dia 6 de maio de 2020, os desembargadores da Nona Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo (TJ-SP) decidiram caso em que a autora A., ex-cônjuge do réu W., ajuizou ação de obrigação em face deste e do Facebook Serviços Online do Brasil S.A., sob o argumento de que, após o término do vínculo conjugal, W. manteve em seus perfis nas redes sociais fotografias do casal, o que lhe causa constrangimento social.

Nesse diapasão, a autora A. pleiteou a exclusão das fotos que continham a sua imagem - nas páginas pessoais de W. nas redes sociais Facebook e Instagram - e a proibição do demandado W. de inserção de qualquer outra fotografia em que conste a sua imagem nas redes sociais.

O feito restou julgado procedente na origem, sendo determinada a exclusão de imagens e publicações pelos requeridos relativos à autora A., bem como vedada a inclusão, por W., de novas fotografias contendo a imagem da autora A., sob pena de incidência de multa no valor de R\$ 1.000,00 (mil reais). Inconformado, o requerido W. interpôs recurso de apelação perante a Corte paulista e, em suas razões recursais, alegou que as fotografias haviam sido publicadas anos atrás, com o consentimento da autora e durante a constância do casamento, sem qualquer intenção de macular a imagem desta, de modo que não pode ser considerado que as postagens atinjam a sua honra e imagem. Na sucinta decisão colegiada, restou desprovido o apelo interposto por W., por unanimidade, sendo mantida na íntegra a sentença prolatada pela Julgadora singular.

Do exame do acórdão que, em grande medida lançou mão da fundamentação realizada na sentença, observa-se que este foi estruturado em três pontos centrais: a) a liberdade de expressão não é um direito fundamental absoluto e, portanto, pode ser restringida; b) é necessário o consentimento da autora para manutenção de fotografias com sua imagem em rede social pública e acessível a todos; e c) o direito à imagem é indisponível e absoluto, tendo o indivíduo plena ingerência sobre ele.

Relativamente ao primeiro argumento, consta na decisão que o direito à liberdade de expressão e à livre manifestação do pensamento, embora constitua um direito fundamental, não é absoluto, na medida em que não pode se sobrepor a outras garantias fundamentais inerentes a qualquer cidadão. Assim, é colocado que respeitar a mencionada garantia não significa permitir o uso indiscriminado e poderoso do meio de comunicação que é a Internet.

No que tange ao segundo argumento, os desembargadores sustentaram que, por se tratar a rede social Facebook de um espaço digital de acesso público e disponível para qualquer cidadão, não pode ser mantida fotografia com a imagem da autora sem o seu consentimento. Em acréscimo, como um terceiro tópico, salientaram que o direito à imagem, na condição de direito da personalidade, é indisponível e absoluto e, portanto, a pessoa *tem a faculdade de dispor de sua imagem como melhor lhe aprouver, tendo o direito de exigir a remoção de fotografias se não concorda com a veiculação.*

Como se vê, algumas questões merecem uma melhor reflexão. Inicialmente, verifica-se que, embora de forma indireta, a Nona Câmara da Corte Paulista acabou por respaldar o reconhecimento de um direito ao esquecimento. Isso porque determinou a exclusão de fotos do perfil pessoal do réu W. que contivessem a imagem da autora A., sob o argumento de tais fotos lhe causariam constrangimento.

Ocorre que a pretensão da autora não se enquadra nas possibilidades em que se mostra constitucionalmente adequado o reconhecimento do direito ao esquecimento, pois não logra êxito nos critérios que vêm sendo arbitrados para possibilitar tal reconhecimento.

Não se considera, primeiramente, que as fotografias em questão sejam prejudiciais ou tenham um conteúdo desabonador ou vexatório – segundo consta na própria decisão da Corte estadual – que viole de modo desproporcional os direitos de personalidade e a dignidade humana da autora A., porquanto apenas retratam época passada da vida dos litigantes A. e W., na qual este mantinham uma comunhão de vida. Nessa linha, importa destacar que as fotografias foram publicadas nas redes sociais pelo réu W. durante a constância do casamento e com a aquiescência da então esposa, A., retratando a realidade que à época era vivenciada pelo casal.

Desse modo, observa-se que as fotografias em questão apenas retratam momento pretérito e sequer foram tiradas de contexto pelo demandado, tampouco distorcidas ou republicadas, circunstâncias estas que acabam por afastar outro dos requisitos concebidos como necessários ao reconhecimento do direito ao esquecimento.

Além disso, não se mostra plausível a linha de argumentação esposada na decisão da Corte paulista, bem como não parece acertado e proporcional o posicionamento adotado. Em um primeiro momento pode se destacar a incongruência aferida no acórdão que afirma que nenhum direito fundamental é absoluto quando aborda a questão da liberdade de expressão e à livre manifestação do pensamento e, linhas depois, coaduna com o entendimento⁸ de que o direito à imagem é absoluto.

Diversamente do *decisum*, adota-se o posicionamento de que os direitos fundamentais são relativos e, como mandamentos de otimização, devem ser efetivados na maior medida possível, dentro das possibilidades fáticas e normativas disponíveis (ALEXY, 2015b, p. 90). Assim, em caso de eventual colisão, a resolução da controvérsia deve se dar por intermédio do teste da proporcionalidade (ALEXY, 2015a, p. 131), de modo que

8 Entendimento que alega ser predominante na doutrina e na jurisprudência.

se alcance a acomodação justificável dos princípios colidentes e se crie uma regra aplicável ao caso.

No presente caso, entretanto, sequer se observa uma efetiva colisão entre a liberdade comunicativa do réu W. e os direitos de personalidade da autora, na medida em que não se verifica a violação destes últimos pela simples veiculação da sua imagem, com o seu consentimento. Fora isso, não foram verificadas pela Corte as três etapas⁹ parciais do teste da proporcionalidade, tampouco foram considerados todos os direitos e bens jurídico-constitucionais em relação de concorrência e colisão das pessoas afetadas. Muito pelo contrário, foram levados em conta apenas os interesses da autora A.

Nesse contexto, não resta justificada de forma racional e suficiente a determinação de exclusão das fotografias. Aliás, o enquadramento do caso como de reconhecimento de um direito ao esquecimento, mesmo que indireto, importaria em um desvirtuamento do novel instituto jurídico e, até mesmo, em uma banalização desarrazoada deste. Isso porque, o reconhecimento do direito ao esquecimento deve ter um caráter excepcional e observar rigorosamente alguns mínimos critérios, notadamente no âmbito da Internet, local em que a possibilidade de participação direta das pessoas nos processos comunicativos e informacionais é acentuada (SARLET; FERREIRA NETO, 2019, p. 216).

Ademais, não se pode também perder de vista as consequências e efeitos nefastos que essa espécie de reconhecimento desprovido de justificativa racional pode causar na seara do direito de família. Nesse sentido, em análise da mesma decisão, Rosa (2020) propõe que os casais comecem a tomar medidas preventivas de pactuação de questões existenciais, como em relação à limitação da exposição nas redes sociais, de forma a evitar o conflito. Na hipótese, por exemplo, poderia ter sido disposta uma cláusula no sentido de que, em caso de dissolução da união, haveria obrigação de exclusão das fotografias previamente postadas nas redes sociais.

Diante do exposto, não parece razoável, proporcional e constitucionalmente adequada a decisão proferida pela Corte paulista que reconheceu, ainda que indiretamente, um suposto direito ao esquecimento no âmbito do direito de família¹⁰, simplesmente porque os efeitos do passado da autora não convêm na sua vida presente.

9 As três máximas parciais do teste da proporcionalidade expressam a ideia de otimização e devem ser aplicados na seguinte ordem, de forma sucessiva e escalonada: 1) Adequação (também denominada de idoneidade); 2) Necessidade; e 3) Proporcionalidade em sentido estrito (ou restrito).

10 Especialmente porque o vínculo do matrimônio se perpetua na certidão de nascimento, mesmo após a averbação do divórcio, não podendo tal registro ser apagado.

4. CONCLUSÃO

Com o avanço dos meios tecnológicos de informação e comunicação, advieram novos desafios no âmbito das relações sociais e, por conseguinte, para o direito. Como forma de tutelar os direitos da personalidade e a dignidade humana, então, restou formulado o direito ao esquecimento, com o fito de resguardar os indivíduos no âmbito digital.

Entretanto, o novel direito tem sido desvirtuado e muitas vezes mal aplicado pelos tribunais. Assim, sem a pretensão de esgotar o tema, e sim de fomentar o debate acerca da questão, o sucinto estudo pretendeu demonstrar que não parece adequado o reconhecimento do direito ao esquecimento nos moldes propostos pelo TJ-SP na decisão em comento.

Além disso, buscou-se evidenciar a necessidade de fixação de certos e estáveis parâmetros para o reconhecimento do direito ao esquecimento, a fim de evitar decisões como a que foi objeto de estudo. Por outro lado, também se procurou deixar claro que o direito ao esquecimento não possibilita aos indivíduos a reconstrução da sua identidade na Internet, sob pena de se criar um revisionismo histórico ou a perda da memória (COSTA, 2013, 205-206), presta-se, o novel direito, portanto, a proteção contra violações injustificadas.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Constitucionalismo Discursivo*. 4. ed. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015a.

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015b.

BRANCO, Sérgio. *Memória e esquecimento na internet*. Porto Alegre: Arquipélago Editorial, 2017.

BRASIL. Conselho da Justiça Federal. Enunciado n. 531 da VI Jornada de Direito Civil. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/142>. Acesso em: 08 jun. 2019.

BUCAR, Daniel. Controle temporal de dados: o direito ao esquecimento. *Civillistica.com*. Rio de Janeiro, ano 2, n. 3, jul.-set./2013. Disponível em: <https://civillistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/113/83>. Acesso em: 15 jun. 2020.

BYUNG-CHUL, Han. *Sociedade da Transparência*. Trad. Enio Paulo Giachini. Rio de Janeiro: Vozes, 2017.

COMITÊ GESTOR DA INTERNET NO BRASIL. *Pesquisa sobre o Uso das Tecnologias de Informação e Comunicação nos Domicílios Brasileiros: TIC Domicílios 2018*. São Paulo: Comitê Gestor da Internet, 2018.

COSTA, André Brandão Nery. Direito ao esquecimento na Internet: a Scarlet letter digital. *In: Schreiber, Anderson (Coord.)*. *Direito e mídia*. São Paulo: Atlas, 2013.

NEVES, Thiago Ferreira Cardoso. *Autonomia privada e privacidade nas redes sociais: renunciabilidade e responsabilidade por danos*. 1. ed. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang. Tema da moda, direito ao esquecimento é anterior à internet. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-mai-22/direitos-fundamentais-tema-moda-direito-esquecimento-anterior-internet>. Acesso em: 08 jun. 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang. FERREIRA NETO, Arthur M. *O direito ao “esquecimento” na sociedade de informação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Apelação Cível n. 1008842-60.2018.8.26.0344*. Relator José Aparício Coelho Prado Neto, 06/05/2020, Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/resultadoSimples.do;jsessionid=17FDBEF1723722DDE3FD78775D3FF7AF.cjsg1?conversationId=&nuProcOrigem=1008842-60.2018.8.26.0344&nuRegistro=>>. Acesso em: 16 jun. 2020.

DIREITO ao esquecimento no âmbito das relações familiares. Publicado por *Direito em Prática*, [S. l.: s. n.], 3 jun. 2020. (6 min 57 seg). IGTV dos juristas Conrado Paulino da Rosa e Cristiano Chaves de Farias. Disponível em: <https://www.instagram.com/tv/CA-rqV5Anwh/>. Acesso em: 15 jun. 2020.



**RESPONSABILIDADE CIVIL POR OFENSAS
OCORRIDAS EM MEIOS DIGITAIS – CRITÉRIOS
PARA FIXAÇÃO DA COMPETÊNCIA**
CIVIL RESPONSIBILITY FOR OFFENSES
OCCURRED IN DIGITAL MEDIA - CRITERIA FOR
COMPETENCE FIXING

IGOR CARVALHO ULHÔA FARIA¹

Resumo: Os meios digitais possibilitam a propagação de atos ilícitos em velocidade e dimensão maiores que os atos praticados por outros meios. A responsabilidade civil dos ofensores deve ser devidamente aferida pelo juízo competente, de modo a garantir a proteção das vítimas dos atos ilícitos propagados em meios digitais. A solução para a definição da competência passa pela análise da legislação nacional, mas é preciso que se interprete os dispositivos legais processuais com entendimento dos meios em que são praticados os atos. Os meios virtuais não devem ser reduzidos aos suportes físicos de transmissão, coleta e guarda de dados. O enfoque deve ser na repercussão dos atos ilícitos no mundo exterior.

Palavras-chave: Responsabilidade Civil. Competência. *Internet*. Meios digitais.

Abstract: The digital media allows the spread of illicit acts with greater speed and dimension than acts practiced by other means. The civil liability of the offenders must be properly assessed by the competent court, in order to guarantee the protection of the victims of illegal acts propagated in digital media. The solution for defining jurisdiction is to analyze brazilian national legislation, but it is necessary to interpret the legal proce-

1 Graduado em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Pós-graduando em Direito Digital pela Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP). Advogado-orientador em Direito Civil da Divisão de Assistência Judiciária da UFMG (DAJ-UFMG). Endereço eletrônico: ulhoa.igor@gmail.com

dural provisions with an understanding of the means in which the acts are performed. The virtual means must not be reduced to the physical supports of data transmission, collection and storage. The focus should be on the repercussion of illegal acts in the outside world.

Keywords: Civil liability. Jurisdiction. Internet. Digital media.

1. INTRODUÇÃO

O estabelecimento da competência tem especial relevância nas demandas relacionadas aos meios digitais. Grande parte das regras de competência são definidas por elementos territoriais, como aquelas que se referem ao domicílio dos réus ou das vítimas, ou o local do imóvel objeto de disputa. No caso da responsabilidade civil por ofensas praticadas em meios digitais, o elemento territorial costuma ser insuficiente, ou mesmo levar a soluções injustas no âmbito do direito. Basta pensar em uma ofensa praticada pela internet, em que um provedor ou o meio que determinado conteúdo foi disponibilizado podem ter sede em países estrangeiros, onde a língua e a cultura não coincidem com o das pessoas envolvidas, tanto o ofensor, quanto a vítima que suporta os efeitos de determinada publicação. Para os fins desse artigo, considera-se ofensas como atentados aos direitos de personalidade de outrem em sentido amplo, não somente aos direitos de honra e imagem, como é mais comum na utilização do vocábulo.

A *internet* possibilita a comunicação a longas distâncias, assim como a propagação e difusão de informações por velocidades antes inalcançáveis. Segundo pesquisa divulgada no *website* do portal G1, em reportagem de Thiago Lavado (2019), 70% da população brasileira possui acesso à *internet* e, mesmo entre as classes D e E, o percentual é bastante relevante, em 48%. Um ato ilícito praticado por meio de uma rede social, por exemplo, é facilmente replicável, podendo chegar ao conhecimento de pessoas de todo o mundo em questão de minutos.

As teorias da Responsabilidade Civil têm encontrado novos desafios desde o surgimento e expansão da era digital, que revolucionou a forma como as pessoas se comunicam, transacionam e interagem entre si. As violações de direitos de personalidade em meios não digitais possuem amplo arcabouço teórico a resolver as problemáticas da responsabilidade, mas há grande campo inexplorado no tocante às violações de

direitos de personalidade nos meios digitais. Temas como a velocidade e capilaridade da transmissão da informação, a autoria das mensagens nos meios digitais, a competência para julgar demandas que versem sobre ofensas ocorridas em meios digitais têm desafiado o Direito Civil e o Direito Processual Civil a encontrarem respostas justas, efetivas e tempestivas. A aplicação das normas existentes deve ser adaptada aos meios em que as condutas são efetivadas, em prestígio à atualização do sentido desses dispositivos.

2. DESENVOLVIMENTO

Os elementos da responsabilidade civil possuem certa variação na doutrina especializada, mas utilizaremos as lições de Tartuce (2019) e Gonçalves (2012), a partir da leitura do art. 186 do Código Civil. São elementos ou pressupostos da responsabilidade civil: conduta humana (na forma comissiva ou omissiva); culpa genérica ou *lato sensu* (podendo se consubstanciar em dolo ou culpa *strictu sensu*); nexó de causalidade; dano ou prejuízo. O artigo 927, por sua vez, estabelece o dever de indenizar, quando há prática de ato ilícito causador de dano.

Nesse contexto, cabe conceituar os direitos de personalidade, objetos de violação pelos atos ilícitos, considerados pontos de conexão entre o Direito Civil e o Direito Constitucional, em virtude de seu conteúdo bastante similar ao dos Direitos Humanos reconhecidos em âmbito internacional e positivados em dispositivos constitucionais, ainda que não sejam integralmente coincidentes. Segundo Colombo e Facchini Neto (2019, p. 6-7), o objeto dos direitos de personalidade são:

[...] os valores voltados ao ser humano, à dignidade da pessoa humana, seu aspecto físico, moral e intelectual, tutelando sua identidade, liberdade, igualdade, existência e segurança, honra, reserva da vida privada e desenvolvimento da personalidade, revelando as suas raízes nos direitos humanos.

Sobre os direitos de personalidade, Farias e Rosenvald (2011, p. 183) afirmam estarem relacionados aos valores existenciais da pessoa humana, sendo “as situações jurídicas reconhecidas à pessoa, tomada em si mesma e em suas necessárias projeções sociais”. Os autores endossam a simbiose entre os conceitos civil e constitucional, a partir dos princípios

constitucionais insculpidos no art. 1º, incisos II e III da CF/88, de proteção da dignidade da pessoa humana como central no ordenamento jurídico brasileiro. Nesse sentido, convém ressaltar a redação do Enunciado 274 da IV Jornada de Direito Civil, que assevera:

Os direitos da personalidade, regulados de maneira não-exaustiva pelo Código Civil, são expressões da cláusula geral de tutela da pessoa humana, contida no art. 1º, inc. III, da Constituição (princípio da dignidade da pessoa humana). Em caso de colisão entre eles, como nenhum pode sobrelevar os demais, deve-se aplicar a técnica da ponderação.

Alguns exemplos comumente observados de violação de direitos de personalidade em meios digitais são as ofensas praticadas por redes sociais entre os usuários. Também é comum a violação ao direito à imagem e à vida privada nessas plataformas, assim como violações de direitos autorais. Há, ainda, diversos crimes que podem possuir efeitos cíveis de reparação das vítimas, como fraudes, estelionato, apropriação de dados, além dos crimes contra a honra.

Sobre os atos praticados em meios digitais, é mister ressaltar que são atos humanos, com relevância jurídica. O meio digital só difere a forma como o ato é exteriorizado no mundo dos fatos, mas o uso das redes não anula o fator humano na exteriorização e recepção das mensagens. Como pondera Levy (1999, p. 15), “[s]empre ambivalente, as técnicas projetam no mundo material nossas emoções, intenções e projetos. Os instrumentos que construímos nos dão poderes mas, coletivamente responsáveis, a escolha está em nossas mãos”. Aqui, cabe apontar que o virtual não é oposto ao real.

O mundo real, segundo Levy (1996), seria um estado pré-definido, possível, que ocorre no plano dos fatos. Não há processo criativo na realização, pois as condições são pré-estabelecidas. Na atualização, há um processo criativo, de consecução de solução para uma problemática. O mundo virtual, por sua vez, ainda não existe, depende da subjetividade da interpretação humana e possibilita um recorte do espaço-tempo de forma distinta dos lugares realistas. O virtual, para Levy (1996), opõe-se ao atual, não ao real. Disso decorre a possibilidade de simultaneidade no tempo entre dois sujeitos em comunicação, sem que haja simultaneidade no espaço. Ainda assim, há produção de efeitos no mundo real. O autor dá o exemplo de uma empresa que adota o teletrabalho, tornando a questão dos postos de trabalho, que antes eram soluções estáveis, em uma questão virtualizada, em que cada funcionário está em uma coordenada espaço-temporal.

Nesse ponto surge a primeira problemática da responsabilidade civil aplicada aos meios digitais. O Direito, como pontuam Colombo e Facchini Neto (2019, p. 10) é necessariamente territorializado – o lugar é essencial para definir regras de competência e definição do direito nacional ou estadual a ser aplicado. Nos meios digitais, é possível vislumbrar situações em que o lugar dos servidores, o lugar do proprietário do *website* onde a ofensa foi veiculada e o lugar onde o dano é sentido são diferentes. É preciso, na compensação dos danos, fixar o critério de definição de qual jurisdição competente para conhecer do litígio e efetivamente reparar o dano.

O art. 11 do Marco Civil da Internet determina a aplicação da legislação nacional brasileira sempre que um dos seguintes atos ocorra em território nacional: operação de coleta, armazenamento, guarda e tratamento de registros, de dados pessoais ou de comunicações por provedores de conexão e de aplicações de internet. O parágrafo primeiro acrescenta que a regra se aplica a dados coletados no território nacional e ao conteúdo das comunicações, desde que haja um terminal localizado no Brasil. O parágrafo segundo, de acordo com Colombo e Facchini Neto (2019, p. 16), flexibiliza a fixação territorial com base no meio físico, ao admitir a aplicação da lei brasileira quando pessoa jurídica sediada no exterior ofertar serviço ao público brasileiro ou integrante do grupo econômico possua estabelecimento no país.

Colombo e Facchini Neto (2019, p. 16-17) entendem que, por leitura do art. 21, III do CPC, é possível a aplicação da lei brasileira quando o fato possuir repercussões no Brasil, como em uma ofensa à honra em que o centro de interesses da vítima seja o Brasil. Sendo relações consumeristas, a competência se definiria pela subsunção à regra do art. 22, II do CPC, que prevê a competência do domicílio do consumidor.

A jurisprudência do STJ tem apresentado entendimentos no sentido de admitir a competência do local do domicílio ou residência da vítima do fato danoso em ações indenizatórias que pretendam o ressarcimento de danos promovidos por meios digitais. O principal exemplo é o Recurso Especial nº 1168547/RJ, de relatoria do Ministro Luís Felipe Salomão, julgado em 11 de maio de 2010, divulgado no Informativo 434, no qual uma pessoa domiciliada no Brasil teve admitida pela Corte ação de reparação civil por danos materiais e morais contra *website* espanhol que estaria utilizando fotos dos seus shows com fins comerciais. O argumento que prosperou foi o de que

a ação mencionada pode ser promovida no foro do local onde ocorreu o ato ou fato, mesmo que a ré, ora recorrente, seja pessoa

jurídica, com sede em outro lugar, pois é no local em que reside e trabalha a pessoa supostamente prejudicada que o evento negativo terá maior repercussão

No Recurso Especial 1685558/SP, de relatoria da Ministra Nancy Andrighi, julgado em 3 de outubro de 2017, analisou-se a competência para julgamento de ação de reparação por danos materiais, decorrente de violação de direitos autorais, perpetrado por meio da *internet*. A violação se deu por envio de material didático protegido por direitos autorais por e-mail pela parte recorrida. A parte recorrente pretendia a aplicação do art. 100, IV, a ou do art. 94 do CPC/73 – com isso, a competência seria da sede da parte ré ou no domicílio do réu, considerando os direitos autorais como bens móveis. A Corte rechaçou a alegação, pois a violação de direitos autorais, por ter sido realizada pela *internet*, causou danos com abrangência nacional. Dessa forma, com aplicação do art. 100, § único, do CPC/73, é competente para apreciação da lide o local do fato, isto é, do evento danoso, facultando a escolha à vítima do ilícito.

Nesses dois julgados, é notório que a Corte considera como critério para fixação da competência a repercussão dos efeitos dos atos praticados por meio da *internet*. Podendo ser acessados de qualquer lugar, os dados que consubstanciam as ofensas aos diferentes direitos atingidos não podem ser limitados aos suportes físicos que os armazenam, guardam ou coletam. Na *internet*, a acessibilidade das informações se dá de modo distinto das informações veiculadas em meios físicos, exigindo soluções distintas. O entendimento da Corte foi de fixar a competência no lugar onde os danos são sentidos pela vítima; onde há desdobramentos e repercussão no mundo externo; onde a informação pode ser acessada e para onde ela é direcionada.

Boskovic (2020, p. 172-173) menciona que o Tribunal de Justiça da União Europeia desenvolveu dois critérios para identificação da jurisdição nacional competente para análise de casos de responsabilidade civil não-consumerista, em casos de ofensas perpetradas por meio da *internet*: o critério da acessibilidade e o critério do foco.

O critério da acessibilidade consiste na possibilidade da vítima da ofensa veiculada por meios digitais ajuizar ação de responsabilidade civil em qualquer local que o *website* utilizado como canal para o ato ilícito esteja acessível. O critério do foco, por sua vez, diz respeito à possibilidade de a vítima ajuizar a referida ação no local em que o público é o enfoque do *website*. Há aplicação substancial da teoria da acessibilidade na definição da competência, mas a teoria do foco parece responder

melhor às problemáticas da definição do direito material a ser aplicado (BOSKOVIC, 2020, p. 178).

Observa-se que a teoria do foco é passível de aplicação no Direito brasileiro com fundamento no arcabouço legislativo existente e até mesmo está em sintonia com a jurisprudência do STJ, ainda que não seja adotada essa denominação. Apesar de o Marco Civil da Internet estabelecer um critério em que prevalece o elemento físico na aplicação da legislação nacional, o §2º do art. 11 possibilita a aplicação de suas normas quando a pessoa jurídica sediada no exterior oferecer seus serviços no Brasil.

O CPC, por sua vez, em seu art. 21, inciso III, adota a regra de competência do juiz brasileiro quando “o fundamento seja fato ocorrido ou ato praticado no Brasil”. A interpretação do artigo deve ser adaptada ao meio virtual, que possui características distintas e peculiares. Um ato ilícito praticado por meio digital não deve ter seu local definido pelo local dos aparatos físicos que suportam a transmissão, coleta, guarda dos dados. O local dos atos ilícitos praticados na *internet* deve ser o local de interesse daquela informação; onde a informação é veiculada e produz efeitos sociais, causando impactos na vida da vítima. O ato deve ser considerado praticado no Brasil quando aqui possuir desdobramentos e repercussão, aptos a gerar efeitos jurídicos relevantes.

3. CONCLUSÃO

Pelo exposto, observa-se que os atos praticados em meios virtuais são atos que possuem efeitos no mundo real, na medida em que não há oposição entre mundo real e mundo virtual. Os atos praticados nos meios virtuais são passíveis de produção de efeitos no mundo real de forma ágil, capilarizada e ampla, potencializando eventuais ofensas. Trata-se de afirmativa especialmente verdadeira no Brasil, que possui ampla adesão aos meios digitais na população.

Os direitos de personalidade atingidos por atos ilícitos praticados em meios eletrônicos devem ter uma proteção adequada ao meio em que é propagada. Possuem posicionamento central no ordenamento jurídico brasileiro, tendo como ápice a afirmação da dignidade da pessoa humana na CRFB/88. A dificuldade do estabelecimento da competência do juízo nacional deve ser resolvida pela leitura do art. 21, III do CPC em consonância às teorias desenvolvidas em decisões da Corte Europeia nesse

assunto. Disso decorre que o lugar do fato ou do ato não tem consonância, necessariamente, com os meios físicos que suportam os dados transmitidos por meios digitais. A melhor interpretação é a que considera as repercussões dos atos praticados na internet, isto é, para qual público é direcionada a informação disponibilizada nos meios virtuais.

O lugar do ato ou do fato, para condutas praticadas por meios digitais, deve ser entendida como lugar onde os desdobramentos daquela conduta são sentidos; onde o dano é causado e a vítima possui seu centro de interesses; o lugar para onde aquela informação é direcionada e está acessível. Trata-se de aplicação da teoria do foco, desenvolvida no Tribunal de Justiça da União Europeia, com suporte em dispositivo do Código de Processo Civil brasileiro. O lugar do fato ou do ato, mencionado no CPC, deve ser entendido de modo a compatibilizar com os meios virtuais descritos na obra de Levy, dando uma interpretação que prestigie o lugar onde os atos produzem seus efeitos ou onde o fato danoso é percebido pela vítima.

REFERENCIAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em junho de 2020

BRASIL. Lei Nº 10.406, de 10 de Janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em junho de 2020.

BRASIL. Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm. Acesso em junho de 2020.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em junho de 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1168547/RJ. Relator Ministro Luis Felipe Salomão. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200702529083&dt_publicacao=07/02/2011. Acesso em: jun. 2020

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1685558/SP. Relatora Ministra Nancy Andrighi. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=77115961&num_registro=201602219810&data=20171009&tipo=51&formato=PDF. Acesso em jun. de 2020.

BRASIL. Conselho Superior da Justiça Federal. Enunciado 274 da IV Jornada de Direito Civil. Disponível em: < <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/219>>. Acesso em junho de 2020.

BOSKOVIC, O. A Responsabilidade Civil das Empresas Gigantes da Internet: Aspectos de Direito Internacional Privado pelo Prisma do Direito Francês e do Direito da União Europeia. Revista de Direito, Estado e Telecomunicações, Brasília, v. 12, nº 1, p. 159-186, Maio 2020. DOI: <https://doi.org/10.26512/lstr.v12i1.30003>.

COLOMBO, Cristiano; FACCHINI NETO, Eugênio. Violação dos direitos de personalidade no meio ambiente digital: a influência da jurisprudência europeia na fixação da jurisdição/competência dos tribunais brasileiros. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 8, n. 1, 2019. Disponível em: <<http://civilistica.com/violacao-dos-direitos-de-personalidade/>>. Acesso em junho de 2020.

FARIAS, Cristiano Chaves e ROSENVALD, Nelson. *Direito Civil: Teoria Geral*. 9. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro, volume 4: responsabilidade civil*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

LAVADO, Thiago. Uso da internet no Brasil cresce, e 70% da população está conectada. Portal G1, 2019. Disponível em: <<https://g1.globo.com/economia/tecnologia/noticia/2019/08/28/uso-da-internet-no-brasil-cresce-e-70percent-da-populacao-esta-conectada.ghtml>>. Acesso em: 16 de junho de 2020.

LEVY, Pierre. *O Que é o Virtual?*. São Paulo: Ed. 34, 1996.

LÉVY, Pierre. *Cibercultura*. Tradução de Carlos Irineu da Costa. São Paulo: Editora 34, 2008

TARTUCE, Flávio. *Direito Civil: Direito das Obrigações e Responsabilidade Civil* – v. 2. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.



**O CORONAVÍRUS COMO PROPULSOR DAS
CONTRATAÇÕES EM AMBIENTE VIRTUAL: UMA
ANÁLISE SOBRE A EFETIVA PROTEÇÃO DOS
CONSUMIDORES NO BRASIL**

CORONAVIRUS AS A PROPELLER OF THE VIRTUAL
ENVIRONMENT CONTRACTING: AN ANALYSIS ON THE
EFFECTIVE CONSUMER PROTECTION IN BRAZIL

SÍLVIA LEVENFUS¹

THAISE M. NEVES DUARTE PACHECO²

Resumo: O presente estudo tem como escopo analisar o impacto do Coronavírus nas relações consumeristas, propulsor do aumento das contratações em ambiente virtual. Desta forma, pretende-se verificar os riscos, benefícios e quais são os desafios decorrentes da digitalização para os consumidores, assim como as normatizações que auxiliam na proteção do consumidor em ambiente virtual no Brasil. Compreende-se pela necessidade e urgência de instrumentos regulatórios específicos dedicados a oferecer efetiva proteção do consumidor diante das novas manifestações econômicas e tecnológicas, sobretudo diante da crescente coleta e tratamento de dados dos usuários. Para tanto, utilizar-se-á do método de abordagem indutivo, através de técnica de pesquisa bibliográfica e documental. A pesquisa está vinculada à linha de pesquisa “Tutelas à Efetivação de Direitos Transindividuais”, e eixo temático “Proteção do Consumidor como Garantia Fundamental Constitucional”.

1 Mestranda em Direito pela UFRGS. Bacharela em Direito pela Fundação Escola Superior do Ministério Público. Endereço de e-mail: silvialevenfus@gmail.com.

2 Graduada e Mestre em Direito pela Fundação Escola Superior do Ministério Público. Especialista em Direito Empresarial. Endereço de e-mail: thaisemnduarte@gmail.com.

Palavras-chave: Contratações virtuais; Dados pessoais; Lei Geral de Proteção de Dados.

Abstract: This study aims to analyze the impact of the New Coronavirus on consumer relations, driving the increase in hiring in a virtual environment. In this way, it is intended to check risks, benefits and what are the challenges arising from digitalization for consumers. In addition, it exposes which national norms that assist in consumer protection in a virtual environment. It is understood by the need and urgency of specific regulatory instruments dedicated to offering effective consumer protection in the face of new economic and technological manifestations, especially in view of the growing collection and treatment of users' data. For that, it will be used the method of inductive approach, through bibliographic and documentary research technique. The research is linked to the line of research "Guardianships to the Enforcement of Transindividual Rights", and the thematic axis "Consumer Protection as a Fundamental Constitutional Guarantee".

Keywords: General Data Protection Law; Personal data; Virtual hiring.

1. INTRODUÇÃO

O mundo está diante de uma das maiores crises de saúde da história, cujos efeitos extrapolam a seara sanitária, e permeiam a organização socioeconômica.

Em razão da adoção de medidas de isolamento social, milhares de consumidores foram compelidos a recorrer a plataformas e a outros meios virtuais de contratação. Por esta razão, o SARS-coV-2, também denominado COVID-19 ou Coronavírus, tem sido percebido como elemento propulsor processo de digitalização da economia.

Inquestionavelmente o desenvolvimento tecnológico é capaz de oferecer grandes benefícios aos consumidores, no entanto, igualmente pode ocasionar riscos.

O ordenamento jurídico brasileiro oferece a tutela destacada ao consumidor, reconhecendo a sua vulnerabilidade e flagrante desequilíbrio no âmbito das relações consumeristas. Contudo, o incremento tecnológico, sobretudo em razão da crescente coleta e tratamento de dados pessoais dos consumidores, impõe o surgimento de regulações específicas, aptas a oferecer a efetiva tutela do consumidor em ambiente virtual.

O presente artigo, desta forma, se dedica a analisar o impacto do Coronavírus na aceleração da contratação de produtos e da utilização de serviços virtuais, expondo as normatizações existentes no país e apresentando os desafios decorrentes do incremento tecnológico para a efetiva proteção dos consumidores neste âmbito.

2. NOVAS CONFIGURAÇÕES ECONÔMICAS: PRESSUPOSTOS E PERSPECTIVAS

O intenso processo de digitalização e de inovações generalizadas ocorrido nos últimos anos tem levado pesquisadores a asseverar que o mundo esteja diante de uma quarta revolução industrial, caracterizada pela transformação abrupta e radical das estruturas econômicas e sociais (SCHWAB, 2016, p. 16 -17).

O crescente número e a disseminação de dispositivos de comunicação capazes de coletar dados dos seus usuários, aliados às tecnologias de *big data*, de computação em nuvem e ao tratamento de dados, estão oportunizando o surgimento de novos modelos de negócios e a transformação dos modelos existentes.

Muitas indústrias têm incorporado modelos de negócios baseados no digital e nas potencialidades inerentes à tecnologia (PASQUALOTTO; BUBLITZ, 2017, p. 67). Esta última, é responsável por uma série de benefícios aos consumidores. Isso porque, o incremento tecnológico rompe barreiras, oportunizando que pessoas localizadas em regiões menos favorecidas tenham acesso a bens de consumo que até então não possuíam. A tecnologia, desta forma, pode ser encarada como elemento propulsor à democratização de acesso a produtos e serviços através da contratação em ambiente virtual (SCHWAB, 2016, p. 16 -17).

Este processo de digitalização dos negócios está associado a grandes benefícios aos consumidores, no entanto, o incremento de transações virtuais impõe desafios igualmente expressivos, seja eles de ordem regulatória, de privacidade, dentre outros.

2.1. O CORONAVÍRUS COMO FATOR PROPULSOR DAS CONTRATAÇÕES EM AMBIENTE VIRTUAL NO BRASIL

A Organização Mundial da Saúde (OMS) reconheceu o surto de Covid-19, como uma pandemia, constituindo-se, desta forma, como uma emergência de saúde pública de importância internacional (OPAS, 2020).

Com o intuito de conter a disseminação da doença, foram adotadas medidas de restrição de circulação de pessoas e de funcionamento do comércio, que possibilitaram a alteração profunda de hábitos de consumo e a forma com a qual consumidores têm contratado produtos e serviços. Em razão da impossibilidade de recorrer ao comércio presencial, muitos consumidores foram coagidos a se valerem de meios virtuais de contratação. Estima-se que durante a pandemia, o comércio eletrônico tenha ganho 4 milhões de novos clientes (AGÊNCIA O GLOBO, 2020).

Ressalta-se que outros setores da economia também adotaram a digitalização dos serviços oferecidos como forma de evitar a descontinuidade de suas atividades, tal como o setor de educação, induzindo o Ministério da Educação a autorizar, de forma excepcional, a substituição das aulas presenciais por educação à distância (EAD).

A incorporação de um modelo digitalizado para a prestação de serviços também pode ser verificada no setor da saúde, o qual foi autorizado, igualmente de forma excepcional, a telemedicina (BRASIL, 2020).

O ingresso de novos consumidores ao comércio eletrônico assim como o surgimento e o fortalecimento de modelos virtuais de prestação de serviço, evidencia, de fato, que a pandemia tenha acelerado o processo de transformação digital. Contudo, tal fato desperta inquietações acerca da efetiva proteção dos consumidores em ambiente virtual.

2.2. BENEFÍCIOS E RISCOS ADVINDOS DO INCREMENTO TECNOLÓGICO NAS RELAÇÕES DE CONSUMO

Os benefícios advindos do desenvolvimento tecnológico são indiscutíveis: destaca-se o surgimento de novos agentes de mercado, estimulando a concorrência e uma maior eficiência nas relações econômicas (MIRAGEM, 2019a, p. 123), assim como o advento de soluções de negócios desburocratizadas e democráticas. (SCHWAB, 2016, p. 57).

A coleta dos dados dos consumidores, seja através de formulários, histórico de navegação, ou até mesmo através do uso de sensores

instalados nos aparelhos móveis dos usuários, tem possibilitado o surgimento de produtos cada vez mais ajustados aos interesses dos consumidores. (SCHWAB, 2016, p. 59).

No entanto, em que pese muitos sejam os benefícios advindos do desenvolvimento tecnológico, há que se destacar que as facilidades decorrentes do consumo virtual são capazes de apresentar prejuízos aos consumidores.

Os negócios realizados em ambiente virtual adotam modelos despersonalizados e desmaterializados de contratação (MARQUES, 2011, p. 839), em que a simplicidade e a instantaneidade da celebração do negócio podem ocultar uma complexa relação jurídica, cujos agentes econômicos envolvidos podem não ser adequadamente identificados pelo consumidor. Condições estas que implicam no agravamento da condição de vulnerabilidade do consumidor no ambiente virtual.

Além disso, a coleta massiva e variada de dados, em bases de dados, promove questionamentos sobre danos aos consumidores, como vazamento e mau uso dos dados, implicando em desvio de finalidade.

O tratamento de dados pessoais pode ser útil ao consumidor, mas para exercer sua “cooperação diligente” ele deve ser devidamente informado de todos os riscos e implicações dessa atividade (FURTADO, BEZERRA, 2020, p. 10). Desta forma, a coleta e tratamento de dados dos consumidores, prática corriqueira nas relações consumeristas hodiernas, requer uma maior atenção, para que haja uma efetiva proteção do consumidor neste meio virtual.

3. A PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR EM AMBIENTE VIRTUAL NO BRASIL

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 foi a responsável por inserir a tutela do consumidor em matéria constitucional³ e como princípio da ordem econômica⁴. Dois anos após a promulgação da Consti-

3 Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: XXXII - o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor (BRASIL, 1988)

4 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 (BRASIL, 1988)

tuição Federal, foi editado o Código de Defesa do Consumidor (CDC), responsável por inaugurar um novo padrão de tutela consumerista no Brasil, no qual é reconhecida a vulnerabilidade do consumidor diante do fornecedor e a necessidade de previsões materiais direcionadas à sua proteção, como meio de corrigir o desequilíbrio naturalmente existente no âmbito das relações consumeristas.

Uma das características do CDC que garante a efetiva proteção dos consumidores e a adaptação da norma às novas manifestações econômicas é a definição de uma série de princípios que devem reger as relações consumeristas, como: o reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor, o princípio da informação e transparência, o princípio da boa-fé objetiva e o princípio da confiança.

Verifica-se, desta forma, que, apesar de fazer poucas referências expressas a instrumentos dedicados à proteção do consumidor em ambiente virtual, o Código de Defesa do Consumidor dá guarida às relações jurídicas estabelecidas na internet. De acordo com Miragem (2019a, p. 127), ainda que a contratação se dê por meio eletrônico, não deve afastar a aplicação do CDC.

Todavia, a efetiva proteção do consumidor demanda novos enfoques para atender aos novos padrões de consumo e às modernas necessidades de consumidores virtuais (PASQUALOTO; BUBLITZ, 2017, p. 77), sobretudo no que diz respeito à coleta e ao tratamento dos seus dados pessoais.

É fato que a inexistência de normativa própria vigente para a proteção dos dados gera insegurança nas relações consumeristas (MALDONADO, GUTIERREZ, 2018, p. 4).

3.1. O SURGIMENTO DE NOVAS REGULAÇÕES DEDICADAS À TUTELA DOS USUÁRIOS

Ainda que a Constituição Federal e o Código de Defesa do Consumidor sejam instrumentos imprescindíveis para tutelar, de certa forma, as relações consumeristas, mostraram-se insuficientes para proteger de forma efetiva os dados destes titulares no âmbito das complexas relações econômicas contemporâneas.

Destaca-se que o desencadeamento dos negócios da economia digital, a partir dos anos 1990, teve influência direta para que se vislumbrasse a necessidade regulatória de proteção de dados pessoais de maneira mais eficaz e contundente (PINHEIRO, 2020, p. 17).

Embora existissem poucas e esparsas referências à proteção dos dados pessoais no ordenamento jurídico brasileiro⁵, de acordo com Lima (2020, p. 36), o aperfeiçoamento da proteção de dados no país deu-se a partir do Marco Civil da Internet, Lei 12.965/2014, tendo este permitido a criação de um parâmetro principiológico, garantindo direitos fundamentais a usuários da Internet.

Nesta regulação, já se abordava acerca dos dados pessoais, assim como do tratamento destes (OLIVEIRA; COTS, 2020, p. 47). Desta forma, verifica-se que o diálogo estabelecido entre o Código de Defesa do Consumidor e o Marco Civil da Internet foi sobremaneira importante para a construção de uma visão no que tange à proteção das relações consumeristas em ambiente virtual.

Apesar da relevância da legislação, assim como os seus inúmeros avanços em relação à temática digital, não encerra a imprescindibilidade de se normatizar especificamente a proteção de dados (MALDONADO, GUTIERREZ, 2018, p. 7).

O advento da Lei Geral de Proteção de Dados (Lei nº 13.709/2018), sofreu total influência deste amadurecimento de uma cultura de proteção dos dados pessoais. Segundo Mendes e Doneda (2018, p. 25-26), a normativa foi determinante para a criação de uma concepção inovadora, que leva em consideração que não existem mais dados irrelevantes no processamento eletrônico e na sociedade de informação. Para tanto, a legislação proporciona garantias ao cidadão no que tange à utilização de seus dados e, sendo os dados pessoais projeções da personalidade, qualquer que seja o seu tratamento, pode vir a violar os direitos fundamentais.

3.2. A URGÊNCIA DA IMPLEMENTAÇÃO DE UMA NORMA DE PROTEÇÃO DO USO DE DADOS NACIONAL

A LGPD dispõe sobre a proteção de dados pessoais, sejam eles nos meios digitais ou não, com o intuito de proteger os direitos funda-

5 A Constituição Federal de 1988, assim como o Habeas Data, previam o direito à privacidade. Foi somente nos anos 2000, aproximadamente, que iniciou um movimento de recepção normativa à proteção de dados. Ainda que uma proposta regulatória sobre a proteção de dados tenha iniciado em 2005, apenas em 2010 que o assunto passou a ser tratado com mais amplitude. Entretanto, somente em 2018 que a Lei Geral de Proteção de Dados virou lei. Esta é um marco normativo na proteção de dados pessoais, com o intuito de complementar a Lei de Acesso à Informação, o Marco Civil da Internet e o Código de Defesa do Consumidor (DONEDA, MENDES, 309-310, 2019).

mentais de liberdade, de privacidade, e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural⁶.

Apesar de não estar em vigor, a legislação, até o momento mostrou-se uma norma principiológica na matéria, concebendo princípios até então não explícitos no quadro regulatório nacional, tais como o princípio da finalidade, o princípio da adequação e o princípio da necessidade (OLIVEIRA; COTS, 2020, p. 41-43).

O surgimento da LGPD permitiu a possibilidade de proteção da liberdade e da privacidade dos consumidores, posto que se vislumbra uma comunicação entre a LGPD e o CDC. Exemplifica-se tal com a menção de que a defesa do consumidor é um dos fundamentos da proteção de dados⁷ (MENDES; DONEDA, 2018, p. 26). Ademais, observa-se o diálogo entre os dispositivos no que diz respeito ao direito do consumidor à informação, com o intuito de que este possa entender de forma precisa quais os riscos envolvidos na atividade (FURTADO; BEZERRA, 2020, p. 7).

Salienta-se que o CDC já garantia a informação como direito básico do consumidor⁸. Com o advento da LGPD, além da previsão de observância da boa-fé, a normativa prevê a definição de consentimento e incluiu princípios que exigem a necessidade de informar ao titular qual a finalidade do tratamento (princípio da finalidade); se há a compatibilidade do tratamento com as finalidades informadas (princípio da adequação) e garante aos titulares que seja lhe informado de forma clara, precisa e acessível sobre o tratamento de seus dados (princípio da transparência).

Por isto, mostra-se imprescindível o acompanhamento do princípio da finalidade previsto na LGPD. Nas duas regulações (LGPD e CDC) preconiza-se a necessidade de uma decisão informada, permeada pelo consentimento e pela transparência. Como bem assevera Pinheiro (2020, p. 43), “a linha mestra para o tratamento de dados pessoais é o consentimento pelo titular, que deve ser aplicado aos tratamentos de dados informados e estar vinculado às finalidades apresentadas”.

6 Art. 1º Esta Lei dispõe sobre o tratamento de dados pessoais, inclusive nos meios digitais, por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado, com o objetivo de proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural. (BRASIL, 2018)

7 Art. 2º A disciplina da proteção de dados pessoais tem como fundamentos: VI - a livre iniciativa, a livre concorrência e a defesa do consumidor

8 Art. 6º São direitos básicos do consumidor: III - a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade, tributos incidentes e preço, bem como sobre os riscos que apresentem

4. CONCLUSÃO

Não se pretende com o presente estudo corroborar que o comércio eletrônico não deve ocorrer. Pelo contrário, acredita-se este elemento ser essencial para a mudança tecnológica que surge. A chegada da Covid-19 apenas acelerou este processo.

Entretanto, compreende-se que somente podem ocorrer relações confiáveis no meio eletrônico quando presente uma normativa que tutele efetivamente os dados das partes envolvidas, ainda mais quando se trata de relação consumerista, em que já há uma parte mais vulnerável presente. Felizmente, o advento da LGPD representa um marco na proteção dos dados, na medida em que explícita o princípio da finalidade e a necessidade do consentimento expresso do titular dos dados, sob pena de afronta à sua privacidade.

Tendo em vista que a proteção no mundo digital é essencial, conclui-se que a entrada em vigor da Lei Geral de Proteção de Dados, juntamente da Agência Nacional de Proteção de Dados é indispensável e urgente para a efetiva tutela consumerista em ambiente virtual. Ainda que o quadro regulatório existente permita, em certa medida, uma tutela dos dados dos consumidores, mostra-se insuficiente em virtude do avanço tecnológico.

REFERÊNCIAS

AGÊNCIA O GLOBO. Comércio eletrônico ganha quatro milhões de novos clientes na pandemia e acentua crise no varejo físico. *Época Negócios*, 2020. Disponível em: <<https://epocanegocios.globo.com/Economia/noticia/2020/05/comercio-eletronico-ganha-quatro-milhoes-de-novos-clientes-na-pandemia-e-acentua-crise-do-varejo-fisico.html>>. Acesso em: 17 jun. 2020.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 15 jun. 2020

BRASIL. Lei n. 12.965, de 23 de abril de 2014. Estabelece princípios, garantias e direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Marco Civil da Internet. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2011-2014/2014/Lei/L12965.htm>. Acesso em: 11 jun. 2020

BRASIL. Lei n. 13.709 de 24 de agosto de 2018. Dispõe sobre a proteção de dados pessoais e altera a Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014 (Marco Civil da Internet). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/Lei/L13709.htm>. Acesso em: 15 jun. 2020.

BRASIL, Lei n. 13.989, de 15 de abril de 2020. Dispõe sobre o uso da telemedicina durante a crise causada pelo coronavírus (SARS-CoV-2). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/Lei/L13989.htm>. Acesso em: 17 jun. 2020.

DONEDA, Danilo; MENDES, Laura Schertel. Um perfil da Nova Lei Geral de Proteção de Dados brasileira. In: CAVALLI, Olga; BELLI, Luca. Governança e regulações da internet na América Latina. p. 309 - 325. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/27164/Governança%20e%20regulações%20da%20internet%20na%20América%20Latina.pdf?sequence=3&isAllowed=y>>. Acesso em: 18 jun. 2020.

FURTADO, Gabriel Rocha; BEZERRA, Daniel Teixeira. Privacidade, consentimento informado e proteção de dados do consumidor na internet. Revista de Direito do Consumidor. v. 128, p. 205-225, 2020.

LIMA, Cíntia Rosa Pereira de. Autoridade nacional de proteção de dados e a efetividade da Lei Geral de Proteção de Dados (Lei nº 13.709/2018 e as alterações da Lei nº 13.853/2019), o Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965/2014) e as sugestões de alteração do CDC (PL. 3.514/2015). São Paulo: Almedina, 2020.

MARQUES, Cláudia Lima. Proteção do Consumidor no comércio eletrônico e a chamada nova crise do contrato: por um direito do consumidor aprofundado. Doutrinas Essenciais de Direito do Consumidor. v. 2, p. 827 – 884, 2011.

MALDONADO, Viviane Nóbrega; GUTIERREZ, Andriei. A estratégia brasileira para a transformação digital e as questões que dela emergem no que se refere à proteção de dados pessoais. Revista dos Tribunais. v. 993, p. 293-304, 2018.

MENDES, Laura Schertel; DONEDA, Danilo. Comentário à Nova Lei Geral de Proteção de Dados (Lei 13.709/2018): o novo paradigma da proteção de dados no Brasil. Revista de Direito do Consumidor. v. 120, p. 555-587, 2018.

MIRAGEM, Bruno. Curso de Direito do Consumidor. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019a.

MIRAGEM, Bruno. Novo paradigma tecnológico, mercado de consumo digital e o direito do consumidor. Revista de Direito do Consumidor. v. 125. p. 17 – 62, set. – out. 2019b.

OPAS. Organização Pan-americana da Saúde. OMS. Folha informativa – COVID-19 (doença causada pelo Novo Coronavírus). Disponível em <https://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=6101:covid19&Itemid=875>. Acesso em: 18 jun. 2020.

OLIVEIRA, Ricardo; COTS, Márcio (coord.). O legítimo interesse e a LGPD: Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. 1 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

PASQUALOTTO, Adalberto de Souza; BUBLITZ, Michelle Dias. Desafios do presente e do futuro para as relações de consumo ante indústria 4.0 e a economia colaborativa. Revista de Direito, Globalização e Responsabilidade nas Relações de Consumo. v. 3. n. 2, p. 62 – 81, jul – dez 2017.

PINHEIRO, Patricia Peck. Proteção de dados pessoais: comentários à Lei n. 13.709/2018 (LGPD). 2 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

SCHWAB, Klaus. A quarta revolução industrial. Tradução de Daniel Moreira Miranda. São Paulo: Edipro, 2016.



A TUTELA DE DADOS PESSOAIS COMO DIREITO

FUNDAMENTAL IMPLÍCITO¹

PERSONAL DATA PROTECTION AS AN IMPLICIT FUNDAMENTAL RIGHT

ANA LUIZA LIZ DOS SANTOS²

Resumo: O ordenamento jurídico brasileiro, diversamente do que ocorre em outros países, como Portugal e Espanha, ainda não conta com previsão expressa que reconheça a tutela de dados pessoais como Direito Fundamental. Tramita no Congresso Nacional um Projeto de Emenda Constitucional que visa incluir a tutela dos dados pessoais no seletorol de Direitos Fundamentais consagrados na Constituição Federal. Enquanto o processamento da referida proposta de emenda constitucional não for concluído, é possível o exercício de interpretação das garantias constitucionais, centralizadas na dignidade humana, reconhecendo a tutela de dados pessoais como modalidade de Direito Fundamental implícito. Para o desenvolvimento do presente estudo, adotou-se o método de abordagem hipotético-dedutivo e

-
- 1 Ensaio elaborado sob a orientação do Prof. Dr. José Tadeu Neves Xavier, a partir de debates desenvolvidos no Grupo de Pesquisa Relações Tensionais entre Mercado, Estado e Sociedade: Interesses Públicos *versus* Interesses Privados, realizado na Faculdade Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP).
 - 2 Mestranda em Direito na Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP), na linha de pesquisa Tutelas à Efetivação de Direitos Públicos Incondicionados. Integrante do Grupo de Pesquisa Relações Tensionais entre Mercado, Estado e Sociedade: Interesses Públicos *versus* Interesses Privados, coordenado pelo Prof. Dr. José Tadeu Neves Xavier. Especialista em Direito Público pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Especialista em Direito Civil e Processo Civil pelo Instituto de Desenvolvimento Cultural (IDC). Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Assessora Jurídica (Cargo em Comissão) em Gabinete de Desembargador no Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Autora do artigo “Lei Geral de Proteção de Dados: um estudo comparativo em relação à efetividade dos direitos fundamentais”, publicado na Revista dos Tribunais (São Paulo, impresso), v. 1013, p. 105-124, 2020. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1213105149446784>. E-mail: analuizaliz.s@hotmail.com.

técnica de pesquisa bibliográfica a partir da doutrina e legislação constitucional e infraconstitucional existentes sobre o tema.

Palavras-Chave: Direitos Fundamentais; Direitos Fundamentais Implícitos; Tutela de Dados Pessoais.

Abstract: The Brazilian law, unlike what occurs in other countries, such as Portugal and Spain, does not yet have an express provision that recognizes the protection of personal data as a Fundamental Right. A draft Constitutional Amendment is being considered in the National Congress, which aims to include the protection of personal data in the select list of Fundamental Rights enshrined in the Federal Constitution. As long as the processing of the aforementioned constitutional amendment proposal has not been completed, it is possible to exercise the interpretation of constitutional guarantees, centered on human dignity, recognizing the protection of personal data as an implied fundamental law modality. For the development of this study, it was adopted the hypothetical-deductive method, and research technique bibliographic based on doctrine and constitutional and infraconstitutional legislation existing on the theme.

Keywords: Fundamental Rights; Fundamental Rights Implicit; Protection of Personal Data.

1. INTRODUÇÃO

Os Direitos Fundamentais, eixo central das Constituições contemporâneas, refletem as diversas dimensões sobre as quais se projetam a condição e a atuação do ser humano, acompanhando, necessariamente, a evolução da vida em sociedade. São, portanto, Direitos vivos e em constante dinâmica. O cenário da Sociedade da Informação trouxe uma série de alterações no convívio social, as quais impactam, de forma inevitável, na função de tutela integral que os Direitos Fundamentais devem oferecer ao indivíduo e, neste contexto, a questão da tutela dos dados pessoais passa a concentrar a atenção do pensamento jurídico.

Alguns países, como Portugal e Espanha, serviram de exemplo a ser seguido no tratamento constitucional destinado à proteção dos dados pessoais. O Brasil ainda não alcançou esta excelência, ao menos não de forma expressa, pois carece de uma positivada previsão em sua Constituição. A temática, entretanto, não é indiferente ao ambiente jurídico

nacional, que além da edição de uma Lei Geral de Proteção de Dados – LGPD (Lei nº 13.709/2018), conta com um Projeto de Emenda Constitucional (PEC nº 17/2019), que visa incluir no rol de Direitos Fundamentais a referência ao direito à proteção de dados pessoais, inclusive nos meios digitais. Porém, enquanto a mudança normativa não se concretiza, cabe aos intérpretes buscar meios que possam posicionar esta tutela no quadro dos Direitos Fundamentais, mesmo que de forma implícita.

Buscando enfrentar esta temática, o presente ensaio parte da referência aos modelos constitucionais de Portugal e Espanha, visita o referido Projeto de Emenda Constitucional e defende a admissão da tutela de dados pessoais desde já como Direito Fundamental, mesmo que de forma implícita.

2. RECONHECIMENTO DA TUTELA DE DADOS COMO DIREITO FUNDAMENTAL NO DIREITO COMPARADO: AS EXPERIÊNCIAS DE PORTUGAL E ESPANHA

Os países da Península Ibérica têm assumido um papel de destaque no tratamento constitucional dos Direitos Fundamentais, servindo de inspiração para o ordenamento jurídico de diversos países, dentre os quais se coloca o Brasil. O caráter inovador e a abordagem sistematizada do regramento sobre os Direitos Fundamentais colocam estes modelos como referência nesta matéria tão cara ao pensamento jurídico contemporâneo. Dentre as diversas dimensões que o tema dos Direitos Fundamentais desses países pode ser enfocado, interessa em especial para o presente ensaio a iniciativa dos ordenamentos constitucionais português e espanhol na temática da tutela dos dados pessoais.

Começando por Portugal, é importante referir que a Constituição deste país, datada de 1976, foi promulgada após o país ter vivido 48 anos de um regime ditatorial, que teve o seu declínio com a famosa Revolução dos Cravos. Neste compasso, o texto constitucional assumiu como propósito a criação de um Estado Democrático de Direito, fundado na dignidade humana e, em razão disso, dedicou um extenso rol de artigos para a descrição de Direitos e Deveres Fundamentais, os quais foram especialmente direcionados para as liberdades cívicas e os direitos políticos. Pontualmente, no que aqui nos importa, a Consti-

tuição de Portugal consagrou-se como o primeiro texto constitucional europeu a disciplinar de forma específica, a proteção de dados pessoais (LIMBERGER, 2009, p. 141).

Apesar de, atualmente, já ter passado por sete reformas constitucionais – a mais recente em 2005 – o texto originário da Constituição Portuguesa já apresentava preocupação com a utilização da informática e a proteção dos dados pessoais, confirmando o pioneirismo na consagração constitucional de direitos que protegem especificamente os dados pessoais dos indivíduos em face do uso das novas tecnologias (CASTRO, 2016, p. 44). Em sua versão mais recente, o art. 35 da Carta Magna lusitana contempla de forma abrangente a proteção do cidadão com relação aos seus dados, inclusive com proibição de atribuição de um número nacional único aos cidadãos. Ademais, o texto constitucional em tela, em seu art. 26, ao dispor sobre *outros direitos pessoais*, em uma disposição de caráter programático, outorga à lei a tarefa de estabelecer “garantias efetivas contra a obtenção e utilização abusivas, ou contrárias à dignidade humana, de informações relativas às pessoas e famílias” (PORTUGAL, 1976, p. 5-7).

Posteriormente, dando seguimento à esta proposição, e com o intuito de adequar-se à Diretiva Europeia nº 46/1995, do Parlamento Europeu e do Conselho da União Europeia, relativa à proteção de dados das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados, a Assembleia da República de Portugal aprovou a Lei nº 67/1998, referente à proteção dos dados pessoais. Esta lei lusitana tem como principal objetivo a realização de tratamento de dados pessoais de forma transparente e no estrito respeito pela reserva da vida privada, bem como pelos direitos, liberdades e garantias fundamentais, contando com o reforço da previsão constitucional pertinente a matéria, que lhe serve de substrato.

Na esteira do caminho percorrido por Portugal, a Constituição da Espanha de 1978 consagrou-se como um dos primeiros textos constitucionais a prever a utilização da informática e o resguardo dos direitos fundamentais (LIMBERGER, 2009, p. 141). O artigo 18, nº 4, da Constituição Espanhola dispõe que a lei limitará o uso da informática para garantir a honra e a intimidade pessoal e familiar dos cidadãos e o pleno exercício dos seus direitos.

Após algumas tentativas de atos do Parlamento Espanhol, em 1999, em consonância com a Diretiva Europeia nº 46/1995, do Parlamento Europeu e do Conselho da União Europeia, relativa à proteção de dados das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados

peçoais e à livre circulação desses dados, foi publicada a Lei Orgânica de Proteção de Dados Pessoais Espanhola – LOPD (Lei nº 15/1999).

O texto constitucional espanhol, até então restrito à proteção da honra e da intimidade pessoal e familiar dos cidadãos, teve seu objeto ampliado a partir de 1999, com a publicação da LOPD. Nesse sentido, a inovação se deu em dois aspectos: a) inclusão, no âmbito de proteção da lei, de todos os bancos de dados, informatizados ou não; e b) proteção do tratamento dos dados pessoais, com relação ao conjunto de liberdades públicas e direitos fundamentais das pessoas – embora mantida a especial ênfase no âmbito da intimidade (LIMBERGER, 2009, p. 145).

O traço comum destes dois modelos, e que merece aplausos, é o assento constitucional outorgado à tutela de dados pessoais, elevando este direito ao *status* de garantia constitucional e, por consequência, posicionando-o em destaque especial no cenário jurídico destes países, podendo servir de inspiração para a evolução do Direito Constitucional brasileiro.

3. O CAMINHO BRASILEIRO: A PROPOSTA DE EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 17/2019

O Brasil, de forma diversa da experiência vivenciada por Portugal e Espanha, ainda não oferece previsão expressa de tutela constitucional de dados pessoais. Entretanto, por decorrência do atual cenário envolvendo os fluxos de informação, em março de 2019 foi apresentada no Senado Federal uma Proposta de Emenda à Constituição (PEC nº 17/2019), tendo por objetivo fazer constar expressamente a proteção dos dados pessoais como Direito Fundamental do cidadão, com a inclusão de um novo inciso (XII-A) no art. 5º da Constituição, dispondo que “é assegurado, nos termos da lei, o direito à proteção de dados pessoais, inclusive nos meios digitais”. Ademais, a iniciativa de Emenda Constitucional propõe também o acréscimo do inciso XXX ao art. 22 da Constituição, para que seja competência privativa da União a legislação sobre proteção e tratamento de dados pessoais.

Em julho de 2019, a Proposta de Emenda Constitucional foi remetida à Câmara dos Deputados, onde está em tramitação atualmente, aguardando deliberação no Plenário. A aprovação da alteração do texto constitucional terá como resultado a equiparação da proteção dos dados aos demais Direitos Fundamentais, o que significa mais um avanço no ca-

minho que o Brasil tem percorrido para a tutela dos direitos relacionados ao uso de dados pessoais.

Uma vez aprovada a Proposta de Emenda Constitucional em tela, o Brasil passará a fazer parte do grupo de países que reconhecem a relevância e elevam a tutela de dados ao *status* de garantia fundamental expressa do cidadão.

4. A POSSIBILIDADE DE CONSIDERAR A PROTEÇÃO DE DADOS COMO UM DIREITO FUNDAMENTAL IMPLÍCITO

Enquanto se aguarda o encerramento da tramitação da Proposta de Emenda Constitucional nº 17/2019, para reconhecimento expresso da tutela de dados pessoais como garantia constitucional, se mostra viável cogitar da existência deste Direito Fundamental de forma implícita, decorrente dos valores alocados na Carta Magna, em especial em seu art. 5º, onde concentra o rol de garantias do cidadão.

O ponto de partida para o enfrentamento deste questionamento é a constatação de que a metodologia constitucional dos Direitos Fundamentais adotada pela Constituição Federal é a de um sistema aberto, ou seja, disposto a admitir outras formas de reconhecimento de direitos desta natureza para além do rol exposto no artigo 5º desta Carta Constitucional.

Para tanto, nos valem os do magistério de Eduardo Rodrigues dos Santos (2017, p. 213) que, ao se debruçar sobre os Direitos Fundamentais atípicos, oferece a seguinte catalogação: (a) positivados na Constituição, mas fora do Título II; (b) não positivados na Constituição, mas implicitamente nela contidos; (c) atípicos em sentido estrito, ou seja, decorrentes exclusivamente do regime e dos princípios adotados pela Constituição; (d) advindos dos tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil seja signatário; e (e) advindos exclusivamente de legislação infraconstitucional.

Limitaremos esta análise à verificar se a tutela dos dados pessoais pode ser alocada entre os chamados Direitos Fundamentais implícitos, ou seja, aqueles que embora não sejam agraciados com referência expressa no texto constitucional, decorrem da ampliação interpretativa do âmbito de proteção de direitos literalmente consagrados na Constituição (SARLET, 2013, p. 518).

Para dar sequência à investigação, é relevante considerar que o postulado da dignidade humana tem como uma de suas mais destacadas funções o fato de, simultaneamente, ser elemento que confere unidade de sentido e legitimidade a uma determinada ordem constitucional – este segundo elemento advém da sua condição de princípio fundamental em sua dimensão objetiva (SARLET, 2015, p. 95-97).

As normas definidoras de direitos fundamentais são concebidas por decorrência do somatório dos fatores de fundamentalidade formal e fundamentalidade substancial (ou material). A partir desta ideia, a fundamentalidade formal advém da mais elevada posição ocupada por determinadas normas no ordenamento jurídico, ao passo que os direitos possuem fundamentalidade substancial porque, com eles, são tomadas decisões sobre a estrutura normativa básica do Estado e da sociedade (ALEXY, 2008, p. 522).

O conceito materialmente aberto dos direitos fundamentais é admitido pelo § 2º do artigo 5º da Constituição Federal brasileira, uma vez que dispõe que os direitos e garantias expressos no texto constitucional não excluem outros direitos e garantias que sejam decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais que o Brasil seja signatário. Pela fundamentalidade material, portanto, traduz-se a ideia de abertura da Constituição a direitos fundamentais não previstos em seu texto: os chamados direitos materialmente fundamentais.

O direito à proteção de dados pessoais não está disposto expressamente no texto constitucional brasileiro e, por isso, não é dotado de fundamentalidade formal. No entanto, é possível enxergar a sua fundamentalidade material, a partir de uma interpretação sistematizada e funcionalizada do texto constitucional – especialmente a partir da expressa proteção constitucional à privacidade, intimidade e sigilo das correspondências e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas. Nesta direção aponta Laura Schertel Mendes (2011), ao afirmar que da interpretação conjunta dos incisos X e LXXII do art. 5º da Constituição Federal, é possível falar-se em um Direito Fundamental à proteção de dados pessoais no ordenamento jurídico brasileiro.

O Direito Fundamental à proteção de dados pretende o resguardo da esfera íntima, reservada e particular do indivíduo em face das atuações do Poder Público e de pessoas jurídicas e físicas. Ademais disso, o direito à proteção de dados é essencial para o resguardo e à promoção da dignidade humana que, por sua vez, na Constituição brasileira de 1988, foi elevada ao patamar de fundamento do Estado Democrático de Direito

e, nas palavras de Ingo Wolfgang Sarlet, constitui o valor unificador de todos os Direitos Fundamentais, tendo a função de reconhecer os Direitos Fundamentais implícitos (SARLET, 2018, p. 101).

O surgimento das novas tecnologias – e a necessidade de adequação a este cenário – fez surgir, no direito à privacidade, também uma necessidade de mudança de perspectiva do bem jurídico tutelado. Nesse sentido, a esfera privada figura como requisito para afastar o controle social que, por sua vez, cerceia a autonomia privada, anula as individualidades e, conseqüentemente, inviabiliza o livre desenvolvimento da personalidade (DONEDA, 2019, p. 128).

Esta foi a orientação assumida pela Ministra Rosa Weber, do Supremo Tribunal Federal, ao proferir decisão na Medida Cautelar da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.387, em 24.04.20, suspendendo o compartilhamento de dados por empresas de telecomunicações prestadoras de Serviço Telefônico Fixo Comutado e de Serviço Móvel Pessoal com a Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), para fins de suporte à produção estatística oficial durante a situação de emergência de saúde pública decorrente do Covid-19, ao fundamento de que os dados pessoais se inserem no âmbito de proteção das cláusulas constitucionais assecuratórias da liberdade individual (art. 5º, *caput*) e da privacidade e do livre desenvolvimento da personalidade (art. 5º, X e XII).

Efetivamente, por decorrência do advento das novas tecnologias e da informatização das sociedades, a intimidade, assim como a privacidade, tem assumido uma conotação mais ampla, especialmente porque tem o condão de resguardar o cidadão com relação ao uso de seus dados, que, por sua vez, cada vez mais abrigam conteúdos econômicos (LIMBERGER, 2007, p. 58).

A persistência na temática da privacidade vai além da necessária garantia aos interesses englobados por ela, e que dela decorrem. A estrutura fundamental do primeiro arcabouço de leis sobre a proteção de dados consiste, justamente, na proteção das intimidades individuais que podem ser violadas pela tecnologia; por outro lado, justamente o direito ao acesso permite que a privacidade se mantenha em uma posição centralizada e destacada na consideração da problemática da circulação de informações (RODOTÁ, 2008, p. 49).

O crescimento do fluxo de informações, decorrente do desenvolvimento e do avanço tecnológico, fez crescer, de igual forma, a importância atribuída às informações; as informações pessoais, por sua vez, ganharam uma relevância em razão dos mais variados pressupostos

(DONEDA, 2019, p. 33). A reinvenção da proteção de dados, portanto, é indispensável tanto para a adequada consolidação da proteção dos direitos fundamentais, quanto para que as novas sociedades não se tornem controladoras, vigilantes e socialmente seletivas (RODOTÀ, 2008, p. 21).

5. CONCLUSÃO

O Direito brasileiro aguarda a entrada em vigor da Lei Geral de Proteção de Dados e este cenário acentua o debate sobre a importância assumida pela tutela de dados pessoais, mormente face ao contexto da densificação da Sociedade da Informação. A proteção de dados passou a fazer parte dos debates jurídicos, trazendo consigo o olhar sobre o direito comparado e a busca de inspiração para o desenvolvimento da temática. Enquanto alguns países que muito inspiram a doutrina interna sobre os Direitos Fundamentais optarem por reconhecer em seus textos constitucionais a tutela dos dados pessoais, o Brasil ainda não resolveu esta questão, contanto com um Projeto de Emenda Constitucional neste sentido.

Enquanto se aguarda tal modificação é possível se construir um patamar hermenêutico de reconhecimento da tutela dos dados pessoais como forma de Direito Fundamental implícito, decorrente da cláusula maior da Dignidade Humana e das demais previsões sobre a proteção constitucional à privacidade, intimidade e sigilo das correspondências e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas.

O reconhecimento de garantias fundamentais implícitas permite maior elasticidade à interpretação dos Direitos Fundamentais e, no caso da tutela dos dados pessoais, além de intensificar e fortalecer este direito de especial relevância para o indivíduo na sociedade atual, possibilita a adequação de tais direitos e garantias às novas realidades trazidas pela Sociedade da Informação.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. 2ª ed. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

BRASIL [Senado Federal]. Proposta de Emenda à Constituição nº 17/2019. Disponível em: <<https://www.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/135594>>. Acesso em 27 mai. 2020.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz. Comentários à Constituição do Brasil. São Paulo: Saraiva, 2013.

CASTRO, Catarina Sarmiento e. 40 anos de “utilização da informática”: o artigo 35º da Constituição da República Portuguesa. Revista Eletrônica de Direito Público. Disponível em: <<http://www.scielo.mec.pt/pdf/epub/v3n3/v3n3a04.pdf>>. Acesso em 26 mai. 2020.

DONEDA, Danilo. Da Privacidade à Proteção de Dados Pessoais. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

ESPANHA. Constituição Espanhola. Madri, 1978. Disponível em: <<https://www.boe.es/legislacion/documentos/ConstitucionCASTELLANO.pdf>>. Acesso em 27 mai. 2020.

ESPANHA. Lei Orgânica nº 15/1999. Madri, 1999. Disponível em: <<https://www.boe.es/eli/es/lo/1999/12/13/15>>. Acesso em: 27 mai. 2020.

LIMBERGER, Têmis. Da evolução do direito a ser deixado em paz à proteção dos dados pessoais. Revista do Direito da UNISC. Disponível em: <<http://online.unisc.br/seer/index.php/direito/article/viewFile/580/472>>. Acesso em 27 mai. 2020.

LIMBERGER, Têmis. O Direito à Intimidade na Era da Informática: a necessidade de proteção dos dados pessoais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

MENDES, Laura Schertel. O Direito Fundamental à proteção de dados pessoais. Revista de Direito do Consumidor. São Paulo, v. 79, p. 45-81, jul.-set. 2011.

PORTUGAL. Constituição da República Portuguesa: texto original. Lisboa, 1976. Disponível em: <<https://www.parlamento.pt/Parlamento/Documents/CRP1976.pdf>>. Acesso em: 26 mai. 2020.

PORTUGAL. Constituição da República Portuguesa. Lisboa, 1976. Disponível em: <<https://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublica-Portuguesa.aspx>>. Acesso em 26 mai. 2020.

PORTUGAL. Lei da Proteção de Dados Pessoais (Lei nº 67/1998). Lisboa, 1998. Disponível em: <https://www.bportugal.pt/sites/default/files/anexos/legislacoes/252716120_1.doc.pdf>. Acesso em 26 mai. 2020.

RODOTÀ, Stefano. A Vida na Sociedade da Vigilância: a privacidade hoje. Tradução de Danilo Doneda e Luciana Cabral Doneda. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

SANTOS, Eduardo Rodrigues dos. Direitos Fundamentais Atípicos: uma análise da cláusula de abertura do § 2º, do art. 5º, da CF/88. Salvador: Juspodivum, 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos Direitos Fundamentais na perspectiva constitucional. 13ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade (da Pessoa) Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988. 10ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2015.



**O COMPARTILHAMENTO DE DADOS E ANÁLISE
DA CONSTITUCIONALIDADE DA MEDIDA
PROVISÓRIA No 954/20¹**

**SHARING DATA AND AN ANALYSIS OF THE
CONSTITUTIONALITY OF THE PROVISIONAL
MEASURE No 954/20**

GABRIEL LOCKS²
JOSÉ TADEU NEVES XAVIER³

Resumo: A tutela dos dados pessoais, prevista na Lei nº 13.709/2018 – Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais – LGPD foi posta em debate com a edição da Medida Provisória nº 954/20, dispondo sobre o compartilhamento de dados de clientes de empresas de telefonia (fixa e móvel)

-
- 1 Ensaio elaborado a partir de debates desenvolvidos no Projeto de Pesquisa Relações tensionais entre Mercado, Estado e Sociedade: interesses públicos versus interesses privados, desenvolvido na Faculdade Fundação Escola Superior do Ministério Público - FMP.
 - 2 Acadêmico do Curso de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público - FMP, integrante do Projeto de Pesquisa Relações tensionais entre mercado, Estado e sociedade: interesses públicos versus interesses privados, coordenado pelo Prof. Dr. José Tadeu Neves Xavier, desenvolvido na Faculdade Fundação Escola Superior do Ministério Público- FMP.
 - 3 Pós-Doutor em Direito pela Universidade de Santiago de Compostela (Espanha), Doutor e Mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), professor na Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público – FMP (Graduação e Mestrado em Direito), na Escola da Magistratura do Trabalho do Rio Grande do Sul (FEMARGS), e na Faculdade IMED/Porto Alegre. Coordenador do Grupo de Pesquisa Relações Tensionais entre Mercado, Estado e Sociedade e Interesses Públicos *versus* Interesses Privados, desenvolvido na Fundação Escola Superior do Ministério Público – FMP. Advogado da União (josetadeunevesxavier@gmail.com).

com o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), para fins de produção estatística oficial através da realização de entrevistas. O Supremo Tribunal Federal, em decisão plenária, suspendeu a aplicação da referida Medida Provisória, prestigiando a efetiva tutela dos dados pessoais.

Palavras-chave: Compartilhamento de dados pessoais; Medida Provisória nº 954/20; Lei Geral de Proteção de Dados – LGPD.

Abstract: The guardianship of the personal data, foreseen provided for in Law No. 13,709 / 2018 - General Law Of the Protection of Personal Data - was proposed dialoguing with the Provisional Measure nº 954/20, disposing about sharing data of clients of telephone companies with IBGE, for purpose of official statistics production through interviews. The STF, in a plenary decision, suspended the application of the referred provisional measure, honoring the effective protection of personal data.

Keywords: General Data Protection Act – LGPD – personal data – Provisional Measure – IBGE.

1. INTRODUÇÃO

A utilização de dados pessoais e a percepção de sua importância tem aumentado cada vez mais em escala mundial, sendo a criatividade o limite para o que se fazer com eles. Na mesma esteira, como resposta das sociedades para a crescente importância, tem surgido meios de normatizar as formas como se dá o tratamento dos dados, havendo leis de proteção de dados e privacidade em cerca de 132 países (United Nations Conference on Trade and Development, [2020?]). No Brasil não foi diferente, havendo diversas normatizações a respeito de dados, a título de exemplo temos o Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965/2014), Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/1990), Lei de Interceptação Telefônica e Telemática (Lei nº 9.296/1996) e mais recentemente a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais – LGPD (Lei nº 13.709/2018).

Os dados pessoais podem ser compreendidos como quaisquer informações que se relacionam a um indivíduo identificado ou que possa ser identificável (European Commission, 2007), lembrando neste sentido a lógica presente na concepção do fato jurídico, isto é, não é qualquer dado que haveria uma repercussão jurídica, mas sim aquele que atrai o qualificador pessoal (BIONI, 2020, p. 57).

Especificamente, no cenário nacional, a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais no Brasil (doravante referida como LGPD) dispõe sobre o tratamento de dados pessoais, inclusive nos meios digitais, por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado, com o objetivo de proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural.

Os princípios que norteiam a LGPD (e conseqüentemente também as demais leis que tratam a respeito da matéria) estão no artigo 6º desta legislação, cabendo a título exemplificativo citar a finalidade, adequação, necessidade, transparência, segurança, responsabilização e prestação de contas. Importante salientar que tais princípios podem ser definidos como deveres de otimização aplicáveis em vários graus, de acordo com as possibilidades normativas e fáticas, direcionando para uma regulação jurídica existente ou possível (Humberto Ávila, 2016, p. 55-57).

Para se fazer cumprir os ditames da LGPD, e também para regulamentar diversos instrumentos nela existentes, está prevista a Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD), a quem compete aplicar as temidas sanções pecuniárias, assim como zelar pela proteção dos dados pessoais, elaborar diretrizes para a Política Nacional de Proteção de Dados Pessoais e da Privacidade, promover ações de cooperações com autoridades de proteção de dados de outros países, entre diversas outras competências.

Com a LGPD ainda em *vacatio legis*, foi publicada no dia 17 de abril de 2020 a Medida Provisória nº 954, a qual prevê o compartilhamento de dados por empresas de telecomunicação prestadoras de serviço telefônico fixo comutado e de serviço móvel pessoal com a Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), isto é, o comunicação de dados de todas empresas de telefonia com este órgão federal, para o fim de dar suporte à produção estatística oficial durante a situação de emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do covid-19, devendo ser prestado dados como relação dos nomes, números de telefone e endereços de seus consumidores, sejam eles pessoas físicas ou jurídicas. De acordo com o comunicado no site do IBGE, a base de dados seria utilizada nas pesquisas regulares deste Instituto, fornecendo dados como rendimento, ocupação e desocupação da população brasileira e o combate à pandemia, como o PNAD (Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios), que serve para aferir o índice de desemprego no país.

Por mais que a LGPD ainda não esteja em vigor – e seja uma grande discussão quando passará a vigorar –, a Medida Provisória adota diversas providências que teoricamente estariam de acordo com a Lei, in-

clusive fazendo referência expressa a ela, porque se entende que apesar de ainda não estar em vigor, ela seria uma forma de baliza que a sociedade entende como necessária para a proteção dos dados. Como exemplo de providências tomadas pela Medida Provisória em questão temos o tempo de uso dos dados, o relatório de impacto à proteção de dados pessoais e a vedação de uso posteriores.

2. A POSSIBILIDADE DO USO DE DADOS PARA POLÍTICAS PÚBLICAS

A utilização de dados pessoais pelo Poder Público é imprescindível para que este realize da melhor forma o interesse da coletividade por meio de políticas públicas assegurando os direitos previstos em nossa Constituição, como por exemplo a supracitada Medida Provisória nº 954/20, para o IBGE realizar o índice de desemprego no país (através do PNAD contínua) e com isso, com os subsídios adquiridos, conseguir indicar políticas públicas a serem implementadas. Importante observar que, apesar da melhor das intenções para a obtenção de elementos para a formação de políticas públicas, nem mesmo o Poder Público pode tratar dados pessoais da forma que melhor lhe convir, assim como os particulares, embora de forma diferenciada, estando todos sob a égide da LGPD.

O tratamento de dados pessoais pelo Poder Público conta, inclusive, com regramento específico consagrado na LGPD (Capítulo IV: arts. 23 a 32), prevendo e reforçando os princípios dispostos no artigo 37 da Constituição Federal, como a realização do tratamento de dados somente para o atendimento da sua finalidade pública, na persecução do interesse público, com o objetivo de executar as competências legais ou cumprir as atribuições legais do serviço público, mas com certas condições, como informando as hipóteses em que realizam esse tratamento de dados, fornecendo informações claras e atualizadas sobre a previsão legal, finalidade, procedimentos e práticas utilizadas para a execução dessas atividades, sendo de forma preferencial sítios eletrônicos (não impedindo que seja de quaisquer outras formas), cabendo inclusive à Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD) dispor sobre as formas de publicidade das operações de tratamento de dados.

Por mais que o tema esteja em um Capítulo próprio, resta expresso que o uso compartilhado de dados pessoais pelo Poder Público

deve atender a finalidades específicas de execução de políticas públicas e atribuição legal pelos órgãos e pelas entidades públicas, respeitando os princípios de proteção de dados pessoais conforme são elencados no artigo 6º da LGPD. Inclusive, quanto a finalidade e a Administração Pública, importante ressaltar que “Quando a Administração Pública atua no campo da privacidade e dos dados pessoais, a operação de tratamento é, sem sombra de dúvida, um ato administrativo e como tal, detém como pressuposto de validade a sua finalidade” (ARAUJO, 2019, p. 59).

A Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD) também terá um papel importante nessa seara, podendo solicitar às entidades do Poder Público a realização de operações de tratamento de dados pessoais, informe específico sobre o âmbito e a natureza dos dados e demais detalhes sobre, podendo emitir parecer técnico complementar para garantir o cumprimento desta Lei, isto é, determinando adequações de determinados tratamentos, e inclusive estabelecendo normas de modo a complementar as atividades de comunicação e uso compartilhado de dados pessoais, permitindo assim que se diminua eventuais possibilidades de insegurança jurídica.

É claro que há diversos riscos ao realizar o tratamento de dados, e se caso um órgão público desrespeite qualquer normativa da LGPD, por decorrência do tratamento de dados pessoais (aumentando assim o risco), a ANPD poderá enviar informe com medidas cabíveis, dessa forma, fazendo a correção de qualquer violação que possa ocorrer, inclusive solicitando a agentes do Poder Público a publicação de relatórios de impacto à proteção de dados pessoais, podendo sugerir a adoção de padrões e boas práticas para os tratamentos de dados pessoais pelo Poder Público. Motivos para se preocupar com a proteção de dados não faltam, vide “ataques cibernéticos, ou até mesmo erros simplórios, podem comprometer a integridade da proteção de dados sob a guarda de órgãos públicos” (SCOPEL, 2020, p. 3). Na visão de Cecilia Machado “O uso dos dados dos cidadãos tem grande potencial para ampliar nosso entendimento sobre as políticas públicas e os serviços prestados pelo governo. Precisamos apenas garantir que eles sejam usados para o bem e com segurança, com base nas melhores práticas de acesso a dados pessoais e sensíveis” (MACHADO, 2019, p. a26).

3. O JULGAMENTO SOBRE A CONSTITUCIONALIDADE DA MP 954/20

Poucos dias após a publicação da Medida Provisória nº 954/20, houve a impetração de 5 ações diretas de inconstitucionalidade (ADI), sendo os impetrantes o Conselho Federal da OAB, e os seguintes partidos políticos: PSDB, PSB, PSOL e PCdoB. A ação patrocinada pelo Conselho Federal da OAB foi a mais ampla, abarcando o objeto das demais, estando no bojo de suas fundamentações o argumento do princípio da finalidade, alegando não haver finalidade específica na Medida Provisória, assim como havendo uma desproporcionalidade dos dados requisitados, não havendo uma razoabilidade na quantidade de dados e não deixando de forma clara e específica a necessidade do uso de todos esses dados ou o motivo de ser urgente a requisição deles.

A Ministra Rosa Weber (em 24 de abril de 2020), analisando o pedido de medida cautelar na ação proposta pelo Conselho Federal da OAB, determinou a suspensão da eficácia da referida Medida Provisória, sob os seguintes fundamentos: (a) não vislumbrar a configuração dos requisitos constitucionais que autorizam a edição de medida provisória (conforme o art. 62, caput, da Constituição Federal); (b) a necessidade de tutela dos direitos fundamentais à privacidade, à intimidade, à proteção de dados pessoais, à dignidade da pessoa humana e à autodeterminação informativa; (c) a configuração do perigo da demora na prestação jurisdicional, tendo em vista que a referida Medida Provisória determina o curto prazo de apenas três dias, a partir de sua publicação, para dispor sobre o procedimento da disponibilização dos dados, e sete dias para as empresas oferecerem os dados que foram solicitados. Importante observação da Ministra relatora é de que a norma posta em julgamento “não delimita o objeto da estatística a ser produzida, nem a finalidade específica, tampouco a amplitude. Igualmente não esclarece a necessidade de disponibilização dos dados nem como serão efetivamente utilizados”, e também não definir de forma apropriada como e para que serão utilizados os dados que serão coletados, inviabilizando, assim, a avaliação da adequação e necessidade do procedimento. A magistrada destaca também o fato de a LGPD não estar em vigor, embora aprovada, definindo os critérios para a responsabilização dos agentes por eventuais danos ocorridos em virtude do tratamento dos dados pessoais, o que seria um agravante frente a ausência de garantias de tratamento adequado e seguro. Por fim, para

prevenir danos irreparáveis (que são aqueles que violam a privacidade e intimidade), além de ter deferido a medida cautelar para suspender a eficácia da Medida Provisória, determinou que o IBGE se abstenha de requerer a disponibilização dos dados objeto da referida medida provisória e, se já o fez, que suste tal pedido.

O plenário do Supremo Tribunal Federal (em 6 e 7 de maio) acabou por referendar a liminar que suspendeu a eficácia da Medida Provisória 954/2020, havendo apenas um voto divergente do Ministro Marco Aurélio, cabendo aqui destacar trechos importantes dos votos de alguns dos julgadores.

O Ministro Gilmar Mendes ressaltou que a discussão hoje não se trata apenas de ter acesso ao dados (como era antigamente), e sim em ser um enorme risco a possibilidade e probabilidade de manipulação de dados pelos grandes processadores, evidenciando ser uma discussão de um novo direito fundamental que é a proteção de dados pessoais, concluindo que “no caso em tela, fazendo incidir os parâmetros de tutela do direito à autodeterminação informacional, verifica-se que a medida provisória é altamente deficitária na fixação de salvaguardas mínimas para garantia da privacidade dos usuários de serviços de telefonia no Brasil”.

O Ministro Luís Roberto Barroso, na mesma linha, assim dispôs que “não se trata de nenhum tipo de desconfiança à instituição, mas o reconhecimento de que há um enorme risco envolvido aqui, sem que a medida provisória nos tranquilize quanto à segurança e às cautelas adotadas. A verdade é que uma providência com essa extensão e essas implicações, na verdade, deveria ser prescindida de um debate público relevante acerca da sua importância, da sua necessidade, dos seus riscos e quais os mecanismos de segurança que estão previstos para evitar a malversação de dados”, sintetizando seu voto dizendo: “o compartilhamento de dados pessoais para fins de estatísticas somente será compatível com o direito à privacidade se 1) finalidade da pesquisa for precisamente delimitada; 2) o acesso for permitido na extensão mínima e necessária para a realização de seus objetivos; 3) forem adotados procedimentos de segurança suficientes para prevenir riscos de acesso desautorizados, vazamentos acidentais ou utilização indevida”.

Dessa forma, além de assegurar a aplicabilidade dos princípios norteadores da LGPD, também restou manifestado no julgamento o empenho da doutrina de reconhecer a proteção de dados pessoais como espécie de direito fundamental, havendo, inclusive, sido ressaltado pelos ministros a existência deste direito autônomo. Para tanto, o esforço a ser empreendido para destacar a proteção de dados pessoais como um direito fundamen-

tal seria por meio de uma interpretação dos incisos X (privacidade) e XII (sigilo) do artigo 5º da Constituição Federal, mais condizentes ao nosso contexto histórico atual, representando dessa forma à integração da personalidade à Sociedade da Informação (DONEDA, 2019, p. 51).

4. CONCLUSÃO

Não há como se ter dúvidas que hoje em dia os dados, sobretudo os pessoais, possuem uma grande importância para o contínuo aperfeiçoamento da sociedade, sendo essencial principalmente para o melhor desenvolvimento de políticas públicas.

Os princípios dispostos no artigo 6º da LGPD, tais como a finalidade, adequação, necessidade e prestação de contas devem sempre serem observados quando diante de uma atividade de tratamento de dados pessoais, seja este tratamento realizado por pessoa jurídica de direito público ou privado conforme bem exposto no referido julgamento pelo Supremo Tribunal Federal.

No julgamento sobre a constitucionalidade da Medida Provisória nº 954/2020, em que o plenário do Supremo Tribunal Federal referendou a liminar de suspendendo da vigência desta norma, restou evidente que, além haver um direito fundamental autônomo à proteção de dados pessoais, o Poder Público, ao lidar com dados que sejam pessoais, deve estar de acordo com as melhores diretrizes para a sua proteção, seguindo assim com a agenda global que protege e garante a privacidade, sigilo e os dados dos cidadãos. O Poder Público não pode se eximir da tutela para com os dados pessoais, sobretudo enquanto ainda não há uma Autoridade Nacional de Proteção de Dados, conforme bem destacado no voto da Ministra Rosa Weber, ambiente este que se espera que em breve haja mudanças vindo a ser constituído uma ANPD com plena funcionalidade. Ainda, com relação ao direito fundamental à proteção dos dados pessoais que reconhecido pela primeira vez no STF, este autor se filia ao seguinte posicionamento “Entendemos que o reconhecimento desse direito fundamental não é apenas uma possibilidade; trata-se de uma necessidade para tornar efetivos os fundamentos e princípios do Estado democrático de direito [...]” (MENDES, 2014, p. 18).

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Douglas da Silva. Smart cities, segurança pública e proteção de dados: uma análise do uso de dados pessoais pelo poder público. – 2019. Disponível em: https://repositorio.ufrn.br/jspui/bitstream/123456789/27660/1/Smartcities-seguran%c3%a7a_Ara%c3%baajo_2019.pdf. Acesso em: 14 jun. 2020.

Article 29 Data Protection Working Party. European Commission. Disponível em: https://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2007/wp136_en.pdf. Acesso em: 12 jun. 2020.

ÁVILA, Humberto. Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos – 17. Ed. Ver e atual. – São Paulo: Ed. Malheiros, 2016.

BIONI, Bruno Ricardo. Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento. 2. Ed. Forense, 2020.

BRASIL. Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). [S. l.], v. 7, 14 ago. 2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm. Acesso em: 10 jun. 2020.

BRASIL. Medida Provisória nº 920, de 17 de abril de 2020. Dispõe sobre o compartilhamento de dados por empresas de telecomunicações prestadoras de Serviço Telefônico Fixo Comutado e de Serviço Móvel Pessoal com a Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, para fins de suporte à produção estatística oficial durante a situação de emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (covid-19), de que trata a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020). [S. l.], v. 7, 17 abr. 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2019-2022/2020/Mpv/mpv954.htm. Acesso em: 10 jun. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade. Número 0090566-08.2020.1.00.0000. Relatora Ministra Rosa Weber. 07/05/2020. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5895165>. Acesso em: 11 jun. 2020.

Data Protection and Privacy Legislation Worldwide. United Nations Conference on Trade and Development. Disponível em: <https://unctad.org/en/Pages/DTL/>

STI_and_ICTs/ICT4D-Legislation/eCom-Data-Protection-Laws.aspx. Acesso em: 11 jun. 2020.

Direito digital: direito privado e internet / Danilo Doneda...[et al.]; organizado por Guilherme Magalhães Martins, João Victor Rozatti Longhi. – 2. Ed. – Indaia-tuba, SP : Editora Foco, 2019.

MACHADO, Cecilia. O bom uso dos dados pessoais. Folha de S. Paulo – SP. 29. out. 2019. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/28464/o-bom-uso-dos-dados.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 14 jun. 2020.

MENDES, Laura Schertel. O Direito Fundamental à Proteção De Dados Pessoais. Revista de Direito do Consumidor, v. 79. P. 45-81, jul.-set. de 2011.

SCOPEL, Adriano Sayão. Breves considerações sobre tratamento de dados pelo poder público e meios de defesa dos dados pessoais por particulares. Revista de Direito e as Novas Tecnologias, v. 7, abr.-jun. de 2020.



DIREITO DE ELIMINAÇÃO TRAZIDOS PELA LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS EM COMPASSO COM AS REDES BLOCKCHAIN¹

RIGHT TO ELIMINATE BROUGHT BY THE GENERAL PROTECTION OF PERSONAL DATA ACT IN COMPASS WITH THE BLOCKCHAIN NETWORKS

JOSÉ TADEU NEVES XAVIER²

TIAGO BORRE³

Resumo: A Lei Geral de Proteção de Dados – LGPD, que ainda se encontra em *vacatio legis*, inova no sistema jurídico brasileiro ao consagrar o direito à eliminação de dados pessoais. Esta novidade enfrentará a problemática da compatibilização com a arquitetura de imutabilidade que molda o funcionamento das redes Blockchain quando usadas como protocolo para registros dos dados ou dos bancos em que contém as in-

-
- 1 Ensaio elaborado a partir de debates realizados no Projeto de Pesquisa Relações Tensionais entre Mercado, Estado e Sociedade e Interesses Públicos *versus* Interesses Privados, desenvolvido na Faculdade Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP).
 - 2 Pós-Doutor em Direito pela Universidade de Santiago de Compostela (Espanha), Doutor e Mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), professor na Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público – FMP (Graduação e Mestrado em Direito), na Escola da Magistratura do Trabalho do Rio Grande do Sul (FEMARGS), e na Faculdade IMED/Porto Alegre. Coordenador do Grupo de Pesquisa Relações Tensionais entre Mercado, Estado e Sociedade e Interesses Públicos *versus* Interesses Privados, desenvolvido na Fundação Escola Superior do Ministério Público – FMP. Advogado da União (josetadeunevesxavier@gmail.com).
 - 3 Advogado em Direito Digital, Especializando em Direito Digital na Faculdade Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP). Integrante do Grupo de Pesquisa Relações Tensionais entre Mercado, Estado e Sociedade e Interesses Públicos *versus* Interesses Privados, coordenado pelo Prof. Dr. José Tadeu Neves Xavier.

formações dos titulares. Neste contexto é necessário que se verifiquem as possibilidades de compatibilização do regramento contido na LGPD com esta tecnologia que vem numa evolução crescente de utilização no contexto das relações negociais realizadas no mercado.

Palavras-chave: Lei Geral de Proteção de Dados – LGPD; Blockchain; eliminação de dados.

Abstract: The General Data Protection Law - LGPD, which is still in *vacatio legis*, innovates in the Brazilian legal system by establishing the right to the elimination of personal data. This novelty will face the issue of compatibility with the immutability architecture that shapes the functioning of Blockchain networks when used as a protocol for records of data or of the banks in which it contains the holders' information. In this context, it is necessary to check the possibilities of making the rules contained in the LGPD compatible with this technology, which is in an increasing evolution of use in the context of business relations carried out in the market.

Keywords: Blockchain – Data elimination - General Law on Protection of Personal Data (LGPD)

1. INTRODUÇÃO

Acompanhando a evolução da tutela de dados pessoais verificada em âmbito mundial, o Brasil, em 2018, aprovou a sua Lei Geral de Proteção de Dados – LGPD (Lei nº 13.709/2018), balizando-se pelo modelo adotado pela Europa no Regulamento Geral de Proteção de Dados – GDPR.

A onda global de debate sobre a proteção de dados pessoais ganhou fôlego, nos últimos anos, após uma série de escândalos envolvendo o vazamento de informações privadas de usuários de empresas digitais, criando um novo paradigma da privacidade no contexto do mercado.

Dentre as inúmeras novidades trazidas pela LGPD está a possibilidade do usuário, a qualquer momento, solicitar a exclusão relativos à sua pessoa dos cadastros e bancos de dados de empresas. Entretanto, este avanço no resguardo dos dados pessoais enfrentará uma série de dificuldades de efetivação, em especial frente a intensificação da utilização da tecnologia Blockchain, que se estrutura sob uma lógica inversa, de livre acesso aos dados, inclusive de forma anônima, na qual a exclusão destes não integra a sua estrutura de funcionamento.

O estudo está dividido em dois tópicos. A primeira parte consiste em entender e analisar em que consiste a rede Blockchain pública como um livro de registros, bem como suas características de arquitetura que impactam diretamente na eliminação dos dados pessoais elencados pela LGPD, em destaque, a imutabilidade das informações contidas e a transparência como premissas de indagação.

Neste contexto, o presente ensaio busca realizar o enfrentamento da compatibilidade da LGPD, na questão relativa ao direito de eliminação de dados pessoais, frente à lógica da rede Blockchain.

2. A TECNOLOGIA BLOCKCHAIN COMO PROTOCOLO DE REGISTROS

O presente artigo parte da premissa da impossibilidade de exclusão dos dados pessoais dos seus titulares das redes Blockchain após sua solicitação, uma vez que se os presentes dados forem inseridos na sua totalidade se torna muito difícil a sua exclusão partindo do paradigma da perpetuidade destas informações. Todavia, veremos, ao longo do presente artigo, que há alternativas para que se possa conciliar as disposições legais com a arquitetura do referido sistema.

A tecnologia Blockchain é, em essência, uma rede formada por elos de uma grande corrente, que armazena informações de forma descentralizada, pública e segura, atuando como uma espécie de banco de dados global, com capacidade de armazenar, virtualmente, qualquer tipo de informação, desde as transações financeiras, registros imobiliários, resultados eleitorais, até contratos (MOREIRA, 2019).

Há diversas formas de se utilizar a rede Blockchain, sendo uma das mais conhecidas, para transações de Bitcoins criada pelo pseudônimo Satoshi Nakamoto, em meados de 2008, como alternativa tecnológica e econômica para contornar a “crise da bolha imobiliária americana”, com a criação de um *paper* em um fórum *on-line* de criptografia, denominado *Bitcoin: a peer-to-peer electronic cash system* (LUZ, 2019). No entanto, para fins de comparação com o art. 18 da Lei nº 13.709/2019, abordar-se-á o Blockchain como um livro de registros públicos em que são armazenados os dados pessoais de seus titulares.

Dessa forma, o Blockchain foi desenvolvido inicialmente para servir como uma alternativa ao mundo financeiro, todavia, a rede se mostrou

promissora e rapidamente se desenvolveu como uma oportunidade de negócios, principalmente em startups, em outros temas além das transações de ativos tais como no armazenamento de dados podendo serem gravados de forma permanente e imutável. Refere-se aqui a dados das mais diversas maneiras como músicas, livros, artigos, ideias (sabe-se que o direito brasileiro não protege a ideia em si, porém, existem plataformas que registram esses dados em Blockchain como forma de provar a anterioridade de sua autoria) que possam ser utilizadas somente por seus donos, impossibilitando cópias ou pirataria (LUCENA; HENRIQUES, 2016).

Basicamente a referida tecnologia funciona como uma rede descentralizada em que não há intermediários ou uma autoridade central para operar ou definir regras como ocorrem nos cartórios de registro de imóveis que necessita-se registrar ou averbar obrigatoriamente a transferência da propriedade de um imóvel, por exemplo. Neste sistema é criada uma rede peer-to-peer, ou seja, com criptografia de *ponta a ponta*, demonstrada e caracterizada de forma aberta e descentralizada, protegendo dados e garantindo a distribuição do Blockchain a todos os usuários da rede, assegurando a todos estes o acesso a uma cópia atual e fidedigna do histórico de transações do Bitcoin (LUZ, 2019).

Na explicação de José Humberto Fazano Filho, a tecnologia Blockchain compreende o uso de um *ledger* (livro-razão) distribuído e descentralizado, que verifica e armazena transações, garantindo que a base de dados e as transações que ocorram sejam registradas dentro do livro-razão, de forma segura e que o possam ser compartilhadas publicamente (FAZANO FILHO, 2018).

A partir da dispensa de intermediadores, a tecnologia Blockchain atua como uma rede descentralizada em que os usuários (*nodes*) utilizam de sistemas computacionais elevados com grande consumo de energia para a validação daquele dado gerando um código “hash” (função de registro - funciona como um carimbo ou reconhecimento do arquivo original) o qual também é imutável, porquanto cada novo bloco na rede se refere ao anterior em um complexo código matemático, o que torna as transações praticamente irreversíveis. Dessa forma, caso alguém deseje mudar a alteração inicial o código “hash” da nova alteração não será compatível com a já validada que permanece com cada um dos *nodes*. Assim, fica demasiado difícil a sua alteração, uma vez que podemos ter mais de 800 mil cadeias de blocos, como no caso das transações em Bitcoin.

Corroborando para o presente entendimento os ensinamentos de Alexandre Melo et al, ao dizer que a tecnologia Blockchain foi desen-

volvida em quatro fundamentos de arquitetura, a saber: segurança das operações, integridade das informações contidas, imutabilidade e forma descentralizada de armazenamento em suas plataformas.

Como explica Felipe Oliveira de Castro Rodriguez Alvarez, uma vez que o registro é verificado e validade pelos usuários da rede, um bloco é criado e adicionado ao *chain* (canal), com todos os registros das operações em forma linear e cronológica (ALVAREZ, 2019).

Além de ser uma rede descentralizada, a Blockchain é uma rede distribuída, uma vez que sua arquitetura consiste em computadores com conexão à internet espalhados por todo o globo tornando-a uma excelente fonte para armazenamentos de dados à medida que é praticamente inviável conseguir burla-la, pois, para que se possa revalidar uma informação em uma rede é preciso que 50% + 1 dos nodes creditem aquela informação, isto é, em redes grandes com 800 mil “nodes” se vê algo difícil de ocorrer nos dias atuais, salvo quando os computadores quânticos com grandes capacidades de resolver cálculos complexos se tornarem viáveis a população.

As características trazidas acima se referem a rede Blockchain pública, como a Ethereum, que podem ser acessadas por qualquer pessoa (ou robô), porém, há sua configuração para se tornar privada (sustenta-se, também, que se essa for privada ela não é em si Blockchain por ter reduzida suas características de descentralização e imutabilidade dos dados) como a Libra, que podem ser acessadas por usuários definidos ou com autorização.

A grande questão do embate com a LGPD está com a imutabilidade e transparência da referida arquitetura em sua forma pública.

Dessa forma, o Blockchain como protocolo pode se tornar uma forma altamente eficaz de governança independente e com um grau de transparência eficaz no setor público ou privado, além de ser base de novas formas de negócios e de desburocratização como se acompanham em muitas startups.

No entanto, veremos no tópico seguinte algumas disposições que podem interferir nos direitos das pessoas as quais possuem seus dados gravados em Blockchain de caráter público, bem como suas implicações no âmbito da proteção à privacidade. Assim, como a referida rede pode ser uma fonte de novas oportunidades e alternativas é importante resguardar os direitos das pessoas que são fontes de um enorme mercado de ativos intangíveis para a sociedade atual, os dados.

3. DIREITOS DOS TITULARES DE DADOS A SUA EXCLUSÃO DE BANCO DE DADOS

A LGPD foi criada para resguardar os direitos dos titulares de dados, ou seja, os indivíduos que possuem seus dados coletados por agentes de tratamento (pessoa jurídica ou pessoa física que os usa com finalidade econômica), conforme reza o art. 1ª da Lei 13.709/2018.

A lei procura de uma forma geral garantir mecanismos aos titulares de dados um eficaz meio de controle dos usos dessas informações por terceiros, bem como caracteriza a proteção de dados pessoais permeando direitos e deveres peculiares à própria matéria (MENDES, 2018).

Alguns exemplos mais comuns de dados pessoais são o número de inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas – CPF e da Carteira Nacional de Habilitação – CNH, os dados constantes do Passaporte e o Internet Protocol (IP). Porém, há dados gerais quando juntados numa coletividade podem identificar uma pessoa e, assim, tornando-se um dado pessoal, como exemplo uma tatuagem e cicatrizes comparadas com mais informações como altura e cor dos olhos e tom de pele podem ser usados como identificação e, portanto, dado pessoal.

Acima, foram trazidos alguns exemplos de dados pessoais em geral, isto é, a lei também traz o conceito de dados pessoais sensíveis, que normalmente são aqueles que podem causar constrangimento ou preconceito quando acessados por terceiros, tais como as informações de sangue, doenças, DNA, orientação sexual, orientação religiosa, entre outros que devem ser cuidadosamente encaixados em umas das bases legais para tratamento, contidos nos art. 7º da Lei 13.709/2018, tanto no que diz respeito ao respaldo para a coleta tanto na exclusão dos dados obtidos após a sua desnecessidade de mantê-los nos bancos de dados. Assim, mostra-se relevante o estudo e cuidado não somente como é feita a coleta e acompanhamento, mas sim, também, a correta forma de descarte dos dados os quais de antemão não se recomendam a sua armazenagem em tecnologias com os conceitos da blockchain conforme já explanados nesse artigo.

Esses são alguns exemplos de dados dos titulares. Então, partindo da premissa que as informações sendo das pessoas físicas (pessoas jurídicas não possuem seus dados protegidos pela LGPD, como exemplo, o número de registro no Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas - CNPJ - não obtém proteção da supracitada legislação), a elas são dados o direito de solicitar a eliminação do tratamento dessas pelo agente de tratamento

(nas figuras do controlador, aquele que decide como e porque os dados serão tratados, e na figura do operador, aquele que obedece as ordens do primeiro para executar essas informações), conforme o art. 18, VI, da Lei nº 13.709/2018, *in verbis*:

Art. 18. O titular dos dados pessoais tem direito a obter do controlador, em relação aos dados do titular por ele tratados, a qualquer momento e mediante requisição:

[...]

VI - eliminação dos dados pessoais tratados com o consentimento do titular, exceto nas hipóteses previstas no art. 16 desta Lei;

Dessa forma, como analisado, pode surgir uma incompatibilidade do referido artigo com uma premissa forte trazida pela tecnologia Blockchain, a imutabilidade dos dados nela contida. Então, quando um titular de um CPF, por exemplo, solicitar a sua exclusão do banco de dados do controlador e essas informações estarem contidas em uma rede Blockchain munida da imutabilidade das informações ali contidas, provavelmente o controlador terá problemas em atender à solicitação por uma questão da formatação da arquitetura onde está o objeto da exclusão.

Nesse momento, o importante para que o controlador de dados não tenha problemas e consiga garantir o presente direito trazido pela LGPD é que conheça a arquitetura da rede, conforme analisamos no tópico anterior.

Nesse sentido, importante continuar os ensinamentos da Renata Baião, a qual explana que mesmo a LGPD tendo dado a interpretação que os dados devem ser eliminados de forma completa, há formas que os arquivos possam ser excluídos do computador do usuário, porém, não significa que os dados são apagados da Blockchain, mas sim que eles são ali indisponibilizados pelo fato de não mais haver a indexação do dado excluído e sua referência em Blockchain (BAIÃO, 2020).

Os dados podem ser armazenados por meio da denominada “off-chain” que armazena somente o código “hash” ou o cominho/endereço do computador ou serviço em que estão contidos os dados são encaminhados para a Blockchain para serem salvos. Assim, toda alteração no banco de dados modifica o caminho que altera o código “hash” podendo apagar os dados em sua base original.

Outra forma para contornar a presente situação é o uso de uma “side-chain”, assim considerada uma rede paralela ou de referência a Blockchain principal em que somente fica o arquivo principal indexado a ela.

Assim, quando o arquivo referente for destruído os dados referentes ao código “hash” a rede deixará de existir.

Corroborando com nosso entendimento os nobres dizeres de Renata Baião sobre o tema, quando explica, *in verbis*:

Ademais, é possível a utilização de redes paralelas (sidechains) ou separadas (off-chains), objetivando o resguardo das informações. Por exemplo: a transação pode ser realizada em uma rede paralela e apenas seu resultado constar na rede principal. Ou, ainda, os dados pessoais ou sensíveis podem constar em meio independente e ser apenas indexado na rede prioritária. (BAIÃO, 2020).

Uma maneira informal de alternativa aos modos acima citados é a pura exclusão da chave privada que permite acesso aos dados. Em suma, para garantir a confidencialidade dos dados pode-se cifrá-los por meio da criptografia simétrica (uso de uma única chave para criptografar e descriptografar) ou assimétrica (chave pública de acesso comum para a criptografia e uma chave privada de posse somente de seu proprietário para a leitura do arquivo).

Todavia, há alguns dados que mesmo destruindo a respectiva chave privada eles podem ser descobertos mediante técnicas adequadas, como exemplo desses dados temos o IP, padrões de compra em blockchain ou operações de compras por meio do tráfego em rede (CIRILO, 2019).

Assim, superficialmente, garante-se o sigilo dos dados pessoais mesmo estando armazenados em uma rede imutável e pública como a Blockchain necessitando para impedir o acesso aos dados lá contidos a inutilização da chave privada.

4. CONCLUSÃO

Portanto, entende-se os paradigmas que cercam a LGPD sobre os direitos dos titulares dos dados pessoais como sua eliminação e a arquitetura de imutabilidade pela qual se molda o funcionamento das redes Blockchain quando usadas como protocolo para registros dos dados ou dos bancos em que contém as informações dos titulares.

Quando se trata de dados sensíveis dos titulares o melhor para o presente momento evitar o seu uso nesse local devido a gravidade das informações, uma vez que isso se torne transparente, quando não possua mais

alternativa de exclusão, como exemplo do registro de um paciente com HIV em um local em que todos tem acesso. O dano certamente seria irreparável.

No presente estudo analisamos três boas possibilidades como alternativas de equilíbrio entre o art. 18, VI, da LGPD e a imutabilidade dos dados contidos em outras tecnologias. A primeira opção encontra-se nas denominadas “off-chains” que é um mecanismo que permite o armazenamento do dado fora da rede em questão armazenando o arquivo em seu computador pessoal ou na nuvem sem precisar anexar o arquivo principal a plataforma Blockchain.

De outra banda, encontra-se uma solução plausível no uso das “side-chains” que consiste em uma rede paralela a principal em que são armazenados os dados, ou seja, somente sua assinatura (o código “hash”) é armazenada na referida arquitetura possibilitando a exclusão do arquivo original, assim, deve-se atentar que será necessário validar novamente o banco de dados com as informações restantes na rede supracitada, uma vez que com a alteração de uma vírgula já seria o suficiente para a alteração completa do código “hash” do documento. Além disso, o arquivo original fica apenas indexado ao Blockchain.

Por fim, uma forma interessante e viável para se garantir os direitos dos dados dos titulares frente a LGPD foi o uso simples da exclusão de uma chave privada impossibilitando a leitura dos dados lá contidos. No entanto, ressalta-se que dessa forma os dados continuarão na plataforma, porém, inteligíveis.

Por conseguinte, o Blockchain representa uma rede eficazmente segura para gravar os dados pessoais quando a forma e o planejamento de armazenamento por parte do agente de tratamento de dados for correta em relação a LGPD.

REFERÊNCIAS

ALVAREZ, Felipe Oliveira de Castro Rodriguez. Novas tecnologias: o diálogo com Blockchain – Perspectivas jurídicas sob o prisma do Direito Civil, Revista de Direito e as Novas Tecnologias, v. 2, jan.-mar. de 2019, *RTonline*.

BAIÃO, Renata Barros Souto Maior. Lei Geral de Proteção de Dados, direito ao apagamento, correção dos dados e blockchain: análise da pertinência tecnológica. Cadernos Jurídicos, São Paulo, ano 21, no 53, p. 151-162, jan.-mar. de 2020.

CIRILO, Maria Eugenia. Blockchain e proteção de dados pessoais: desafios e possibilidades à luz da legislação brasileira. *Revista de Direito e as Novas Tecnologias*, v. 5, out.– dez. de 2019.

FAZANO FILHO, José Humberto. Perspectivas para a tecnologia blockchain, *Revista de Direito Bancário e Mercado de Capitais*, v. 81, p. 141-158, jul.-set. de 2018, *RTonline*.

FILHO, José Reynaldo Formigoni; BRAGA, Alexandre Mello; LEAL, Rodrigo Lima Verde; Tecnologia Blockchain: uma visão geral. 2017. Disponível em: <https://www.cpqd.com.br/wp-content/uploads/2017/03/cpqd-whitepaper-blockchain-impresso.pdf>

Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. 2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm

LUZ, Emylha Maeya Vieira Domingos. Bitcoin e demais cryptocurrencies, *Revista de Direito Bancário e Mercado de Capitais*, v. 85, p. 69-87, jul.-set. de 2019, *RTonline*.

LUCENA, A. U. de; HENRIQUES, M. A. A. Estudo de arquiteturas dos blockchains de Bitcoin e Ethereum. 2016. Disponível em: https://www.fee.unicamp.br/sites/default/files/departamentos/dca/eadca/eadcaix/artigos/lucena_henriques.pdf. Acesso em: 17 de junho de 2020. Pág. 2.

MENDES, Laura Schertel; DONEDA, Danilo. Reflexões iniciais sobre a nova Lei Geral de Proteção de Dados. *Revista de Direito do Consumidor*, vl. 120, p. 469 – 483, nov.– dez de 2018.

MOREIRA, Rodrigo. Investigação preliminar sobre o Blockchain e os smart contracts. *Revista de Direito e as Novas Tecnologias*, v. 3, abr.-jun. de 2019, *RTonline*.



TRATAMENTO DE DADOS PESSOAIS DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES NA LGPD: PRIMEIRAS IMPRESSÕES¹

CHILDREN'S AND TEENAGERS' PERSONAL DATA TREATMENTS IN LGPD: FIRST IMPRESSIONS

PAULA FERLA LOPES²

Resumo: O presente trabalho se dedica ao estudo do tratamento de dados pessoais de crianças e adolescentes com a análise do artigo 14 da Lei Geral de Proteção de Dados, com especial enfoque para o consentimento dos pais ou do representante legal em caso de dados infantis e para o tratamento de dados de adolescentes. É colocada em destaque a necessidade de uma proteção e atenção maior na coleta e tratamento de dados pessoais de crianças e adolescentes, justamente em face de sua condição de vulnerabilidade.

Palavras-chave: Consentimento. Criança e Adolescente. LGPD. Vulnerabilidade.

Abstract: The current text analyzes the study of children's and teenagers' personal data treatment with the analysis of article 14 of the General Data Protection Law, with special focus on parental or legal guardian consent in the case of child data and for the processing of teenagers' data. Emphasis taken on the need for protection and greater attention in children's

-
- 1 Ensaio elaborado sob a orientação do prof. Dr. José Tadeu Neves Xavier, a partir de debates desenvolvidos no Projeto de Pesquisa Relações Tensionais entre Mercado, Estado e Sociedade e Interesses Públicos *versus* Interesses Privados, desenvolvido na Faculdade Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP).
 - 2 Mestre em Direito pela FMP. Especialista em Direito de Família e Sucessões pela PUCRS. Integrante do Grupo de Pesquisa Relações Tensionais entre Mercado, Estado e Sociedade Interesses Públicos *versus* Interesses Privados de coordenação do Prof. Dr. José Tadeu Neves Xavier.

and teenagers' personal data collect and treatment, precisely in view of their condition of vulnerability.

Keywords: Consent. Child and Teenager. LGPD. Vulnerability.

1. INTRODUÇÃO

Em época de sociedade de informação e mudanças de paradigmas, os dados pessoais se tornaram um dos principais ativos econômicos mundiais. Isso porque, a partir de sua coleta e armazenamento, se mostra possível conhecer a população, minuciosamente, com acesso às suas preferências, perfis de consumo, interesses e outras tantas mais informações.

Com essa coleta e acesso a dados pessoais por parte das grandes empresas, iniciou-se uma problemática relativa à salvaguarda do direito à privacidade, cujo exercício se viu ameaçado diante de tamanha e desmesurada exposição. Em face disso e com o intuito de tutela de direito tão íntimo, a proteção de dados pessoais, hoje, é considerada direito fundamental, com importância tamanha que originou a criação da Lei nº 13.708/18, mais conhecida como Lei Geral de Proteção de Dados –LGPD.

Tal lei se destina a toda a pessoa, todavia, considerando as peculiaridades quando os titulares dos dados pessoais são crianças e adolescentes, atenção e cuidados ainda maiores devem ser realizados. Dessa forma, a Lei Geral de Proteção de Dados dedicou artigo específico ao tratamento de dados pessoais de crianças e adolescentes, o qual merece algumas considerações.

O presente trabalho, portanto, buscará realizar uma análise pormenorizada – ainda que de forma breve – do artigo 14 da Lei Geral de Proteção de Dados, destinado ao tratamento de dados pessoais de titularidade de crianças e adolescentes. Para tanto, em um primeiro momento, realizará algumas considerações acerca da condição de vulnerabilidade de crianças e adolescentes e algumas reflexões a respeito da coleta de seus dados. Posteriormente, tal análise será transposta à leitura do artigo 14 da Lei Geral de Proteção de dados, a fim de verificar a eficácia prática do dispositivo e se a almejada proteção especial a esse grupo de titulares de fato ocorre.

2. A VULNERABILIDADE DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES E A COLETA DE SEUS DADOS PESSOAIS

As crianças e adolescentes – sendo as primeiras as pessoas com até doze anos incompletos e os segundos aqueles que possuem de doze a dezoito anos, de acordo com o Estatuto da Criança e Adolescente (BRASIL, 1990)- têm a seu favor o dever atribuído constitucionalmente à família, ao Estado e à sociedade geral de assegurar a observância a seus direitos fundamentais, tais como o direito à vida, à saúde, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, à liberdade dentre outros, nos termos do caput do artigo 227 da Constituição Federal (BRASIL, 1998). Mais ainda, o artigo 3º do Estatuto da Criança e do Adolescente – Lei nº 8.069/90 – refere que a criança e o adolescente dispõem de todos os direitos fundamentais inerentes a toda pessoa, também lhes sendo asseguradas todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade. (BRASIL, 1990).

Dessa forma, o que se nota é que as crianças e adolescentes, além de serem pessoas como todas as outras - e, portanto, titulares de direitos - possuem uma característica exclusiva e fundamental: são seres em desenvolvimento. Tanto o é que ainda não possuem capacidade absoluta (artigos 3º e 4º do Código Civil), fato que corrobora a necessidade de uma proteção ainda maior, a fim de que o desenvolvimento completo das suas personalidades seja não apenas protegido, mas também promovido (TEIXEIRA; RETTORE, 2019).

A idade, por si só, de crianças e adolescentes apresenta uma forma de vulnerabilidade, tendo em vista que esses não possuem as mesmas condições de cognição que os adultos, o que é absolutamente normal em face de seu desenvolvimento cerebral ainda incompleto. Aliada a essa situação, determinadas situações acabam por exacerbar a condição de vulnerabilidade infanto juvenil, dentre as quais pode-se citar o uso das novas tecnologias por crianças e adolescentes. Diz-se isso porque, diariamente, crianças e adolescentes são expostos a situações na internet que presumem a existência de uma compreensão tamanha diretamente relacionada com aspectos negociais, tais como financeiros ou uma ideia acerca dos riscos e benefícios do negócio, cujo claro entendimento, algumas vezes, nem os próprios adultos possuem (NISHIYAMA; DENSA, 2011). Exemplos disso são os produtos fornecidos na internet para compra, jo-

gos interativos, pagos ou não e, até mesmo, uso de redes sociais em um primeiro contato aparentemente gratuitos, mas que, na verdade cobram um preço muito mais caro que o monetário: os dados pessoais.

Dito isso, vale referir que especial enfoque no cenário mundial atual ganham esses últimos, em vista do valor que apresentam no mercado. Para alguns, os dados pessoais são considerados o novo petróleo, em face do valor econômico obtido pelos desdobramentos de seus usos. Para Bruno Miragem, o uso de dados pessoais compreende um dos maiores ativos empresariais na sociedade contemporânea e, simultaneamente, acarreta riscos à privacidade diante das tecnologias da informação (MIRAGEM, 2019).

Sobre a coleta de dados, apenas a título informativo, com o desenvolvimento da tecnologia da informação possibilitou-se a capacidade de um gigantesco volume de dados variados denominado *Big Data*. Com isso, a partir de simples “consentimentos” por parte dos titulares de dados pessoais é possível criar um banco de dados com informações pessoais desses e, até mesmo, traçar perfis de consumo com a seleção de ofertas que, possivelmente, irão interessar ao titular (MIRAGEM, 2019).

No que diz respeito aos dados coletados de crianças e adolescentes, pode-se dizer que a situação se agrava ainda mais, visto que o acesso às tecnologias pela população infanto juvenil tem começado cada vez mais cedo. A consequência disso é que, caso não haja uma proteção devida de seus dados pessoais, o mapeamento acima referido ocorrerá desde a tenra idade da pessoa, ou seja, as crianças e adolescentes de hoje terão uma vida, na prática, quase que completamente armazenada por *Big Data* e se submeterão a processos *profiling*, em outros termos, a criação de perfis que predizem determinados comportamentos (NEGRI; FERNANDES; KORKMAZ, 2019).

Mais ainda, esse mapeamento de dados coletados ao longo da infância e da adolescência podem ter reflexos futuros importantes através de vestígios digitais pretéritos e que podem nem mesmo espelhar a personalidade atual daquela criança ou daquele adolescente. Sobre a situação específica de coleta de dados pessoais de crianças e adolescentes, Brochado Teixeira e Rettore referem que:

O desafio é grande, principalmente porque as crianças e os adolescentes atuais são a primeira geração cujos dados estão armazenados desde o nascimento, razão pela qual o cuidado tem que ser maior, em face da própria novidade do tema. O risco de manipulação e classificação desses menores deve ser combatido para que, no exercício de seu direito à privacidade, eles possam

ser livres para escolher serem eles mesmos, consumir o que bem entenderem e trilhar suas trajetórias livremente (TEIXEIRA; RETTORE, 2019, p. 517).

Como se vê, sérias implicações negativas podem se originar a partir do uso indevido e desmesurado de dados pessoais com implicações diretas na intimidade e vida privada de seus titulares. Em face de toda essa situação, criou-se a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) – Lei nº 13.709/18 – que, já em seu artigo 1º, declara o intuito de regulamentar o uso de dados pessoais “com o objetivo de proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural”.

Felizmente, na LGPD, existe previsão sobre o tratamento e a coleta de dados pessoais de crianças e adolescentes, cujos dispositivos merecem especial atenção e reflexão, conforme será visto a seguir.

3. TRATAMENTO DE DADOS PESSOAIS DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES: BREVE ANÁLISE DO ARTIGO 14 DA LGPD

O tratamento de dados pessoais de crianças e adolescentes foi previsto pela LGPD no artigo 14, que assim dispõe:

Art. 14. O tratamento de dados pessoais de crianças e de adolescentes deverá ser realizado em seu melhor interesse, nos termos deste artigo e da legislação pertinente.

§ 1º O tratamento de dados pessoais de crianças deverá ser realizado com o consentimento específico e em destaque dado por pelo menos um dos pais ou pelo responsável legal.

§ 2º No tratamento de dados de que trata o § 1º deste artigo, os controladores deverão manter pública a informação sobre os tipos de dados coletados, a forma de sua utilização e os procedimentos para o exercício dos direitos a que se refere o art. 18 desta Lei.

§ 3º Poderão ser coletados dados pessoais de crianças sem o consentimento a que se refere o § 1º deste artigo quando a coleta for necessária para contatar os pais ou o responsável legal, utilizados uma única vez e sem armazenamento, ou para sua proteção, e em nenhum caso poderão ser repassados a terceiro sem o consentimento de que trata o § 1º deste artigo.

§ 4º Os controladores não deverão condicionar a participação dos titulares de que trata o § 1º deste artigo em jogos, aplicações de internet ou outras atividades ao fornecimento de informações pessoais além das estritamente necessárias à atividade.

§ 5º O controlador deve realizar todos os esforços razoáveis para verificar que o consentimento a que se refere o § 1º deste artigo foi dado pelo responsável pela criança, consideradas as tecnologias disponíveis.

§ 6º As informações sobre o tratamento de dados referidas neste artigo deverão ser fornecidas de maneira simples, clara e acessível, consideradas as características físico-motoras, perceptivas, sensoriais, intelectuais e mentais do usuário, com uso de recursos audiovisuais quando adequado, de forma a proporcionar a informação necessária aos pais ou ao responsável legal e adequada ao entendimento da criança (BRASIL, 2018).

Da leitura dos dispositivos acima referidos, dois pontos merecem destaque: (I) o consentimento dos pais ou representantes legais e (II) os sujeitos a quem tais previsões se destinam.

No que diz respeito ao primeiro ponto, qual seja, o consentimento, algumas observações devem ser feitas, ainda que de forma breve e sem o intuito de esgotamento do tema. Dessa forma, o § 1º do artigo 14 da Lei Geral de Proteção de Dados prevê a necessidade de “consentimento específico e em destaque” dado por pelo menos um dos pais ou o representante legal.

Nota-se, entretanto, que o texto da lei acabou por apresentar algumas aberturas e indagações acerca desse consentimento e da sua eficácia. Nesse sentido, segundo Mozetic e Babaresco (2020), a exigência do consentimento pelos pais não perfectibiliza, necessariamente, uma proteção dos dados pessoais de crianças e adolescentes, além de, segundo os autores, sua eficácia ser questionável. Sobre o item em questão, ainda que com avanços tecnológicos, os autores atentam ao fato de que ainda padecem de efetiva verificação o consentimento dado e a efetiva consonância com o requisito legal (MOZATIC; BABARESCO, 2020), até porque a letra da lei se mostra um tanto quanto aberta.

O que se nota, com o dispositivo, é que o procedimento e o modo de verificação do consentimento específico dado pelos pais ou representante padece de uma regulamentação mais específica, mormente no momento em que não prevê nenhuma forma de verificação da autenticidade da identidade daquele que consente na disponibilização dos dados de crianças. A exemplo disso, interessante mencionar a *Children's Online Privacy Protect Act* (COPPA), que determina algumas sugestões de for-

mas específicas para a obtenção de consentimento parental, tais como: (I) o preenchimento de um formulário de consentimento pelos pais, enviado ao operador por e-mail; (II) a exigência de número de telefone para o qual o responsável possa ligar, de forma gratuita, e conceder o consentimento; (III) a realização de videoconferência com o responsável ou, até mesmo, (IV) a permissão do consentimento via e-mail, desde que sejam postuladas outras etapas que permitam confirmar que permitam confirmar a identidade daquele que dá o consentimento, tal como a confirmação posterior via carta ou ligação (YANDRA; SILVA; SANTOS, 2020).

Tais exemplos parecem ser uma solução razoável a ser trazida ao ordenamento brasileiro quando se trata da validade do consentimento realizado de que trata o artigo 14, § 1º da Lei Geral de Proteção de Dados. O que se crê, entretanto, é mais do que o cabimento, mas, sim, a necessidade de uma regulamentação mais específica e complementar ao até agora legalmente estatuído. A necessidade de uma previsão mais criteriosa e rigorosa se coaduna perfeitamente com a situação fática dos titulares dos dados pessoais que se submetem a essa regra: pessoas vulneráveis, sem o completo discernimento daquilo que diante delas se apresenta e, ainda, sujeitas à autoridade parental. Necessário, portanto, se garantir que a autoridade parental, de fato, seja exercida de modo a garantir o melhor interesse daqueles que a ela se submetem.

Além disso, ao tratar da vulnerabilidade de crianças e adolescentes e, conseqüentemente, da necessidade de uma proteção maior no tratamento e uso de dados pessoais outra questão chama muito a atenção pela leitura do texto legal: os titulares dos dados pessoais que prescindem de consentimento parental ou do representante legal. Diz-se isso porque, ainda que o caput do referido artigo preveja o tratamento dos dados pessoais de crianças e adolescentes em seu melhor interesse, o § 1º do mesmo dispositivo refere que apenas os dados cujos titulares sejam crianças necessitam de consentimento da autoridade parental.

Ocorre que, de acordo com o Estatuto da Criança e Adolescente (ECA), consideram-se crianças aqueles com a idade de 0 a 12 (doze) anos incompletos e adolescentes as pessoas de 12 (doze) a 18 (anos) (BRASIL, 1990). Dessa forma, pela leitura da LGPD se constata que os adolescentes – ou seja, pessoas a partir de doze anos até atingir a maioridade com dezoito anos –, possuem plena capacidade de consentir sem a intervenção ou até a assistência de um adulto. Tal fato, ao nosso ver, ocasiona uma desproteção dos adolescentes que, tal como as crianças, assim se tratam de pessoas em desenvolvimento e que, portanto, continuam vulneráveis. Questiona-se, até

mesmo, se esses, de fato, possuem condições de observar com clareza o que estão consentindo e as consequências dessa escolha. Acreditamos que não.

Sobre este ponto específico, ainda, vale referir que a previsão brasileira vai de encontro à própria *General Data Protection Regulation* (GDPR), legislação europeia que inspirou a redação da LGPD, eis que aquela estende a necessidade de consentimento da autoridade parental até os 16 anos de idade. De acordo com Anderson Schreiber teria sido melhor se a lei brasileira tivesse seguido a legislação europeia também nesse ponto, com o que se concorda (SCHREIBER, 2018).

E não apenas pode-se citar a legislação estrangeira, mas pode-se dizer que o disposto neste item específico vai de encontro ao próprio ordenamento jurídico brasileiro, eis que ceifa dos pais o exercício do poder familiar – que lhes é assegurado pelo Código Civil até atingirem a maioridade dos filhos- e se mostra incongruente com critérios de capacidade da legislação cível brasileira, já que o critério de “adolescente” abarca pessoas completamente (dos doze aos dezesseis anos) e relativamente (dos dezesseis aos dezoito anos) incapazes. Diante disso, se a pessoa não é apta para a prática da maioria dos atos da vida civil sem representação ou assistência, respectivamente, como pode o ser para consentir e fornecer seus dados pessoais? Nos parece que a legislação não foi feliz na questão, já que tratou com descaso os adolescentes na prática de ato tão importante e perigoso, que é o fornecimento de dados pessoais.

De todo o exposto neste breve trabalho, o que se nota é que o texto atual da Lei Geral de Proteção de Dados peca quando se refere ao tratamento de dados de crianças e adolescentes, seja pela ausência de uma completude legislativa que permita a certeza da efetividade do consentimento da autoridade parental referente às crianças, seja pela omissão de proteção aos adolescentes.

4. CONCLUSÃO

A sociedade da informação trouxe uma série de avanços tecnológicos e inúmeras benesses à população. Nem tudo, todavia, são benefícios, tendo em vista que, com o desenvolvimento da tecnologia e a facilidade de acesso rápido e facilitado aos mais diversos produtos e serviços as pessoas acabaram por se expor diariamente seus dados pessoais, muitas vezes sem ter a noção do tamanho da exposição, bem como as consequências desse ato.

Dentro desse panorama de sociedade de informação, imenso valor econômico ganharam os dados pessoais, a partir dos quais as grandes empresas possuem acesso a um número gigante de informações de usuários com uma enorme capacidade de armazenamento (*Big Data*). A partir disso, conseguem traçar perfis de consumo, interesses e preferências (*profiling*) para definir e apresentar produtos e serviços direcionados de acordo com as características de cada pessoa.

Nesse contexto de exposição e armazenamento de dados pessoais por terceiros, o que se vê é que o princípio da privacidade se vê ameaçado diante da inúmera quantidade de informações, por vezes pessoalíssimas, cuja coleta se consente sem nem saber, ao certo, os efeitos disso.

Em relação aos adultos, por si só, se trata de tema que merece análise e cautela, todavia a situação se agrava ainda mais quando se está diante de coleta de dados de crianças e adolescentes. Isso porque esses estão em condição de permanente vulnerabilidade, em razão da idade e por estarem em que desenvolvimento de sua personalidade. Além disso, ao contrário dos adultos de hoje em dia, as novas gerações serão as primeiras a serem mapeadas desde o nascimento, não se sabendo ao certo as consequências disso para essa parte da população quando atingirem a idade adulta, nem se não serão segregadas por interesses, preferências e posições pessoais da infância e da adolescência que podem muito bem mudar na vida adulta.

Com o presente artigo, portanto, o que se concluiu é que a mera existência de crianças e adolescentes com acesso à sociedade de informação merece uma atenção e um cuidado. Em razão disso e, corretamente, a LGPD destinou artigo específico ao tratamento de dados de crianças e adolescentes (artigo 14), atentando à necessidade de observância do melhor interesse dessa parte da população em questões relativas ao tema, com especial enfoque para a necessidade de consentimento pelos pais ou pelo representante legal em relação aos dados de crianças.

Com o referido dispositivo, todavia, averiguou-se que a legislação, da maneira como está, se mostra omissa, visto que não regulamenta, de forma pormenorizada, as formas de verificação de autenticidade e veracidade do consentimento que prevê. Mais grave ainda, exclui da proteção decorrente do consentimento – e, dessa forma, ceifa o exercício do poder familiar no ato do consentimento-, em relação aos adolescentes, que se veem desamparados de proteção, ao serem tratados como se adultos fossem, podendo consentir sobre o fornecimento de seus dados pessoais sem qualquer tipo de observação e mediação familiar.

Diante de todo o exposto, na medida em que a Lei Geral de Proteção de Dados refira corretamente a necessidade da observância, em todas as situações, do melhor interesse das crianças e adolescentes no tratamento de seus dados pessoais, necessária se faz uma completude legislativa referente ao consentimento destinado aos dados pessoais de crianças e uma releitura dessa (falta de) proteção dispendida aos adolescentes pelo texto atual da legislação. Apenas assim, efetivamente se garantirá materialmente o melhor interesse das crianças e adolescentes, que formalmente já se encontra consagrada no artigo 14, caput, da Lei Geral de Proteção de Dados.

REFERÊNCIAS

MIRAGEM, Bruno. A lei geral de proteção de dados (Lei 13.709/2018) e o direito do consumidor. *Revista dos Tribunais*. v. 1009, p. 173-222, nov. de 2019.

MOZETIC, Vinicius Almada; BABARESCO, Daniele Vedovatto Gomes da Silva.

Lei geral de proteção de dados de crianças e adolescentes no brasil: coleta de dados e o problema da obrigatoriedade do consentimento dos pais. Disponível em: https://www.academia.edu/42044798/LGPD_E_A_OBRIGATORIEDA-DE_DO_CONSENTIMENTO_NA_COLETA_DE_DADOS_DE_CRIAN%C3%87AS_E_ADOLESCENTES_NO_BRASIL. Acesso em 17 jun. 20;

NEGRI, Sérgio Marcos Carvalho de Ávila; FERNANDES, Elora Raad; KORKMAZ, Maria Regina Detoni Cavalcanti Rigolon. A proteção integral de crianças e adolescentes: desafios de uma sociedade hiperconectada. In: SOARES, Fabiana de Menezes *et al* (Org.). *Ciência, tecnologia e inovação: políticas e leis*. Florianópolis: Editora Tribo da Ilha. 2019.

NISHIYAMA, Adolfo Mamoru; DENSA, Roberta. A proteção dos consumidores hipervulneráveis: os portadores de deficiência, os idosos, as crianças e os adolescentes. *Doutrinas essenciais de direito do consumidor*. v. 2, p. 431-461, abr. de 2011.

SCHREIBER, Anderson. Proteção de dados no Brasil e na Europa. 05.09.2018. *Jornal Carta Forense*. Disponível em: <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/protacao-de-dados-pessoais-no-brasil-e-na-europa/18269>. Acesso em 17 jun. 20.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. RETTORE, Anna Cristina de Carvalho. A autoridade parental e o tratamento de dados pessoais de crianças e adolescentes. In: TEPEDINO, Gustavo *et al.* (Coord.). Lei geral de proteção de dados e suas repercussões no direito brasileiro. 2ª tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2019.



CONVENÇÕES PROCESSUAIS NAS AÇÕES COLETIVAS PROCEDURAL AGREEMENT ON CLASS ACTIONS

VITÓRIA SOUZA PAGNUSSAT¹

Resumo: Por meio da revisão da doutrina, da legislação, bem como da jurisprudência, o presente estudo se propôs a analisar a temática das convenções processuais, tendo como objetivo examinar sua inserção no ordenamento jurídico brasileiro, bem como seu cabimento nas ações que tratam sobre direitos coletivos. É importante o estudo das convenções processuais nas ações coletivas frente à relevância da tutela dos direitos transindividuais, visto que tais táticas processuais permitem uma solução mais rápida, adequada e eficiente do litígio. Concluiu-se que a indisponibilidade dos direitos transindividuais não deve ser óbice para a realização das convenções processuais nas ações coletivas que tutelam tais direitos. A busca pela adequação processual, a fim de garantir a efetiva tutela dos direitos transindividuais, em consonância com a ideia de processo democrático, participativo e cooperativo, justifica a possibilidade de utilização das convenções processuais como forma de buscar a efetivação dos direitos coletivos *lato sensu*. Para a investigação, adotou-se o método de pesquisa lógico-dedutivo e a técnica de pesquisa bibliográfica.

Palavras-chave: Ações coletivas. Convenções processuais. Processo coletivo.

Abstract: Through the revision of the doctrine, the jurisprudence and the legislation, the present study aimed to analyze the thematic of procedural agreements, with the objective of examining their insertion in the brazilian legal system, as well as their appropriateness in Collective Actions. It is important to study the procedural conventions in collec-

1 Mestranda em Direito pela Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul; Graduada em Direito pela Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul. E-mail: vitoriapagnussat@hotmail.com.

tive actions in light of the relevance of the protection of transindividual rights, since such procedural tactics allow a faster, more adequate and efficient solution of the litigation. It was concluded that the unavailability of transindividual rights should not be an obstacle to the implementation of procedural conventions in collective actions that protect such rights. The search for procedural adequacy, in order to ensure the effective protection of transindividual rights, in line with the idea of democratic, participatory and cooperative process, justifies the possibility of using procedural conventions as a way to seek the enforcement of collective rights. The method used for the investigation was the logical-deductive and the research technique adopted was the bibliographic.

Keywords: Collective Actions. Contracts for Procedure.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo pretende trazer à discussão a temática das convenções processuais, a inserção da convencionalidade processual na doutrina e no ordenamento jurídico brasileiro e a possibilidade de realização dos acordos processuais no âmbito das ações coletivas.

Para tanto, a investigação científica foi desenvolvida em duas partes, quais sejam: a primeira, que buscou tratar dos aspectos gerais das convenções processuais e analisar o tratamento e a inserção dos acordos processuais no ordenamento jurídico brasileiro; e a segunda, que intentou demonstrar a possibilidade de se firmar convenções processuais nas ações coletivas.

Nas considerações finais do artigo, conclui-se que em meio a um ambiente processual dialógico, cooperativo, policêntrico e participativo, as partes poderão decidir qual é a forma mais viável e cabível para a resolução do litígio em questão, adequando-o à sua realidade, tendo sempre como ontológico objetivo o dever de concretização dos direitos coletivos.

2. ASPECTOS GERAIS DAS CONVENÇÕES PROCESSUAIS E SUA INSERÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

O processo civil contemporâneo tem como objetivo principal alcançar aos jurisdicionados uma tutela adequada, efetiva e tempestiva de

seus direitos. Nesse ínterim, cede cada vez mais espaço à ideia de um processo colaborativo, participativo e dinâmico, com vistas à utilização das técnicas que mais se parecem eficazes a solucionar o litígio em questão, analisando as peculiaridades do caso concreto.

As convenções processuais têm como intuito possibilitar a participação das partes na construção do procedimento, o que ocasiona maior grau de conformidade à parte sucumbente, porquanto tenha participado ativa e democraticamente do processo. Trata-se de relevante traço de um novo modelo de processo, mais policentrista, em que o protagonismo dos litigantes influencia diretamente não só o andamento do processo, como também o resultado final.

As convenções processuais buscam obter maior eficiência processual, reforçando o devido processo legal. A ideia de flexibilização procedimental atende ao processo justo, visto que demonstra uma preocupação maior com a resolução do conflito do que propriamente com seu julgamento.

A definição exata de convenção processual ainda é controversa na doutrina brasileira. A multifacetada definição se dá em especial pelo grande número de critérios utilizados, como a sede em que celebrado o negócio, os sujeitos que convencionam, os efeitos ou objetos do acordo, entre outros (CABRAL, 2018).

Quanto ao critério do *locus* em que celebrada, está a ideia de que as convenções seriam caracterizadas como processuais quando firmadas dentro do processo. Dessa forma, qualquer acordo firmado extraprocessualmente pertenceria ao direito material, mesmo que tivesse por objeto e disciplinasse situações jurídicas processuais (ALMEIDA, 2014). Nesse sentido, Pedro Nogueira entende que o negócio só será tido como processual quando surgir um procedimento, de modo que a processualidade fica condicionada ao surgimento – anterior, concomitantemente ou posterior – do procedimento à que se refere o fato. Dessa forma, *v. g.* o pacto que tem por objeto a eleição de foro só seria adjetivado como processual quando a demanda judicial fosse proposta. Antes disso, não haveria que se falar em convenção processual (NOGUEIRA, 2011). A tese de que o acordo processual é sempre ato do processo vem sendo rechaçada na doutrina. Pode haver acordo processual praticado dentro e fora do processo, não parecendo o melhor critério para definição o do local em que praticado o ato (CABRAL, 2018).

Outro viés para identificação do acordo como processual é o que leva em conta o critério subjetivo. Nesse sentido, seria processual o acordo firmado pelos sujeitos do processo (DINAMARCO, 2009). Essa concepção

também não parece a mais adequada. Se é possível celebrar acordos processuais fora do processo, até mesmo antes do surgimento do conflito, o critério subjetivo não serviria para identificar o acordo como processual, uma vez que, naquele momento, não se sabe quem seriam os sujeitos do processo, que não somente não existe, mas que pode nunca vir a existir.

De tal sorte, não é a identificação do sujeito que pratica o acordo que define a natureza processual, mas o objeto ou conteúdo da convenção (CABRAL, 2018).

O critério que se parece mais acertado para a definição do acordo como processual ou não é o que leva em consideração os efeitos que a convenção pretende produzir. Relevante, então, seria a aptidão do acordo para produzir efeitos jurídicos no processo (REDONDO, 2013), ou sua referibilidade a um processo (GODINHO, 2014), atual ou potencial.

À luz dos critérios e das características trazidos pela doutrina, Antonio do Passo Cabral apresenta conceito mais claro e completo, ao dispor que a convenção processual trata de um negócio processual plurilateral orientado para a produção de um efeito comum ou convergente para todas as partes. Ainda, que a criação, modificação, extinção de situações jurídicas processuais, ou a alteração do procedimento, devem ser decorrentes diretamente da vontade dos conventes, sem necessidade de intermediação de nenhum outro sujeito. Assim, conclui que “convenção processual é o negócio jurídico pelo qual as partes, antes ou durante o processo, determinam a criação, modificação e extinção de situações jurídicas processuais, ou alteram o procedimento” (CABRAL, 2018, p. 74).

As convenções processuais não se submetem à exigência de homologação judicial para produzirem seus efeitos (DIDIER JUNIOR, 2015), salvo casos em que a lei prevê expressamente essa necessidade, como ocorre na suspensão convencional do processo. Coadunar com a subordinação de todas as convenções à homologação judicial corresponderia ao esvaziamento do instituto. A necessidade de sujeição do negócio jurídico processual à homologação do magistrado tornaria falaciosa a pregada igualdade entre os sujeitos processuais (autor, réu e juiz), visto que, nesse caso, estaria o juiz assumindo uma posição de destaque diante das partes.

Embora não dependam da aquiescência do juiz, o magistrado deve exercer o controle sobre o negócio nos casos das hipóteses estabelecidas no Código de Processo Civil. Isso significa dizer que o juiz não analisa a admissibilidade do negócio jurídico *a priori*, mas que somente exerce controle *a posteriori* (CABRAL, 2018). O controle de validade do magistrado deve se dar com cautela. Não deve o juiz deixar de aplicar

ou de fazer cumprir a convenção em um controle de conveniência. Uma análise da conveniência e não da validade da convenção pode fazer com que os indivíduos deixem de firmar acordos processuais diante da incerteza da prevalência da convenção em juízo. O CPC/15, no parágrafo único do artigo 190, prevê que o juiz, de ofício ou a requerimento, controlará a validade das convenções, lhes recusando aplicação somente nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em uma manifesta situação de vulnerabilidade.

Foi a partir de meados da década passada que se passou a tratar de forma intensa o tema das convenções processuais na doutrina brasileira (CABRAL, 2018). Essa evolução teórica desenvolveu base que impactou a tramitação do CPC/15, que veio de forma a consolidar a autocomposição, a incentivar as soluções cooperativas e negociadas no processo, e, além de manter os acordos processuais já previstos há décadas na legislação processual brasileira, introduziu uma cláusula geral de convencionalidade processual.

Os novos espaços conferidos à autonomia da vontade das partes no instrumento legal fazem surgir uma autêntica plataforma processual para a construção de procedimentos diferenciados. Na nova disciplina processual, as partes podem atuar como protagonistas ao lado do juiz em um maior número de atos processuais e em diferentes fases do processo, como na eleição de foro (art. 63), no saneamento do processo ao delimitar as questões de direito para julgamento (art. 357), no adiamento da audiência de instrução (art. 362, I), na negociação de um calendário processual (art. 191), em modificações do procedimento para ajustar às especificidades da causa ou, ainda, estabelecer um regramento privado de situações processuais a respeito dos seus ônus, poderes, faculdades e deveres, antes ou durante o processo (art. 190) (MULLER, 2017). A cláusula geral de convencionalidade prevista pelo artigo 190 prevê exatamente que o procedimento pode ser conformado por obra cooperativa e conjunta da vontade das partes.

Dessa cláusula geral podem advir diversas espécies de negócios processuais atípicos. O instrumento legal não trouxe ao ordenamento jurídico brasileiro figura de todo inovadora, uma vez que o Código de Processo Civil de 1973 já previa diversas hipóteses que permitiam a realização de convenções processuais típicas, como a eleição de foro, a suspensão do processo, a distribuição do ônus da prova, o adiamento da audiência, o acordo para escolha do arbitramento como forma de liquidação da sentença, a diminuição ou prorrogação do prazo dilatatório entre outros (MOREIRA, 1984).

Como visto, já eram celebradas convenções em território nacional antes do CPC/15. A novidade reside, então, na sistematização das convenções processuais e, principalmente, no estabelecimento de uma cláusula geral de convencionalidade, prevista pelo caput do art. 190, que prevê a possibilidade de contratação e constituição dos negócios jurídicos processuais sem que se mostre necessária a previsão expressa do legislador sobre a hipótese em questão.

3. CONVENCIONALIDADE PROCESSUAL NAS AÇÕES COLETIVAS

O incentivo às soluções consensuais e negociadas ampliou o espaço de convencionalidade, não apenas nas ações individuais, mas também no âmbito do processo coletivo. Prova disso foi a elaboração da resolução nº 118 do Conselho Nacional do Ministério Público, que inseriu as convenções processuais como um dos instrumentos de autocomposição cuja aplicação passa a ser recomendada aos Promotores e Procuradores de todo o país.

A resolução prevê mecanismos de autocomposição que objetivam alcançar a prevenção, resolução e pacificação de litígios de forma mais célere e com economia de recursos, dentre os quais se destacam a negociação (art. 8º), a mediação (art. 9º e 10º), a conciliação (art. 11º e 12º) as práticas restaurativas (art. 13º e 14º) e as convenções processuais (art. 6º, 7º, 15º, 16º e 17º).

O artigo 16 autoriza os membros do Ministério Público, observados os limites legais, celebrar acordos processuais, em qualquer fase de investigação ou durante o processo. No artigo 15 é recomendada a utilização das convenções a fim de adaptar e flexibilizar o procedimento para permitir a adequada e efetiva tutela jurisdicional. E, por fim, o artigo 17, prevê que as convenções devem ser celebradas de maneira dialogal e colaborativa, com o objetivo de restaurar a convivência harmônica entre os envolvidos e promover a pacificação do conflito, bem como que podem os acordos serem inseridos e documentados em cláusulas de ajustamento de conduta (CABRAL, 2019). As possibilidades de utilização das convenções processuais são muitas e caberá à doutrina e aos membros do Ministério Público desenvolverem boas práticas que permitam extrair desses mecanismos o melhor resultado prático para a defesa dos direitos e interesses coletivos (CABRAL, 2019).

Tal resolução demonstra que os interesses públicos, ainda que indisponíveis, apresentam algum grau de disponibilidade (DIDIER JUNIOR; ZANETTI JUNIOR, 2014). Alguns instrumentos legais que versam sobre direitos coletivos inclusive preveem a negociação, quanto ao modo e tempo de cumprimento das obrigações, como é o caso do Termo de Ajustamento de Conduta. A forma de reparar o dano coletivo pode ser negociada, com vistas à máxima efetividade da tutela do direito coletivo (CABRAL, 2019).

Existe uma necessidade de se buscar soluções alternativas que satisfaçam os sujeitos titulares de direitos coletivos da melhor forma possível e facilitem a obtenção de um acordo (PINHO; ALVES, 2016), com forte no princípio da colaboração, consagrado de forma expressa como norma fundamental no artigo 6º do Código de Processo Civil.

O ponto de partida das discussões acerca da possibilidade de o Ministério Público ou outros legitimados extraordinários firmarem acordos processuais no âmbito dos processos coletivos diz respeito exatamente à indisponibilidade dos direitos em jogo. O Fórum Permanente de Processualistas Civis já sedimentou seu entendimento, através do enunciado 135, que “A indisponibilidade do direito material não impede, por si só, a celebração de negócio jurídico processual”. A análise sobre a possibilidade ou não de celebração dos negócios jurídicos processuais, seja ou não no âmbito do processo coletivo, deve ser dada no caso concreto.

Faz-se imperioso demonstrar que a convenção processual pode vir a reforçar a proteção que o ordenamento jurídico atribui aos direitos indisponíveis. Antonio do Passo Cabral exemplifica o exposto, demonstrando situações em que o legitimado ativo poderia fixar um foro competente mais eficiente para colheita de prova, ou que importe em maior proximidade geográfica com a comunidade lesada, ou ainda que este acorde em majorar os prazos para cumprimento dos atos processuais e ampliar os meios de prova (CABRAL, 2019).

O Enunciado 225 do Fórum Permanente de Processualistas Civis estabelece que “É admissível a celebração de convenção processual coletiva”, o que possibilita a ideia de realização de convenções processuais no âmbito das ações coletivas, que visam, principalmente, a proteger os interesses coletivos *lato sensu*.

Já houve um tempo em que se entendeu que os direitos que admitiam autocomposição eram apenas os direitos disponíveis. Hoje, compreende-se que parte dos direitos indisponíveis podem ser transacionáveis (PINHO; ALVES, 2016).

Um dos grandes benefícios advindos da admissão dos métodos de autocomposição no processo coletivo, fundado em um modelo cooperativo de processo, é a redução de custos transacionais da disputa, tais como as despesas com o processo em si e os gastos com produção de prova. Quanto maior o período de tempo dispendido no conflito, reduzido com a utilização de técnicas que possibilitam acordos, processuais ou não, maiores serão os custos. Quando os integrantes da disputa cooperam entre si, trabalhando em conjunto na busca de uma solução que satisfaça em maior grau a todos, o processo se dá sem dilações, ou com menores dilações e, conseqüentemente, com menores custos.

Deve-se considerar que cada conflito tem suas particularidades, de modo que a aplicação de um único procedimento pode vir a prejudicar sua eficiência. A colaboração visa a superar a ideia de um processo bipolar, ou seja, aquele que se desenvolve sob a base de duas teses contrapostas (do autor e do réu), de modo que a decisão venha a pender, necessariamente, para uma ou para a outra. Os acordos processuais trazem em si uma nova e interessante perspectiva sobre a resolução de disputas: embora as partes não concordem com qual deve ser a solução para aquele conflito, elas podem chegar a um acordo sobre a melhor forma de resolvê-lo (PINHO; ALVES, 2016). Um procedimento que se destine à proteção de direitos coletivos exige amplitude muito maior do que a lógica bipolar dos processos comumente utilizados no Brasil, mormente em processos individuais, que tem delimitação muito diferente do processo coletivo.

Como exemplo de efetiva observância às referidas necessidades – de adequação e de convencionalidade – no processo coletivo, pode-se citar a Ação Civil Pública nº 93.8000533-4, ajuizada pelo Ministério Público Federal junto a Justiça Federal de Criciúma, que pretendeu impor a mineradoras e à União a realização e concretização de um projeto de recuperação ambiental da região degradada pela mineração. A complexidade da matéria fez com que o procedimento de cumprimento da sentença, proferida em janeiro de 2000, se desdobrasse em várias fases, que buscavam definir o que seria necessário para o cumprimento dos comandos judiciais, o delineamento da área a ser reparada, a consolidação de estratégias para o enfrentamento do problema, a elaboração de relatórios técnicos para monitorar a implementação das medidas de redução à poluição e seus efeitos, entre outras questões. Foram consolidados dezenove acordos que objetivaram a reparação dos danos ambientais. Em razão desses acordos, 73% das áreas terrestres atingidas passaram a contar com um cronograma de atividades para a recuperação ambiental (ARENHART, 2017).

A flexibilização, adequação, e convencionalidade no processo almejam a efetiva tutela dos direitos ambientais da sociedade, ao se pautar por uma atuação que privilegiou o contato direto com as partes e a constituição de soluções consensuais.

Através da análise do caso conclui-se que é de grande importância o papel das soluções consensuais, desenvolvidas através do diálogo das partes, que atinge uma solução melhor que a imposição de um órgão imparcial, que pode desagradar todas as partes do processo e a toda sociedade atingida. Vale ressaltar que a solução consensual contribui para a obtenção de soluções tecnicamente factíveis, que, não obstante, não perdem de vista as exigências do direito (ARENHART, 2017).

Há possibilidade de se dispor, em algum grau, inclusive de interesses substanciais coletivos, de forma a não restar dúvida quanto à possibilidade de disposições em matéria processual no âmbito de processos que versam sobre direitos da coletividade.

4. CONCLUSÃO

Através de todo o exposto, concluiu-se, na primeira parte, que o critério que se parece mais acertado para a definição do acordo como processual é o que leva em consideração os efeitos que a convenção pretende produzir, no sentido de que se caracteriza um acordo como processual quando este goza de aptidão para produzir efeitos jurídicos no processo. Ainda, que as convenções processuais se prestam a atribuir às partes o poder de regular, respeitados os limites impostos pelo ordenamento jurídico, certas situações jurídicas processuais ou alterar o procedimento. Ademais, que o CPC/15, com o intuito de prestigiar o princípio do autorregramento da vontade das partes, da necessidade da adequação do processo às peculiaridades do caso concreto, assim como estimular a efetiva solução dos conflitos, passou a prever uma cláusula geral de convencionalidade processual. Dessa forma, que o ordenamento processual não veio de forma a instituir a possibilidade de convencionalidade no processo, visto que no código precedente já eram previstas convenções processuais típicas, mas a ampliar tais possibilidades e instituir a sistematização da convencionalidade processual.

Na segunda parte, concluiu-se que a indisponibilidade dos direitos transindividuais não deve ser óbice para a realização das conven-

ções processuais nas ações coletivas que tutelam tais direitos. A busca pela adequação processual, a fim de garantir a efetiva tutela dos direitos transindividuais, em consonância com a ideia de processo democrático, participativo e cooperativo, justifica a possibilidade de utilização das convenções processuais como forma de buscar a efetivação dos direitos coletivos *lato sensu*.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende. *Das convenções processuais no processo civil*. Universidade do Estado do Rio de Janeiro: Tese de Doutorado, 2014.

ARENHART, Sérgio Cruz. Processos estruturais no direito brasileiro: reflexões a partir do caso da ACP do carvão. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Susana Henriques da (Orgs.). *O processo para solução de conflitos de interesse público*. Salvador: Jus Podivm, 2017.

CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2018.

CABRAL, Antônio do Passo; NOGEURIA, Pedro Henrique. *Negócios processuais*. t. 1. 4a ed. Salvador: JusPodivm, 2019.

DIDIER JR. Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: introdução ao Direito Processual Civil, Parte Geral e Processo de Conhecimento*. v. I. 17ª ed. Salvador: JusPodivm, 2015.

DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR, Hermes. *Curso de Direito Processual Civil*. Salvador: Juspodivm, vol. IV, 9ª ed., 2014.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros, vol. II, 6ª ed., 2009.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Convenções das partes sobre matéria processual. *Revista de processo*. vol. 33/1984. p. 182-191.

MULLER, João Guilherme. *Negócios processuais e desjudicialização da produção da prova*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. *Negócios Jurídicos Processuais: uma análise dos provimentos judiciais como atos negociais*. Tese de doutorado. Salvador: Universidade Federal da Bahia, 2011.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; ALVES, Tatiana Machado. A relevância da negociação com princípios na discussão das cláusulas de convenção processual: aplicação concreta dos postulados da advocacia colaborativa. *Revista dos Tribunais*. vol. 258/2016. p. 123-152.

REDONDO, Bruna Garcia. *Flexibilização do procedimento pelo juiz e pelas partes no direito processual civil brasileiro*. Dissertação de Mestrado. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2013.



**AÇÕES PSEUDOINDIVIDUAIS E AÇÕES INDIVIDUAIS
COM EFEITOS COLETIVOS: RELAÇÕES ENTRE
DEMANDAS INDIVIDUAIS E COLETIVAS**

**PSEUDOINDIVIDUAL LAWSUITS AND INDIVIDUAL
LAWSUIT WITH COLLECTIVE EFFECTS:
RELATIONSHIP BETWEEN INDIVIDUAL AND
COLLECTIVE DEMANDS**

FERNANDA ROSA COELHO¹

Resumo: Por meio da metodologia hipotético-dedutiva, utilizando-se de pesquisa bibliográfica, prioritariamente, o presente trabalho tem como objetivo analisar as ações pseudoindividuais e ações individuais com efeitos coletivos, sobretudo quanto à necessidade de adequação da tutela jurisdicional para tais demandas. Conclui-se que, a despeito da ausência de previsão específica para a tutela dessas situações, encontra-se no ordenamento jurídico vigente, mecanismos capazes de auxiliar no tratamento dessas demandas, como a suspensão das ações individuais cujo objeto seja tratado em ação coletiva e a notificação aos legitimados para o ajuizamento da respectiva ação coletiva. Outrossim, entende-se pela necessidade de disciplina própria para esses casos.

Palavras-chave: Ações pseudoindividuais. Ações pseudocoletivas. Coletivização. Devido processo legal coletivo. Litispendência.

¹ Bacharelanda em Direito pela Fundação Escola Superior do Ministério Público. Bolsista do Grupo de Estudos do Projeto de Pesquisa Garantias Processuais Cíveis dos Bens Transindividuais do Programa de Pós-Graduação em Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público, coordenado pelo Prof. Dr. Handel Martins Dias e vinculado no CNPq ao Grupo de Estudos Tutelas à Efetivação dos Direitos Transindividuais. E-mail: nandarosa.coelho@gmail.com.

Abstract: Through the hypothetical-deductive method, using the bibliographic research, priority, the present paper analyze the pseudo individuals demands and individual demands with collective effects, especially regarding the need to adjust jurisdictional protection to such demands. It's possible to conclude that, a spite of the absence of specific provision for the protection of theses situation, there are mechanisms in the current legal system capable of assisting in the treatment of these demands, as the suspension of individual actions whose object is treated in collective action and the notification to the legitimate ones for the filing of the respective collection action. Furthermore, it is understood by the need for proper discipline for these cases.

Keywords: Pseudoindividuals demands. Individual demands with collective effects. Collectivization. Due process of collective law. *Lis pendens*.

1. INTRODUÇÃO

A evolução da sociedade, notadamente a partir do século XX, reflete diretamente na estrutura do direito em si, posto que este serve, em grande medida, para regular os conflitos sociais e buscar a pacificação social. Assim, ao lado dos já tradicionais litígios individuais, bem ilustrados na doutrina processual pelo clássico embate de Caio contra Tício, emergem os litígios coletivos, de titularidade não apenas de um indivíduo em si considerado, mas sim da coletividade como um todo.

Diante dessa alegada dicotomia entre direitos individuais e coletivos, o processo, igualmente, traz soluções distintas para tutela de cada situação, atribuindo regras e procedimentos específicos para as ações individuais e para as ações coletivas, que em muitos aspectos divergem entre si. No entanto, atualmente, nota-se uma interseção entre o individual e o coletivo: não raro um conflito coletivo terá reflexos na esfera individual e vice-versa. Nessa zona de penumbra localizam-se as ações pseudoindividuais e as ações individuais com efeitos coletivos, ambas identificadas pela doutrina nacional.

Partindo dessas premissas, o presente trabalho tem como objetivo precípua analisar as ações pseudoindividuais e ações individuais com efeitos coletivos, sobretudo quanto à necessidade de adequação da tutela jurisdicional à tais demandas. Para tanto, inicialmente, demonstra-se o tratamento legislativo dispensado às relações entre demandas individuais

e coletivas, sobretudo quanto à possibilidade ou não de litispendência entre elas. Ato contínuo, identifica-se a existência de ações pseudoindividuais e ações individuais com efeitos coletivos, baseando-se na doutrina pertinente ao tema. Por fim, examinam-se as possibilidades de tutela jurídica adequada à essas situações no ordenamento vigente, propondo, também, um melhor tratamento dessas questões. A presente pesquisa tem como abordagem a metodologia hipotético-dedutiva, utilizando-se de pesquisa bibliográfica, prioritariamente, por meio de revisão da doutrina e legislação pertinentes ao tema proposto.

2. RELAÇÃO ENTRE DEMANDAS INDIVIDUAIS E COLETIVAS

A existência de direitos de titularidade individual e direitos de titularidade coletiva² leva, inarredavelmente, a criação de mecanismos aptos a tutelar de maneira adequada tais situações à luz das suas peculiaridades. Em síntese, fala-se que há procedimentos previstos para as ações individuais (regulados pelo Código de Processo Civil – CPC -, principalmente) e procedimentos específicos para as ações coletivas³ (que utiliza-se do chamado microsistema processual coletivo).

Em relação à concomitância de ações coletivas e ações individuais, o art. 104 do Código de Defesa do Consumidor (CDC) é claro: as ações coletivas não induzem litispendência às ações individuais. O mesmo artigo ainda dispõe que o indivíduo pode se beneficiar da coisa julgada coletiva que lhe for favorável, desde que requerida a suspensão do pleito individual no prazo de trinta dias a contar da ciência nos autos do ajuizamento da ação coletiva.

A despeito da redação expressa acerca da necessidade do requerimento para suspensão da ação individual, parte da doutrina defende a possibilidade de suspensão de ofício, decorrente “da necessária racionalização

2 A definição legal dos direitos coletivos no ordenamento jurídico brasileiro é trazida no art. 81 do Código de Defesa do Consumidor, classificando-os em direitos e interesses difusos, coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos.

3 Para os fins do presente estudo, emprega-se o vocábulo “ação coletiva” para designar tanto as ações previstas pelo Código de Defesa Consumidor quanto às ações civis públicas, preferindo-o em detrimento do vocábulo “ação civil pública”, conforme doutrina de Ada Pellegrini Grinover: “Prefere-se, no trabalho, a denominação ‘ações coletivas’ por atender à legitimação para a causa (atribuída, pela lei, às formações sociais) e aos bens protegidos (interesses de dimensão coletiva)” (GRINOVER, 1986, p. 113).

do exercício da função jurisdicional, como forma de evitar decisões diversas para situações semelhantes, o que violará o princípio da igualdade” (DIDIER JÚNIOR; ZANETI JÚNIOR, 2018, p. 191). A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ) tem se posicionado favorável à suspensão de todos os processos individuais referentes ao mesmo caso tratado através de ação coletiva: “ajuizada ação coletiva atinente à macrolide geradora de processos multitudinários, suspendem-se as ações individuais, no aguardo do julgamento da ação coletiva” (BRASIL, 2009). Isso porque por meio das ações coletivas se reconhece o fato gerador comum a todos os pedidos de reparação individual, facilitando a defesa dos prejudicados em juízo.

A despeito dessa segregação processual, nota-se que, não raro, há situações em que os direitos tuteláveis apresentam-se como coletivos, mas estão também atrelados a pedidos indenizatórios de cunho individual. A título de exemplificação tem-se o caso clássico do pedido de nulidade de cláusula abusiva (tipicamente coletivo) cumulado com pedido indenizatório pelos efeitos financeiros resultantes da aplicação da cláusula (individual). Sendo o pleito veiculado por ação individual, a nulidade da cláusula abusiva se prestaria à coletividade, enquanto a reparação financeira atenderia aos interesses individuais. Sendo veiculado em ação coletiva, a declaração de nulidade da cláusula e, conseqüentemente, a necessidade de reparação aos lesados, teria efeitos *erga omnes*, cabendo aos interessados promoverem individualmente a liquidação e execução da sentença para definição do *quantum* indenizatório, nos termos do art. 97 do CDC (LEAL, 1998)⁴. Evidencia-se, assim, a grande possibilidade de interseção entre a tutela coletiva e a individual.

3. AÇÕES PSEUDOINDIVIDUAIS E AÇÕES INDIVIDUAIS COM EFEITOS COLETIVOS

A expressão “pseudoindividuais” foi originalmente cunhada pelos doutrinadores Ada Pellegrini Grinover e Kazuo Watanabe, este últi-

4 No mesmo sentido Zavascki (2009) trazia como exemplo o transporte irregular de produto tóxico, que constitui ameaça ao meio ambiente e também ao patrimônio individual daqueles que moram no percurso do transportador. Eventual acidente no trajeto redundaria em prejuízo ambiental, ofendendo direito coletivo, ao mesmo tempo em que atingiria o patrimônio e/ou saúde dos moradores locais, o que demonstra lesão ao direito individual (podendo considerar, no caso, direito individual homogêneo).

mo grande estudioso do tema, em contraponto com a doutrina de Luiz Paulo da Silva Araújo (2000) que aborda em seu estudo a existência de ações pseudocoletivas.

Em linhas gerais, as ações pseudocoletivas são aquelas propostas com pedidos individualmente concretos, embora reunidos, pretendendo a satisfação imediata dos direitos singularmente perseguidos, o que, para o autor, caracterizaria tais pleitos como falsas ações coletivas. Este cenário, defende o doutrinador, poderia provocar a vedação do exercício do direito subjetivo pelo próprio titular do direito, o que não se afina com a finalidade da tutela jurisdicional coletiva além das garantias processuais constitucionais (ARAÚJO, 2000)⁵.

O termo “pseudoindividuais” se destina àquelas demandas formalmente individuais, propostas por pessoa natural, que veicula uma pretensão coletiva, ou seja, tem-se ação civil pública aforada por um indivíduo (FONSECA, 2012). Kazuo Watanabe conclui que a maior dificuldade na temática consiste em identificar se as pretensões são efetivamente individuais, ou seja, “se a relação jurídica de direito substancial a que essas pretensões estão referidas admite a formulação de vários pedidos individualizados da mesma espécie” (WATANABE, 2006, p. 28), ou se na realidade “pela sua natureza e peculiaridade, é ela de natureza incindível, de modo que, em princípio, são inadmissíveis postulações individuais” (WATANABE, 2006, p. 28).

A respeito, o autor traz em seu estudo sobre as ações pseudoindividuais o caso paradigmático das tarifas de assinatura telefônica, em que foram veiculadas milhares de pretensões individuais com o fito de excluir tal cobrança. Ao considerar que as concessionárias de serviços de telecomunicação submetem-se a política regulatória instituída pela Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL, conclui que qualquer demanda judicial, seja coletiva ou individual, que tenha por objeto a impugnação de estrutura tarifária fixada pelo Estado no exercício do seu poder regulatório, somente poderá veicular pretensão global, em benefício de todos os usuários, de modo uniforme e isonômico, uma vez que a estrutura tarifária

5 Sobre o tema ainda leciona o autor que “nas ações pseudocoletivas, em realidade, conquanto tenha sido proposta a ação por um único legitimado extraordinário, na verdade estão sendo pleiteados, específica e concretamente, os direitos individuais de inúmeros substituídos, caracterizando-se uma pluralidade de pretensões que, em tudo e por tudo, é equiparável à do litisconsórcio multitudinário, devendo sua admissibilidade, portanto, submeter-se, em princípio, às mesmas condições, ou seja, somente poderiam ser consideradas admissíveis quando não prejudicassem o pleno desenvolvimento do contraditório ou do próprio exercício da função jurisdicional” (ARAÚJO, 2000, p. 199/202).

deve ter natureza unitária para todas as partes que figuram no contrato de concessão e nos contratos de prestação de serviços de telefonia (WATANABE, 2006). Nota-se que à luz do direito material tutelado, ou a referida tarifa era devida por todos os contratantes, ou não deveria ser paga por nenhum deles (WATANABE, 2006). A solução, do ponto de vista do autor, seria a inadmissão dessas demandas quando identificadas pelo julgador⁶.

Essa situação se aproxima do litisconsórcio unitário. A propósito do tema, José Carlos Barbosa Moreira (1972) ponderava que o critério para reconhecer, processualmente, a unitariedade, é o resultado prático a que tende o processo, à vista do pedido e da causa de pedir. Caso o resultado buscado deva obrigatoriamente incidir sobre ponto de homogeneidade havida entre os vários coautores ou corréus na situação jurídica substancial, o litisconsórcio será ativo ou passivamente unitário⁷.

No caso das ações pseudoindividuais, embora os autores busquem a tutela de um direito subjetivo individual, este só poderá ser formulado coletivamente, por sua natureza própria, ou seja, “trata-se dos casos em que a relação de direito material, jurídica ou de fato, é unitária, e só pode ser resolvida de igual maneira a todos” (GRINOVER, 2014, n.p.). Além da situação profundamente estudada por Kazuo Watanabe, cita-se como exemplo o pleito individual para anulação de assembleia, formulado por qualquer acionista, que, sendo procedente, anulará a assembleia para todos, em razão da relação jurídica de direito material unitária (GRINOVER, 2014). Nesse cenário, “a coisa julgada deve atuar *erga omnes* (como já sustentava Chiovenda, seguido por Barbosa Moreira), seja em caso de procedência ou de improcedência, e isto em função da unitariedade da relação de direito material” (GRINOVER, 2014, n.p.).

6 Assevera o autor: “A conclusão que se impõe, à vista dessas considerações, é no sentido de que as ações individuais que veiculem a mesma pretensão da ação coletiva ou de uma outra ação individual com o mesmo escopo, são inadmissíveis por significarem um *bis in idem*, que poderá dar origem a conflitos práticos, e não apenas lógicos, de julgados, o que o nosso ordenamento jurídico não tolera (daí, os institutos da litispendência e da coisa julgada)” (WATANABE, 2006, p. 29).

7 Sobre o tema: “O que se tem de levar em consideração é a uniformidade no(s) ponto(s) sobre que deve incidir a regra jurídica concreta a cuja enunciação se ordena a atividade cognitiva do juiz. [...] Se por tal prisma são iguais ou interligadas as posições jurídicas individuais de dois ou mais sujeitos, então essa regra concreta necessariamente os atinge a todos com idêntica eficácia. Por isso tem de possuir o mesmo teor para os que figurem num dos pólos do processo (unitariedade do litisconsórcio) e alcança mesmo os que a ele permaneçam estranhos, conquanto houvessem podido consorciar-se ao(s) autor(es) ou ao(s) réus(s) (extensão da coisa julgada)” (MOREIRA, 1972, p. 143/144).

Não obstante, Ada Pellegrini Grinover identificou também a existência de demandas individuais com efeitos coletivos, que, diferentemente das ações pseudoindividuais, tratam da pretensão de um direito subjetivo individual, que em razão do pedido, produzirá inevitavelmente efeitos que atingirão a coletividade. Entende a autora que tais ações estariam inseridas em um plano intermediário entre as ações individuais e as ações coletivas, de maneira que o seu ajuizamento se daria como sendo individual, porém o pedido veiculado seria de natureza coletiva:

Se um indivíduo, invocando seu direito subjetivo, pretende o fechamento de uma casa noturna em virtude do ruído que o perturba, ou de uma fábrica poluente, que o atinge, a sentença, favorável ou desfavorável, atingirá todos os membros da comunidade que sofriam os efeitos da casa noturna ou da fábrica poluente. Neste caso, teremos uma *ação individual com efeitos coletivos*. De nada adianta afirmar que a coisa julgada atua *inter partes*, por se tratar de ação individual, porque (ainda que reflexamente) atingirá a todos (GRINOVER, 2014, n.p.).

Nas ações individuais com efeitos coletivos, “embora a eficácia do *decisum* seja, tecnicamente, *inter partes*, no plano fático ela transborda esse limite” (PORTO, 2016, n.p.). Como exemplo, ilustra-se a situação de um cadeirante que busque efetivo acesso a determinado prédio (universidade, escola, etc), pleiteando a construção de uma rampa de acesso: “não resta dúvida de que é titular desse direito, considerado de maneira isolada, como também não se pode questionar a faceta difusa do mesmo interesse” (PORTO, 2016, n.p.).

Percebe-se que as ações pseudoindividuais teriam uma afinidade maior com a tutela de direitos coletivos *stricto sensu*, porquanto identifica-se o grupo, classe ou categoria beneficiado pelo pedido individual, ao passo que as ações individuais com efeitos coletivos se harmonizam com a tutela de direitos difusos, uma vez que eventual procedência do pleito individual refletiria, *a priori*, na esfera de pessoas indetermináveis. No entanto, ao analisar os desdobramentos práticos de ambas situações, não se depreende consequências ou efeitos significativamente diversos, ainda considerando a afinidade do tratamento dos direitos difusos e direitos coletivos *stricto sensu*⁸. Inevitavelmente tanto nas ações pseudoindividuais

8 Importa relembrar as lições de José Carlos Barbosa Moreira (1991) que tratava os direitos individuais homogêneos como direitos acidentalmente coletivos, enquanto os direitos difusos e coletivos *stricto sensu* seriam direitos essencialmente coletivos.

quanto nas ações individuais com efeitos coletivos, a eficácia da decisão prolatada na demanda individual atingirá uma coletividade de pessoas indeterminadas, mesmo que, determináveis enquanto grupo, classe ou categoria. Seguindo tal entendimento, passa-se a referir ambas situações como “ações pseudoindividuais”, abrangendo, em tal termo, também as ações individuais com efeitos coletivos.

4. TUTELA JURISDICIONAL ADEQUADA ÀS AÇÕES PSEUDOINDIVIDUAIS

A despeito dos problemas observados, decorrentes do ajuizamento de ações pseudoindividuais, não há previsão legal para o adequado tratamento destes casos pelo Judiciário. No entanto, verifica-se que a legislação vigente, apoiada também no entendimento jurisprudencial, fornece alguns mecanismos aptos a equacionar os prejuízos que podem advir do tratamento dessas demandas puramente como pleitos individuais.

Como visto anteriormente, para Kazuo Watanabe a solução seria a inadmissão das demandas pseudoindividuais quando identificadas pelo julgador. Se assim procedesse o juiz e a ação coletiva em trâmite (relativa ao pleito pseudoindividual) fosse julgada improcedente, poderia o autor individual ajuizar nova demanda, igualmente individual, veiculando o mesmo pedido outrora inadmitido. Isso porque a coisa julgada coletiva não pode prejudicar o direito individual dos interessados (art. 103, § 1º, CDC), e, considerando que a natureza da decisão de inadmissão da ação individual nesses casos seria de sentença terminativa (art. 485, VI, CPC)⁹, não há óbice da propositura de nova ação pelo autor individual (art. 486, CPC). Nesse contexto, entende-se mais adequada a solução pro-

Teori Albino Zavascki (2009) também tratava o tema diferenciando a tutela de direitos coletivos, para os direitos difusos e coletivos *stricto sensu*, da tutela coletiva de direitos, quando se trata de direitos individuais homogêneos, em razão da sua natureza de direito subjetivo individual.

9 Tal entendimento decorre da ilegitimidade do indivíduo para propositura da ação coletiva (art. 82 do CDC e art. 5º da Lei 7.347/85) bem como da ausência de interesse de agir do autor individual, visto que já existente demanda coletiva capaz de atender ao seu pleito de forma mais adequada, conforme entendimento doutrinário e jurisprudencial já referido nesse trabalho.

posta por Fredie Didier Júnior e Hermes Zaneti Júnior (2018), também acolhida pela jurisprudência do STJ, de suspensão *ex officio* das demandas individuais que veiculem pedido já discutido em ação coletiva, sob os fundamentos anteriormente abordados.

Por óbvio, solução diversa deve ser dada quando o magistrado identifica ação pseudoindividual sobre a qual não há ação coletiva ajuizada com o mesmo objeto. Para esses casos entende-se plenamente possível a aplicação do art. 139, X, CPC, devendo o juiz oficiar qualquer dos legitimados coletivos, arrolados no art. 82 do CDC e art. 5º da Lei 7.347/85, para a propositura da ação coletiva respectiva¹⁰. Nesse ínterim, a ação individual ficaria suspensa até a resolução da ação coletiva ajuizada, ou retomaria seu curso caso o legitimado entendesse não se tratar de pedido de natureza coletiva.

Importa salientar, por fim, que houve uma tentativa de positivação do tratamento dessas demandas durante a elaboração do CPC vigente. Não por acaso, proposto por Kazuo Watanabe, o incidente de conversão de ação individual em ação coletiva vinha disposto no art. 333, CPC, cujo objeto era justamente o tratamento adequado das ações pseudoindividuais. No entanto, tal previsão foi alvo de veto presidencial, restando excluída da redação final do diploma processual vigente.

De fato, entende-se por acertado o veto, uma vez a redação do artigo referido apresentava certas incongruências e vaguezas que poderiam levar ao uso inapropriado ou distorcido do incidente. No entanto, acredita-se que, depuradas suas impropriedades, a conversão de ação individual em ação coletiva seria um valioso instrumento para o incremento da tutela adequada desses litígios (COELHO, 2019). Não obstante, o Projeto de Lei 8.058/2014, que trata do controle e intervenção em políticas públicas pelo Poder Judiciário, traz em seu art. 30 uma previsão de conversão com redação bem similar à vetada. Pode-se aproveitar a oportunidade para a adequação da conversão ao modelo processual vigente, através de um amadurecimento de sua redação e disciplina legal.

10 A despeito da redação expressa do art. 139, X, CPC vincular essa possibilidade a repetição de diversas demandas individuais, entende-se que seria aplicável também quando identificada uma ação pseudoindividual, dada a repercussão coletiva do pedido individual e a característica de prevenção de ajuizamento de múltiplas demandas individuais que tal iniciativa proporcionaria.

5. CONCLUSÃO

A despeito da identificação pontual da existência de direitos individuais e direitos coletivos, tutelados de maneira diversa, não raro essas esferas se sobrepõem, criando, assim, uma zona de penumbra, na qual se tem concomitantemente ofensa a direito individual e coletivo. Nesse particular situam-se as chamadas ações pseudoindividuais, que, embora sejam ajuizadas como ação individual veiculando pedido individual, sua eventual procedência gerará efeitos a toda coletividade.

O tratamento dessas demandas ainda não encontra uma previsão legal específica, motivo pelo qual defende-se a aplicação de mecanismos e instrumentos já inseridos na legislação e jurisprudência pátria, como a suspensão das ações individuais cujo objeto seja tratado em ação coletiva e a notificação aos legitimados para o ajuizamento da respectiva ação coletiva. Outrossim, entende-se pela necessidade de disciplina própria para esses casos. Era o que previa o acertadamente vetado art. 333, visto que carecia de reparos em sua redação e estrutura. Nesse sentido, havendo previsão similar no PL 8.078/90, tem-se uma oportunidade de rever esse instituto, para que, ante o seu aprimoramento, possa tutelar essas situações de forma adequada.

REFERÊNCIAS

ARAUJO, Luiz Paulo da Silva. Ações coletivas: a tutela jurisdicional dos direitos individuais homogêneos. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de Setembro de 1990. Dispões sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 12 set. 1990.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de Março de 2015. Código de Processo Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 17 mar. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (Segunda Seção). Recurso Especial n. 1.110.549/RS. Relator Min. Sidnei Beneti. Julgado em 28 out. 2009.

COELHO, Fernanda Rosa. Conversão da ação individual em ação coletiva: o veto presidencial ao artigo 333 do Código de Processo Civil. 2019. 135 f. Traba-

lho de conclusão de curso (Graduação em Direito). Fundação Escola Superior do Ministério Público, Porto Alegre, 2019.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hermes. Curso de direito processual civil: processo coletivo. v.4. 12. ed. Salvador: Juspodivm, 2018.

FONSECA, Bruno Gomes Borges da. Acesso à justiça e ações pseudoindividuais: (i)legitimidade ativa do indivíduo nas ações coletivas. Revista de Processo, São Paulo: Revista dos Tribunais, v.203, jan-2012.

GIDI, Antonio. Coisa julgada e litispêndência em ações coletivas. São Paulo: Saraiva, 1995.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Ações coletivas para a tutela do ambiente e dos consumidores – a Lei 7.347 de 24.7.85. Revista de Processo, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 44, out./dez. 1986.

GRINOVER, Ada Pellegrini. O projeto de novo CPC e sua influência no minissistema de processos coletivos: a coletivização dos processos individuais. 2014. *Online*. Disponível em: www.direitoprocessual.org.br/download.php?f=-85279db26f1a8525c3364c6f378cc9ca. Acesso em: 16 out. 2019.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Jurisdição coletiva e coisa julgada: teoria geral das ações coletivas. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Litisconsórcio unitário. Rio de Janeiro: Forense, 1972.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Ações coletivas na Constituição Federal de 1988. Revista de Processo, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 61, p. 187, jan. 1991.

PORTO, José Roberto Sortero de Mello. Conversão da ação individual em coletiva no novo CPC: em veto que não se sustenta. *Conjur*. 2016. *Online*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-abr-19/tribuna-defensoria-conversao-a-cao-individual-coletiva-cpc>. Acesso em: 12 nov. 2018.

VITORELLI, Edilson. O devido processo legal coletivo: Dos direitos aos litígios coletivos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

WATANABE, Kazuo. Relação entre demanda coletiva e demandas individuais. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 139, set-2006.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.



O PAPEL DA LEGITIMIDADE ATIVA NAS AÇÕES COLETIVAS: UM INSTRUMENTO PARA CONVALIDAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS¹

THE ACTIVE LEGITIMACY ROLE IN CLASS ACTIONS: AN INSTRUMENTO FOR THE CONVALIDANTION OF FUNDAMENTAL RIGHTS

EDUARDA SCHILLING LANFREDI²

Resumo: Considerando a importância que a sociedade tem para a estruturação e para o desenvolvimento das relações interpessoais e sociais, o presente trabalho tem como propósito analisar os reflexos ocasionados no âmbito do processo coletivo. Para tanto, inicia-se o trabalho abordando o advento das ações coletivas como uma necessidade emanada do contexto social. Em seguida, é tratada a legitimação para a propositura dessas ações. Por fim, verifica-se se as ações coletivas, por intermédio de seus legitimados ativos, convalidam os direitos fundamentais da ordem individual, social e democrática. Para tanto, adotou-se o método indutivo e a técnica de pesquisa bibliográfica. Desta forma, observou-se que as ações coletivas, nas suas mais variadas nuances, convalidam os direitos fundamentais propagados pelo novo Estado de Direito.

Palavras-chaves: Ações Coletivas. Legitimidade. Direitos Fundamentais.

Abstract: Considering the importance that society has for the structuring and development of interpersonal and social relations, this paper aims to

1 Artigo escrito para o VI Seminário Nacional de Tutelas à Efetivação de Direitos Indisponíveis realizado pela Fundação Escola Superior do Ministério Público – FMP, na linha de pesquisa Tutelas à Efetivação de Direitos Transindividuais, no eixo temático Garantias Processuais dos Bens Transindividuais.

2 Advogada, Especialista em Direito de Família e Sucessões pela Fundação Escola Superior do Ministério Público – FMP, Mestranda em Direito pela Fundação Escola Superior do Ministério Público – FMP, e-mail: eslanfredi@hotmail.com

analyze the reflexes caused within the collective process. Therefore, the work begins by approaching the advent of collective actions as a necessity emanating from the social context. Then, the legitimation for the filing of these actions is treated. Finally, it is verified whether collective actions, through their legitimate assets, validate the fundamental rights of the individual, social and democratic order. Therefore, the inductive method and the technique of bibliographic research were adopted. Thus, it was observed that collective actions, in their most varied nuances, validate the fundamental rights propagated by the new rule of law

Keywords: Collective actions. Legitimacy. Fundamental rights.

1. INTRODUÇÃO

A sociedade sempre desempenhou papel determinante e fundamental na forma com que as relações desenvolvem-se e estruturam-se. Com as modificações históricas e sociais que foram sucedendo ao longo do tempo, necessitou adaptar-se aos novos anseios coletivos e instituir mecanismos que pudessem suprir as demandas existentes e minorar os conflitos de interesses decorrentes desta transmutação havida.

No caso, com o crescimento dos litígios em massa e da impossibilidade da prestação da tutela jurisdicional permanecer se dando de forma causídica e individualizada como vinha ocorrendo, foi necessário repensar o sistema processual existente, a fim de que as demandas, independentemente do número de interesses ou interessados envolvidos, pudessem ser atendidas de forma célere, efetiva e eficaz.

Dessa forma, surgiu a noção das ações coletivas.

O presente artigo, portanto, abordará o advento das ações coletivas como uma necessidade emanada do contexto social, ante o aparecimento da multiplicidade de relações.

Logo em seguida, demonstrar-se-á a legitimidade ativa dessas demandas, no caso, quais órgãos podem demandar em Juízo e de que forma essa legitimação irá ocorrer.

Ao final, verificar-se-á se as ações coletivas, por intermédio de seus legitimados ativos, ordinários ou extraordinários, convalidam os direitos fundamentais da ordem individual, social e democrática.

2. A ORIGEM E AS ATRIBUIÇÕES DO PROCESSO COLETIVO

A sociedade sempre desempenhou papel determinante e fundamental na forma com que as relações desenvolvem-se e estruturam-se. Com as modificações históricas e sociais que foram sucedendo ao longo do tempo, necessitou adaptar-se aos novos anseios coletivos e instituir mecanismos que pudessem suprir as demandas existentes e minorar os conflitos de interesses decorrentes desta transmutação havida.

No caso, o desenvolvimento social acarretou o crescimento de litígios, uma vez que, ao ser reconhecido o sujeito como detentor de garantias fundamentais, permitiu-se e ampliou-se o direito da busca pela tutela jurisdicional em caso de violação ou atuação arbitrária.

Dessa forma, o indivíduo passou a perceber o Judiciário como o instrumento indispensável e proeminente para a resolução do litígio instaurado, esperando que a resposta manifestada fosse adequada e correta.

Ocorre que essa resignificação da importância do Poder Judiciário e do consequente acesso à justiça fez com que as decisões proferidas deixassem de atender as efetivas necessidades e propósitos almejados pelas partes. (MENDES, 2012, p. 31/32).

Assim, para que as demandas pudessem ser atendidas de um modo mais equânime, equilibrado e em conformidade com as garantias inerentes ao indivíduo, foi preciso repensar a tutela outorgada pelo Estado; o ordenamento, até então eminentemente individualista, cedeu espaço para um sistema permeado e caracterizado pela coletividade. (GUERRA, 2012, p. 477).

A nova sociedade, revestida pela multiplicidade de relações, onde os conflitos foram se originando de forma cada vez mais massificada, não conseguiria subsistir se permanecesse atuando de forma casuística e isolada, a tutela adequada não conseguiria ser prestada. (DIDIER JR.; ZANETTI JR., 2010, p. 32).

Logo, apenas com a racionalização da justiça é que as demandas passariam a ser supridas corretamente e poderiam atender a sua finalidade social. Posto que, não adiantava que a demanda permanecesse sendo interposta individualmente, se a finalidade para qual foi ajuizada não seria cumprida.

O processo, com o advento do Estado Democrático de Direito, passou a ser entendido como o meio pelo qual as garantias fundamentais seriam perfectibilizadas, de forma que, se as tutelas coletivas permitiam a concretização desses ideais, deveriam ser valoradas no ordenamento. (GUERRA, 2012, p. 479).

Assim, para atender justamente as novas diretrizes instituídas por esse modelo social e estatal, é que surgiram as ações coletivas.

As ações coletivas acabaram inspirando-se nos class actions instituídas nos Estados Unidos, uma vez, além de terem sido incorporadas a um sistema capitalista, possibilitavam que indivíduos de poder econômico aquisitivo ínfimo ou sujeitos indeterminados pudessem ter acesso à tutela jurisdicional e obter os resultados decorrentes da mesma, ainda que não houvessem integrado o feito. (BARBUGIANI; BELLINETTI, 2018, p. 394).

No entanto, aqui no Brasil essa modalidade de processo acabou adotando um perfil diferenciado, já que, enquanto nos Estados Unidos se difunde a necessidade do ajuizamento partir dos sujeitos individuais, a fim de obterem condenações vultuosas, aqui, os direitos almejados podem ser alcançados através da atuação de associações e organizações não governamentais. As ações coletivas no Brasil, portanto, se caracterizam pelo sistema misto. (BARBUGIANI; BELLINETTI, 2018, p. 395).

De todo modo, independentemente da forma de sua internalização, as ações coletivas possibilitaram que, através da substituição processual, os direitos requeridos - difusos, coletivos ou individuais homogêneos, fossem resguardados de modo célere, equânime e eficaz. (GUERRA, 2012, p. 477).

Entretanto, para que o direito fosse obtido dessa maneira, alguns ajustem necessitaram serem realizados dentro do processamento do feito, dentre eles a legitimidade para propositura desta modalidade de ação.

Deste modo, apenas com os avanços legislativos, marcados, principalmente, pela criação da Lei da Ação Civil Pública – 7.347/85 e do Código de Defesa do Consumidor – Lei 8.078/90, que o processo coletivo começou a ser propagar de maneira mais significativa no ordenamento jurídico e que a legitimidade, em suas diversas versões, passou a ser entendida como requisito indispensável a convalidação do direito pretendido, conforme passar-se-á a demonstrar.

3. OS DESDOBRAMENTOS DA LEGITIMIDADE ATIVA NAS AÇÕES COLETIVAS E SEU PROPÓSITO DE CONVALIDAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A legitimidade, em lato sensu, trata-se de uma condição da ação, uma vez que o indivíduo que procede a interposição de determinado fei-

to necessita ser detentor do direito pleiteado ou ter recebido uma outorga judicial para representar o interesse de terceiro.

A legitimidade poderá se dar de forma ordinária ou extraordinária. A legitimidade ordinária irá se configurar quando o autor da ação referir-se a aquele que fora originalmente incumbido na tutela desse direito; enquanto a legitimidade extraordinária sucederá quando outrem demandar direito de terceiro em nome próprio, ou seja, quando ocorrer a incumbência de representação do direito postulado. (ZAVASCKI, 2017, p. 70).

No entanto, a legitimidade extraordinária encontra algumas restrições por parte da doutrina, em razão de entenderem que, o disposto no artigo 18 do Código de Processo Civil, que impossibilita a atuação do direito de outrem em Juízo, apenas poderia ser utilizada de modo incidental; a regra, seria a legitimidade ordinária. (DIDIER JR.; ZANETI JR., 2010, p. 204).

Ademais, a representação possibilitada pela legislação, no parágrafo único do dispositivo acima mencionado, apenas poderia ser considerada válida e legítima se devidamente adequada para o propósito para qual fora instituída.

Ocorre que, como no ordenamento jurídico brasileiro inexistem meios de controle da representação adequada, não haveria como saber se o suposto legitimado está efetivamente apto para tutelar o direito discutido; de modo que a legitimidade extraordinária permaneceria sendo uma espécie controversa e alvo de objeções.

De todo modo, independentemente da forma de legitimidade, ela possibilitará que os propósitos das ações coletivas, de fato, sejam alcançados, já que autoriza, no artigo 5º da Lei Civil Pública e no artigo 82 do Código de Defesa do Consumidor, a atuação conjunta dos mais variados órgãos e instituições.

Ainda que o rol de legitimados seja extenso, incluindo o cidadão no caso da interposição de ação popular, os que acabam atuando de forma mais direta e contundente são o Ministério Público e a Defensoria Pública, seja pelas atribuições típicas que lhe são inerentes, sejam pelas possibilidades legais que lhe são concedidas.

Inclusive, os dois membros podem atuar conjuntamente na tutela de quaisquer interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, formando, no entanto, apenas um litisconsórcio facultativo; já que a atuação conjunta se trata de uma faculdade e não de uma imposição legal. (MARINONI; ARENHART, 2006, p. 729).

De todo modo, o Ministério Público, seja na condição conjunta ou isolada, legítima e eleva as ações coletivas a um patamar de destaque,

visto que atuará em todas as situações, sendo autor da demanda ou fiscal da lei. (MENDES, 2012, p. 245).

Tal fato se fundamenta nas próprias atribuições institucionais do Ministério Público que, além de ser um órgão eminentemente constitucional, tem como propósito a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. (MENDES, 2012, p. 246).

Na verdade, como o Ministério Público é considerado um órgão autônomo e desvinculado dos três Poderes estatais pode buscar a responsabilização da administração pública sem que qualquer óbice, impedimento ou sanção seja lhe atribuído. Acabou assumindo, portanto, um caráter político social, já que atue em nome e em prol do cidadão e da própria cidadania. (BARBUGIANI; BELLINETTI, 2018, p. 388).

Contudo, ainda que se reconheça a sua relevância de atuação, em face da inexistência de previsão legal acerca da legitimidade para a tutela de interesses individuais homogêneos, acabou sendo criado um impasse dentro do ordenamento. Posto que, por um período significativo, a doutrina e dos Tribunais, em razão do caráter legalista, entendiam que o Ministério Público não poderia atuar em causas que versassem sobre a modalidade de direitos, acima referida. (MENDES, 2012, p. 247).

Com o tempo, entretanto, esse posicionamento foi sendo modificado, já que a atribuição do Ministério Público foi redimensionada, sendo admitida a sua intervenção quando determinado interesse social expressivo se fizer presente. Ou seja, quando o bem em litígio for relevante e quando as pessoas envolvidas, pelas condições apresentadas, causarem um impacto de dimensão social significativa, a legitimação do Ministério Público será inafastável. (MENDES, 2012, p. 247).

Uma das situações onde a atuação do Ministério Público já se encontra convalidada refere-se aos casos onde se almeja a tutela de direito de trabalhadores que laboram em condições insalubres ou questões educacionais, como quando constatada a abusiva ou ilegalidade nas mensalidades escolares cobradas. (MENDES, 2012, p. 248).

De toda forma, cumpre destacar que essa modalidade de atuação por parte do Ministério Público ainda não é autorizada para casos que versem sobre questões de ordem previdenciária ou tributária. Aqui, inexistiria o relevante interesse social que justificasse a sua intervenção. (DIDER JR.; ZANETI JR., 2010, p. 214).

Contudo, independentemente da forma como a atuação do Ministério Público se sucederá, muito debateu-se se a sua legitimidade seria ordinária ou extraordinária. Chegou-se à conclusão que a condução por

parte do referido órgão se reveste de legitimidade extraordinária, uma vez que, embora atue em nome próprio, ante a outorga e capacidade legal específicas lhe concedidas, os interesses que estão sendo perseguidos pertencem e sempre pertencerão a terceiros. (MENDES, 2012, p. 243).

Assim, o Ministério Público atua como substituto processual, mas não como o efetivo titular do direito demandado.

Ocorre que essa substituição não implica na substituição efetiva do titular na relação de direito material, mas apenas na relação processual, uma vez que o titular permanecerá sendo o sujeito de direito e não o órgão que o representa. (ZAVASCKI, 2017, p. 146).

Assim, o substituto não poderá, por exemplo, transacionar direitos disponíveis daquele que lhe conferiu legitimidade, podendo, no entanto, impulsionar o cumprimento da sentença, dando efetividade aquilo que foi proferido. (ZAVASCKI, 2017, p. 147/148).

A Defensoria Pública, por sua vez, ainda que também tenha uma atuação expressiva frente a tutela das ações coletivas, apenas foi incumbida nessa condição recentemente. Isto porque, tão somente com o advento da Lei 11.448/2007, que passou a integrar o rol de legitimados extraordinários para propositura da ação coletiva. (ALMEIDA, 2012, p. 70).

Até então, a sua atuação se limitava apenas para defender interesses de classe economicamente hipossuficiente ou, por força do artigo 82, III do Código de Defesa do Consumidor, para promover ação na defesa de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos. (DIDIER JR.; ZANETI JR., 2010, p. 217).

No entanto, com a alteração legislativa, acima referida, passou a ter legitimidade ativa plena perante o processo coletivo. O único impedimento que permanece sendo lhe imposto diz respeito a execução individual das sentenças coletivas; a Defensoria tem legitimidade para pleitear o direito, mas, sendo ele configurado e concedido as partes, cada uma deverá executá-la e liquidá-la individualmente.

Contudo, isso acaba apenando o sistema e o impossibilitando que cumpra integralmente com as suas atribuições e propósitos; o papel desempenhado pelos legitimados frente as ações coletivas deve ser amplo, uma vez que se encontram atuando em prol e em nome de terceiro necessitado.

De todo modo, ainda que o sistema do processo coletivo penda de determinados ajustes, a sua internalização no ordenamento jurídico brasileiro convalidou todos os direitos fundamentais trazidos pelo Estado Democrático de Direito.

As ações coletivas, portanto, legitimaram e fizeram cumprir com o papel pelo qual o Estado Democrático de Direito foi instituído, uma vez que, através da ampliação ao acesso à justiça, possibilitaram que os direitos e garantias fundamentais do indivíduo e da ordem democrática fossem, verdadeiramente, efetivados e legitimados.

4. CONCLUSÃO

As ações coletivas tratam-se da inovação instituída pelo sistema processual civil, em face das transmutações sociais ocorridas e dos impactos ocasionados nas relações firmadas.

No caso, com o aumento significativo de conflito de interesses, apenas com a internalização de um processo coletivo, que visasse racionalizar a justiça, é que as demandas poderiam ser supridas corretamente.

Dessa forma, ao determinar legitimados para ajuizarem essas ações e solucionarem, por consequência, os litígios apontados, a noção do processo como instrumento de perfectibilização das garantias fundamentais se convalida.

Isto porque, ao instituir-se a figura da representação e da substituição, permite-se o amplo acesso à justiça, fazendo com que a tutela jurisdicional seja prestada de modo amplo, irrestrito e eficaz, uma vez que se possibilita a atuação de terceiro em nome e em prol de direito de outrem.

Assim, as ações coletivas podem ser entendidas como o instrumento que legitima e cumpre com o papel do próprio Estado Democrático de Direito, uma vez que, através das suas particularidades, possibilitam que os direitos e garantias fundamentais do indivíduo e da ordem democrática sejam, verdadeiramente, efetivados e legitimados.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Marcelo Pereira de. *Processo Coletivo: teoria geral, cognição e execução*. São Paulo: LTR, 2012.

ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela coletiva de interesses individuais: para além dos interesses individuais homogêneos – 2ª ed. revista, atualizada e ampliada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

ARENHART, Sérgio Cruz. Curso de processo civil coletivo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

BARBUGIANI, Fernando Augusto Sormani; BELLINETTI, Luiz Fernando. A legitimidade democrática do Ministério Público brasileiro para a tutela de interesses coletivo. In Revista de Processo – ano 43, vol. 277, março/2018. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. Curso de direito processual civil: processo coletivo – 5ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2010.

GRINOVER, Ada Pellegrini. As garantias constitucionais do processo nas ações coletivas, 1987, p. 195. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67100/69710>. Acesso em 02 de nov. de 2019

GUERRA, Márcia Vitor de M. e. Legitimidade ativa nas ações coletivas: adequação axiológica ao atual modelo de direito coletivo. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie Souza; ARAÚJO, José Henrique Mouta; MAZZEI, Rodrigo Reis (Coords.). Tutela jurisdicional coletiva: 2ª série. Salvador: Jus Podivm, 2012.

LEONEL, Ricardo de Barros. Manual do processo coletivo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

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. 14 ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Manual do processo de conhecimento – 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. Ações coletivas e meios de resolução coletiva de conflitos no direito comparado e nacional – 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

ZAVASCKI, Teori Albino. Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos – 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.



**A ATUAÇÃO DO AMICUS CURIAE NO INCIDENTE
DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS:
ENTRE DEMOCRATIZAÇÃO DO PROCESSO E
(NÃO) REPRESENTAÇÃO DOS AUSENTES**

**AMICUS CURIAE'S PERFORMANCE IN THE INCIDENT
OF RESOLUTION OF REPETITIVE DEMANDS:
BETWEEN DEMOCRATIZATION OF THE PROCESS AND
(NON) REPRESENTATION OF THE ABSENT**

GUSTAVO LEDUR¹

Resumo: Por meio da revisão da legislação, bem como da doutrina nacional e estrangeira, através do uso do método lógico-dedutivo, a presente investigação tem como objetivo analisar o instituto do *amicus curiae*, desde o seu tratamento e evolução no ordenamento jurídico brasileiro, até a sua atuação no procedimento do IRDR, instituído pelo CPC/15. Em razão da ausência de tratamento legal acerca da representação dos ausentes no processamento do IRDR, e considerando a formação de coisa julgada *erga omnes* no âmbito do incidente, objetiva-se verificar a viabilidade ou não da utilização do *amicus curiae* para atuar como representante adequado daqueles que não poderão exercer o efetivo direito ao contraditório na resolução da questão de direito repetida. Concluiu-se

1 Bacharelado em Direito pela UFRGS. Integrante do grupo de estudos “Processo Civil no Estado Constitucional”, coordenado pelo Prof. Dr. Daniel Mitidiero, e do grupo de pesquisa “Garantias processuais civis dos bens transindividuais”, do Programa de Pós-Graduação em Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público, coordenado pelo Prof. Dr. Handel Martins Dias e vinculado no CNPq ao Grupo de Estudos Tutelas à Efetivação dos Direitos Transindividuais. E-mail: gus-tavoledur@hotmail.com.

que o *amicus curiae*, compromissado com suas funções de auxílio da corte e de democratização do processo, não pode atuar como representante dos ausentes.

Palavras-chave: *Amicus curiae*. IRDR. Representatividade adequada.

Abstract: Through the revision of the legislation and the national and international doctrine, the present study aimed to analyze the institute of *amicus curiae*, from its treatment and evolution in the Brazilian legal system, to its performance in the procedure known as IRDR, instituted by the Brazilian Code of Civil Procedure. Due to the lack of legal treatment regarding the representation of absentees in the processing of the IRDR, and considering the formation of collateral estoppel in the scope of the procedure, the objective of this study is to verify the feasibility of using *amicus curiae* to act as an adequate representative of those who will not be able to exercise the effective right to be heard in the process. It was concluded that the institute of *amicus curiae*, committed to its functions of assisting the court and democratizing the process, cannot act as a representative of the absentees. The method used for the investigation was the logical-deductive.

Keywords: Adequacy of representation. *Amicus curiae*. IRDR.

1. INTRODUÇÃO

O escopo do presente trabalho é analisar o instituto do *amicus curiae*, destacando suas funções e analisando sua evolução no ordenamento jurídico pátrio, a fim de verificar se tal instituto pode vir a suprir a carência da legislação processual em se preocupar com a representação adequada dos litigantes excluídos do processamento do incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR), técnica processual instituída pelo Código de Processo Civil de 2015.

O trabalho está dividido em duas partes: no primeiro capítulo, far-se-á uma explanação acerca do instituto do *amicus curiae*, destacando sua função originária, a sua atuação no direito positivo (principalmente após a promulgação do CPC/15), e apontando as novas concepções acerca da sua função dentro do processo civil. No segundo capítulo, será feita uma contextualização acerca do incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR), técnica processual instituída pelo CPC/15, destacando

do, de maneira breve, os seus objetivos, o processamento do instituto, a posição adotada acerca da natureza da decisão, a problemática existente no tocante à despreocupação do legislador com a representação dos excluídos na resolução da questão de direito repetida objeto do incidente, e a possibilidade ou não da utilização do *amicus curiae* para atuar como um representante adequado dos excluídos no incidente, semelhante à utilização da figura do *litigant amicus* do direito norte-americano.

Por fim, serão expostas as conclusões obtidas acerca da não viabilidade da utilização do *amicus curiae* como um meio de garantir o exercício do contraditório dos ausentes no âmbito do IRDR.

2. O AMICUS CURIAE E SUA PREVISÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

O *amicus curiae*, também denominado “amigo da cúria” ou “amigo da corte” é definido como o terceiro que participa de processos judiciais com o objetivo de adicionar informações de cunho relevante aos julgadores ou fornecer pareceres sobre matérias que sejam de seu domínio e interesse (BISCH, 2010). Apesar da origem do instituto ser incerta, é notório o seu desenvolvimento no direito anglo-saxão, em razão da sua grande utilidade nos ordenamentos pautados pelo sistema de precedentes. Entretanto, foi no direito norte-americano que o amigo da corte se difundiu com maior amplitude nos tribunais, trazendo grandes contribuições aos processos que presenciaram sua atuação (SILVA; BRONSTRUP, 2012).

No direito brasileiro, o Código de Processo Civil (Lei n. 13.105/2015) prevê, em seu artigo 138, que o julgador, ao considerar a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia, poderá solicitar ou admitir - quando mediante requerimento das partes ou de quem pretende intervir - a participação de pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada no processo. Trata-se, em suma, da positivação da figura do *amicus curiae* na nova legislação processual civil brasileira.

Todavia, é importante destacar que a figura do *amicus curiae* não é uma inovação da legislação processual civil de 2015. Na verdade, antes mesmo da previsão no CPC/15 já era possível encontrar hipóteses de intervenção do instituto no direito positivo brasileiro.

Carlos Gustavo Rodrigues Del Prá destaca, em sua obra, as principais formas de atuação do instituto no período que antecedeu o CPC, a saber: (a) a atuação da Comissão de Valores Mobiliários (CMV) em processos cujo objeto seja de sua competência; (b) a participação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), conforme previsão do art. 89 da Lei 8.884/94, naqueles casos de incidência da lei referida; (c) a intervenção do Instituto Nacional de Propriedade Industrial (INPI), em ações de nulidade de patente ou registro, conforme previsão dos artigos 57 e 175, da Lei 9.279/96, e ainda do art. 2 da Lei 5.648/70; (d) a participação de terceiros nos casos de controle de constitucionalidade (abstrato e difuso); (e) a intervenção dos cidadãos para o controle da correta aplicação da legislação federal nos incidentes de uniformização previstos pela Lei dos Juizados Especiais Federais, bem como no recurso extraordinário das decisões tomadas no âmbito destes incidentes (DEL PRÁ, 2011).

Com o advento do CPC/15, o *amicus curiae* foi enquadrado como uma das categorias de intervenção de terceiros previstas pela legislação processual civil (juntamente da assistência, da denúncia à lide, do chamamento ao processo e da desconsideração de personalidade jurídica), considerando-se adequado o tratamento dado pelo legislador ao instituto, já que traduz bem o papel desenvolvido pelo *amicus curiae* no âmbito do processo, não possuindo a qualidade de parte, não possuindo relação jurídica substancial com as partes atuantes na lide e não estando sujeito aos efeitos da coisa julgada (GUEDES, 2019).

Há que se destacar que, nada obstante o CPC tenha enquadrado o *amicus curiae* como uma das hipóteses de intervenção de terceiro no processo, a sua atuação possui um objetivo diverso daqueles pretendidos pelas demais modalidades. Cássio Scarpinella Bueno pontua que a justificativa da atuação do *amicus curiae* é o fato de ele ser portador de um “interesse institucional”, o qual pode ser entendido, segundo o autor, como aquele que transcende a esfera jurídica de um indivíduo, se enquadrando como um direito metaindividual, de titularidade da sociedade ou de grupos dela integrantes, característica própria de uma sociedade pluralista e democrática (BUENO, 2011). A atuação do *amicus curiae* está ligada, na verdade, à representação dos interesses da sociedade, ou de determinados grupos/setores dela integrantes (GUEDES, 2019).

O instituto possibilita que terceiros, não integrantes de um determinado processo, possam intervir quando o debate posto envolver questões de notória relevância social, de modo que esta intervenção proporcione uma significativa ampliação do debate, no sentido de complementar a discussão com

elementos importantes, que transcendam aqueles postos pelas partes no processo, e que fujam do conhecimento do próprio julgador. A utilização do instituto permite a democratização da discussão sobre o tema debatido na lide, ou seja, permite a sua manifestação acerca dos variados pontos de vista existentes na sociedade sobre o tema, considerando o impacto que decisões futuras terão sobre integrantes do tecido social. Assim, referidas decisões, além de compreenderem argumentos mais qualificados, estariam igualmente em maior consonância com as expectativas sociais (SILVA e BRONSTRUP, 2012).

Neste sentido, nota-se que o *amicus curiae* manteve a função originalmente atribuída ao instituto, ou seja, a de fornecer elementos (tanto fáticos quanto jurídicos) ao julgador, a fim de construir uma melhor decisão, em benefício da corte. Ainda, o instituto, em sua evolução nos mais diversos ordenamentos jurídicos, desenvolveu outra função igualmente importante, passando a ser também um mecanismo de participação da sociedade em assuntos de seu amplo interesse (DEL PRÁ, 2011).

Tatiana Machado Alves pontua que o escopo da participação do *amicus curiae* não é o de favorecer qualquer das partes integrantes da lide, embora os elementos trazidos em sua manifestação possam vir a corroborar as argumentações trazidas por uma ou outra parte. Segundo o entendimento da autora, considerando a ideia de incidência do direito sobre fatos, é essencial que o julgador tenha acesso à toda questão fática que integra a lide, justamente para que tal decisão esteja mais próxima ao ideal de justiça, e que atenda aos fins do processo (ALVES, 2016).

3. A ATUAÇÃO DO AMICUS CURIAE NO IRDR: ENTRE DEMOCRATIZAÇÃO DO PROCEDIMENTO E (NÃO) REPRESENTAÇÃO DOS AUSENTES

O IRDR (incidente de resolução de demandas repetitivas) foi instituído pelo CPC/15, disciplinado entre os artigos 976 e 987, e surgiu como um meio de resolução de demandas múltiplas que dependam da análise de uma mesma questão unicamente de direito. Tal incidente será suscitado quando houver “efetivo risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica” (MARINONI, 2016).

Dessa forma, a partir da constatação de uma efetiva repetição de demandas que possuam uma questão comum de direito, o CPC/15 dispõe

que, de ofício ou mediante requerimento, poderá ser suscitado o incidente, de modo a levar ao tribunal competente a controvérsia, suspendendo-se a tramitação de todos os processos que tenham aquela mesma questão como prejudicial à apreciação do objeto central discutido (MENDES, 2017). Tais questões repetitivas podem estar relacionadas tanto a direito material quanto processual (DIDIER JR.; ZANETI JR., 2016). O objetivo do incidente, portanto, está voltado ao exame de questões homogêneas de direito que estejam inseridas no âmbito dos processos pulverizados, sejam eles individuais ou coletivos (CAVALCANTI, 2016).

Torna-se oportuna, pois, a abertura do incidente perante o tribunal correspondente à jurisdição onde é constatada a repetição de processos com a incidência da mesma questão de direito, a fim de que este analise a controvérsia concernente àquela questão em uma ou mais causas (conhecida(s) como a(s) causa(s)-piloto), de modo a firmar um único entendimento sobre a referida questão, para posteriormente aplicá-lo de maneira paritária a todas as demandas, primando-se, assim, pela primazia dos princípios constitucionais da segurança jurídica e da isonomia.

Todavia, não há, na disciplina do instituto na legislação processual civil, preocupação com a vontade ou capacidade técnica da parte atuante no processamento do incidente (tanto no polo ativo, quanto no polo passivo) para estar à frente dos excluídos da definição da questão de direito. Não há importância, à título exemplificativo, se a parte possui condições financeiras de sustentar eventuais deslocamentos de seu advogado à sede do tribunal onde ocorre o processamento do feito, ou se o próprio advogado está habituado a participar de sustentações orais para a defesa da parte. Na verdade, pode-se dizer que a redação do IRDR no CPC/15 parte do pressuposto de que os interessados na decisão a ser proferida (e que possuem direito constitucional à discussão da questão) não necessitam ser representados adequadamente, de modo que, tal como está posto no código, a técnica processual ora referida nega aos interessados o direito a um dia perante a Corte, sendo pouco relevante a sua efetiva participação ou representação adequada (MARINONI, 2016).

No âmbito do IRDR, verifica-se que não apenas a decisão favorável, mas também a decisão desfavorável vinculará todos os processos repetitivos, inclusive os excluídos do processamento do incidente. Verifica-se que o IRDR traz a possibilidade de concretização, no Brasil, dos mesmos efeitos da ação coletiva passiva dos EUA, porém sem o correspondente controle de representatividade existente naquele modelo. Uma vez que o não-participante da lide pode vir a ser atingido por

uma decisão desfavorável, o mínimo que se pode esperar é a realização de um controle da representatividade por parte do juízo, de modo a garantir uma representação adequada. A não previsão deste controle de representatividade, configuraria uma flagrante violação à cláusula do devido processo legal, bem como do princípio do contraditório. (ABBOUD; CAVALCANTI, 2015).

E, justamente em meio a esta carência legislativa, torna-se oportuno o estudo da figura do *amicus curiae*, a fim de verificar se a sua atuação no procedimento do IRDR, prevista pelo art. 983, *caput* e parágrafo 1º, seria um meio cabível para garantir a adequada representação dos excluídos na resolução da questão de direito repetida.

Cintia Regina Guedes, ao tratar da possibilidade da atuação do *amicus curiae* no processo civil, destaca que o CPC tratou de forma flexível e com certa generalização a atuação do instituto, o que autorizaria, segundo a autora, o seu tratamento no Brasil tal como uma das hipóteses de atuação do instituto previsto no ordenamento estadunidense: uma intervenção de terceiro com o objetivo de possibilitar a tutela de interesses individuais que não são representados no processo,² especialmente em processos cujas decisões sejam de observância obrigatória em todas as demais lides individuais. A autora entende que, ainda que não possa ser enquadrada como a forma ideal de exercício do direito ao contraditório (compreendida como cada jurisdicionado exercendo individualmente o seu direito de influência na decisão), a participação dos *amici curiae* teria o condão de ao menos permitir a atuação de pessoa ou entidade, dotada de representatividade, a qual levaria a juízo argumentos de todos que seriam afetados pela decisão (GUEDES, 2019).

É preciso destacar que a presente investigação, adotando a posição de Luiz Guilherme Marinoni, parte da premissa de que, no âmbito do IRDR, há a formação de coisa julgada *erga omnes*. Para que a coisa julgada possa afetar terceiros, é indispensável que haja a presença

2 A autora faz referência à figura do *litigant amicus* do direito norte-americano. Nesse sentido, Tatiana Machado Alves aponta que o *litigant amicus* se trata de uma espécie híbrida de *amicus curiae* e parte, possibilitando que o terceiro atue de forma ativa na lide, por meio da ampliação de seus poderes (ALVES, 2016). Ainda, Michael K. Lowman, ressalta a possibilidade de não apenas entes governamentais figurarem como *litigant amicus*, mas igualmente entes privados, os quais, segundo o autor, devem demonstrar o interesse legítimo no feito e levantar dúvidas acerca da efetividade da representação dos interesses das partes (de modo que sua atuação somente seria legítima se houvesse uma deficiência nesta representação) bem como demonstrar a utilidade das informações a serem prestadas (LOWMAN, 1992 *apud* ALVES, 2016).

de um representante adequado dos litigantes excluídos (MARINONI, 2016). Só assim, a decisão poderá ser considerada constitucionalmente adequada, ainda que a legislação processual civil não possua qualquer preocupação com tal representação na parte em que se encontra disciplinado o instituto do IRDR.

Todavia, entende-se, por meio das premissas adotadas, que a figura do *amicus curiae*, comprometida com o auxílio do julgador, bem como com a promoção da democratização de debates levados ao processo, de modo a possibilitar a prolação de uma decisão condizente com as realidades sociais, não pode ser vista como um mecanismo que venha a suprir a carência legislativa de não exigir um representante adequado para representar os interesses dos jurisdicionados que não participarão do procedimento que resolverá a questão repetida de direito. Contrariamente à ideia sustentada por Cintia Guedes, entende-se que não há, no ordenamento jurídico brasileiro, qualquer indício de que o *amicus curiae*, na qualidade de terceiro, poderia vir a representar adequadamente os interesses de ausentes na resolução do incidente, exercendo uma atuação similar àquela do *litigant amicus*, do direito norte-americano.

E, nesse sentido, é imperioso destacar que a participação do *amicus curiae* no IRDR é fundamental quando as questões de direito discutidas possuírem amplo interesse, geralmente dotadas de divergências presentes na sociedade de conteúdo moral, religioso, econômico ou concernentes a direitos fundamentais. Deve-se perceber que nem todas as demandas que possuem uma questão de direito repetida envolvem disputas de relevância social ou detêm alguma complexidade, de modo que não há uma correspondência necessária existente na participação do *amicus curiae* em demandas repetitivas (MARINONI, 2016).

Luiz Guilherme Marinoni destaca que, enquanto a representação adequada tem como objetivo garantir o *due process*, o *amicus curiae* busca apenas auxiliar uma das partes presentes no processo. Em face do representante adequado e do *amicus curiae* existem direitos supraindividuais, porém, enquanto o representante tem a função de defender os direitos dos representados, o *amicus curiae* só pode argumentar para que o juízo considere os argumentos trazidos; vale dizer, enquanto o representante participa do processo para que os direitos dos representados sejam tutelados, o *amicus curiae* não pode postular a tutela direta destes direitos (MARINONI, 2016).

4. CONCLUSÃO

Diante do exposto, entende-se que a atuação do *amicus curiae*, figura presente no direito brasileiro positivo desde antes da promulgação do CPC/15, possui um papel essencial para auxiliar o juízo por meio do esclarecimento de questões que possam fugir do seu conhecimento, bem como do conhecimento das partes integrantes do processo. Todavia, o amigo da corte, ao longo dos anos, desenvolveu outra função importante para a promoção da tutela dos direitos, qual seja, a possibilidade de intervenção em processos cuja discussão envolva questões de amplo interesse social, a fim de promover uma democratização do litígio, e possibilitar que a decisão (que terá repercussão em toda a sociedade, ou ao menos em um determinado segmento dela integrante) esteja em maior consonância com as realidades sociais.

A atuação do *amicus curiae* no procedimento do IRDR terá a mesma função que possui nos demais processos. Ou seja, a intervenção do instituto será permitida nos casos em que a questão de direito repetida, objeto do incidente, possua notória relevância social, e que, portanto, demande a atuação de sujeitos e entidades que possam contribuir com subsídios e informações, a fim de tornar tal decisão mais consentânea com as realidades sociais. Não se pode admitir, todavia, que a carência legislativa em disciplinar a representação dos ausentes no processamento do IRDR seja justificativa para sustentar que o *amicus curiae* possa vir a atuar como um representante adequado, visto que o amigo da corte possui função específica de auxílio do juízo e de promoção da democratização do debate processual (apenas em casos cujo objeto tenha uma notória relevância social), não estando compromissado com a defesa da tese sustentada por qualquer uma das partes; e visto que inexistente no ordenamento jurídico pátrio qualquer indicação de que o *amicus curiae*, na qualidade de terceiro, pudesse vir a atuar como representante adequado de qualquer uma das partes (semelhante ao que ocorre nos EUA, com a figura do *litigant amicus*).

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges; CAVALCANTI, Marcos de Araújo. Inconstitucionalidades do incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR) e os riscos ao sistema decisório. Revista de Processo, vol. 240, p. 221-242, fev. 2015.

ALVES, Tatiana Machado. Primeiras questões sobre o *amicus curiae* no novo código de processo civil. *Revista de Processo*, v. 256, p. 89-118, jun. 2016.

BISCH, Isabel da Cunha. O *amicus curiae*, as tradições jurídicas e o controle de constitucionalidade: um estudo comparado à luz das experiências americana, europeia e brasileira. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de Março de 2015. Código de Processo Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 17 mar. 2015.

CAMBI, Eduardo; DAMASCENO, Kleber Ricardo. *Amicus curiae* e o processo coletivo. *Revista de Processo*, v. 192, p. 13-45, ago. 2011.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Amicus curiae* no Projeto de novo Código de Processo Civil. *Revista de Informação Legislativa*, v. 48, n. 190 t.1, p. 111-121, abr./jun. 2011.

CAVALCANTI, Marcos de Araújo. Incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

DA SILVA, Eduardo Silva; BRONSTRUP, Felipe Bauer. O requisito da representatividade no *amicus curiae*. *Revista de Processo*, v. 207, p. 153-196, mai. 2012.

DEL PRÁ, Carlos Gustavo Rodrigues. *Amicus Curiae*: instrumento de participação democrática e de aperfeiçoamento da prestação jurisdicional. Curitiba: Juruá, 2011.

DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. Ações coletivas e o incidente de julgamento de casos repetitivos - espécies de processo coletivo no direito brasileiro: aproximações e distinções. *Revista de Processo*, v. 256/2016. p. 209-218.

GUEDES, Cintia Regina. A evolução da figura do *amicus curiae*, seu potencial de participação nas demandas repetitivas e a necessidade de observância da paridade de armas. *Revista de Processo*, v. 294, p. 297-332, ago. 2019.

LOWMAN, Michael K. The Litigating *Amicus Curiae*: When Does the Party Begin after the Friends Leave. *American University Law Review*, v. 41, p. 1243-1299, 1992. Disponível em: <https://digitalcommons.wcl.american.edu/cgi/view-content.cgi?article=1838&context=aulr>. Acesso em: 17 jun. 2020.

MARINONI, Luiz Guilherme. Incidente de resolução de demandas repetitivas: decisão de questão idêntica x Precedente. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. Incidente de resolução de demandas repetitivas: sistematização, análise e interpretação do novo instituto processual. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

A VINCULAÇÃO DOS RECURSOS REPETITIVOS

NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

BINDING REPETITIVE APPEALS TO THE 2015 CIVIL PROCEDURE CODE

THIAGO CAROLO SCHNARNDORF¹

AMANDA BUTTENBENDER MEDEIROS²

Resumo: O presente artigo busca investigar os precedentes judiciais do Brasil, mais especificamente o regime jurídico dos recursos repetitivos. O objetivo é verificar se o Código de Processo Civil agiu corretamente ao prever a vinculação da tese jurídica nos recursos repetitivos. Nesse sentido, os recursos repetitivos estão inseridos como precedente judicial no Código de Processo Civil, os quais possuem como característica o efeito vinculante, sendo definida uma tese jurídica firmada após o julgamento dos tribunais superiores. Analisa-se se o Código de Processo Civil agiu corretamente ao prever a vinculação da tese jurídica nos recursos repetitivos. Ocorre que, o precedente judicial possui raiz na *common law* e o que vincula da sua decisão é a *ratio decidendi*, ou seja, as razões jurídicas e necessárias para fundamentar a decisão judicial. Portanto, foi analisado se os precedentes já vinculavam no direito brasileiro ou passou a vincular apenas com o advento do Código de Processo Civil. Discorreu-se sobre os tipos de eficácia que possuem os precedentes judiciais, bem como a discussão acerca da vinculação de um precedente dentro do sistema ju-

1 Mestrando em Direito pela Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul. Especializando em Direito Civil e Processo Civil pela Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul. Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Advogado. Endereço eletrônico: thiago_schnarndorf@hotmail.com

2 Mestranda em Direito pela Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul. Especializando em Direito Civil e Processo Civil pela Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul. Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Estado do Rio Grande do Sul. Advogada. Endereço eletrônico: bmedeirosamanda@gmail.com

rídico brasileiro. Concluiu-se que o Código de Processo Civil que o legislador se equivocou ao definir a tese jurídica como o objeto vinculante da decisão judicial, pois o que efetivamente vincula de um precedente judicial é a *ratio decidendi*. A metodologia utilizada para a elaboração do presente trabalho foi a hipotética dedutiva.

Palavras-chave: Casos Repetitivos; Precedente Judicial; *Ratio Decidendi*; Recursos Extraordinários; Tese jurídica.

Abstract: This article seeks to investigate the judicial precedents of Brazil, more specifically the legal regime of repetitive appeals. The objective is to verify if the Code of Civil Procedure acted correctly in providing for the binding of the legal thesis in repetitive appeals. In this sense, repetitive appeals are inserted as a judicial precedent in the Civil Procedure Code, which have the binding effect as a characteristic, and a legal thesis established after the judgment of the higher courts is defined. It is analyzed whether the Code of Civil Procedure acted correctly in providing for the binding of the legal thesis in repetitive appeals. It turns out that the judicial precedent is rooted in *common law* and what links its decision is the ratio decidendi, that is, the legal and necessary reasons to support the judicial decision. Therefore, it was analyzed whether the precedents already linked in Brazilian law or started to link only with the advent of the Civil Procedure Code. It was discussed the types of effectiveness that have judicial precedents, as well as the discussion about the connection of a precedent within the Brazilian legal system. It was concluded that the Code of Civil Procedure that the legislator was mistaken in defining the legal thesis as the binding object of the judicial decision, since what effectively links a judicial precedent is the ratio decidendi. The methodology used for the elaboration of this work was the hypothetical deductive

Keywords: Extraordinary Resource; Judicial Precedents; Legal Thesis; *Ratio Decidendi*; Repetitive appeal.

1. INTRODUÇÃO

Pretende-se abordar, no presente artigo, o estudo dos precedentes judiciais, analisando, especificamente, os recursos repetitivos previstos no artigo 927, inciso III, do Código de Processo Civil, como decisões que deverão ser observadas por juízes e tribunais, quando prolatadas pelas

Cortes Supremas, leia-se Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça. Considerando que o Código de Processo Civil de 2015 prevê a tese jurídica firmada como o objeto vinculante dos recursos repetitivos, questiona-se se agiu corretamente o legislador ao colocar essa previsão legal e qual seria a maneira correta de aplicação desse precedente judicial e sua vinculação perante as demais decisões judiciais.

O objetivo geral do presente trabalho é discorrer se o legislador do Código de Processo Civil agiu corretamente ao prever a tese jurídica firmada no julgamento dos recursos repetitivos como o objeto vinculante da decisão judicial. Desse modo, no primeiro capítulo, é analisada a eficácia que possuem os precedentes judiciais no Código de Processo Civil. No segundo capítulo, é detalhado o objetivo do Código de Processo Civil de colocar a tese jurídica firmada em julgamento de recurso repetitivo pelos tribunais superiores como objeto vinculante da decisão judicial, a fim de concluir se agiu corretamente o legislador ao definir a tese jurídica como objeto vinculante do precedente judicial. Por fim, a partir dos argumentos e do estudo realizado, foi elaborada a conclusão acerca do problema anteriormente apresentado.

O método de abordagem adotado é o hipotético-dedutivo, bem como as técnicas de pesquisa empregadas para a elaboração da pesquisa serão a revisão bibliográfica e legal, além da pesquisa doutrinária e jurisprudencial.

2. EVOLUÇÃO E EFICÁCIA DOS PRECEDENTES JUDICIAIS NO BRASIL

O Código de Processo Civil de 2015, ao instituir os precedentes judiciais em seu texto, tem o objetivo de buscar uma racionalização do sistema de distribuição de justiça, garantindo, conseqüentemente, a igualdade e a segurança jurídica, os quais são princípios constitucionais da ordem jurídica (MARINONI, 2016, p. 81).

Insta salientar que, mesmo depois da transformação dos conceitos de jurisprudência e súmulas, a doutrina brasileira começou a adoção de um sistema de precedentes obrigatórios – vinculantes – no direito brasileiro. A partir daí o direito brasileiro começou a recair igualmente sob a área de influência do *common law*, na medida em que procurou naquela tradição os elementos capazes de colaborar nessa adaptação (MARINONI, 2013, p. 75).

O novo Código de Processo Civil, ao instituir um regime legal de respeito a precedentes judiciais, tem como objetivo dar efetividade ao disposto no artigo 926, *caput*, e aos princípios da legalidade, da segurança jurídica, da igualdade e da proteção da confiança. O princípio da igualdade, da legalidade e da segurança jurídica estão diretamente relacionados ao Estado de Direito, em que com a uniformização das decisões, esses princípios se tornarão efetivados no direito brasileiro (FREIRE, 2019, p. 62-63).

Isso quer dizer que, com os precedentes judiciais no direito brasileiro, constitui uma norma que densifica a segurança jurídica e promove a igualdade e a liberdade. O sistema de precedentes judiciais visa a promover um estado de coisas seguro, ou seja, um tratamento isonômico. A necessidade de segurança jurídica e de igualdade é pacífica na doutrina do *common law* – que desde a percepção do decisivo papel do juiz na definição do direito teve que se preocupar com o resultado da interpretação judicial (MITIDIERO, 2017, p. 82).

Portanto, a teoria dos precedentes surge como um necessário elemento para dar estabilidade e uniformidade às decisões judiciais. Essa compreensão já foi assimilada há muito tempo na *common law*. Agora falta o *civil law*, reconhecer que o precedente é um instrumento indispensável. Por essa razão, o sistema de precedente judicial cresceu nos últimos anos no direito brasileiro, sendo inserido no Código de Processo Civil de 2015 com o objetivo de tornar mais clarividente esse respeito as decisões judiciais prolatadas pelas Cortes Superiores dar maior efetivação aos princípios da igualdade, da liberdade e da segurança jurídica (ROSITO, 2012, p. 161).

Os precedentes judiciais ocupam um lugar importante na fundamentação da interpretação e aplicação das normas jurídicas nas decisões judiciais. A vinculação ou não dos juízes aos precedentes é uma das questões mais discutíveis da aplicação dos precedentes judiciais, gerando muitas dúvidas por se tratar de um instituto novo dentro de um sistema romano-germânico (GAVIÃO FILHO, 2016, p. 29).

Em relação à vinculação hierárquica dos precedentes judiciais, as características e os efeitos que deles decorrem são independentemente da vontade humana, mas não são decorrentes da lei, integrando os efeitos anexos da decisão judicial. Na *common law*, os precedentes judiciais são dotados de força vinculante e figuram como a mais importante fonte do direito: pela regra da *stare decisis*, a decisão anterior cria o direito, de modo que os juízes tem o dever funcional de seguir os precedentes de casos análogos, não bastando que os utilize como relevantes subsídios persuasivos. Ao contrário, na *civil law*, os precedentes judiciais tem, em re-

gra, eficácia persuasiva e são considerados como fontes de conhecimento da norma contida na lei, servindo para indicar ao juiz, qual a regra legal apropriada ao caso concreto, ou não, não se considera que sejam fontes de produção de direito (WELSCH, 2016, p. 63).

Insta salientar que uma série de autores como Lênio Streck, Maurício Ramires e entre outros, não acompanham esse entendimento de uma eficácia vinculante dos precedentes judiciais, ou melhor, eles não entendem os enunciados acima como os precedentes, tendo em vista que não possuem a mesma formação que nos países de *common law* (STRECK, 2018, p. 29).

Diante da diferença de ambos os modelos, Mauricio Ramires explica, tecnicamente, que a eficácia vinculante de uma decisão judicial em relação ao caso decidido é uma coisa e outra é a autoridade que o critério de decisão adotado possa ser estendido sobre juízes futuros, que possam decidir casos semelhantes. Precisa-se compreender o limite da expressão “decisão”, em que a decisão de um caso nunca vale por só como decisão de outro caso, ou seja, não seguir um precedente não é mesmo que descumprir uma decisão, nem mesmo no sistema do *stare decisis* (2010, p. 85).

Os juízes e tribunais observarão os precedentes judiciais, ou seja, não havendo a palavra “vinculação”, não podendo o direito brasileiro colocar uma eficácia formalmente vinculante às decisões judiciais. Verifica-se, portanto, que nem mesmo no modelo de *stare decisis*, toda a decisão judicial é colocada como vinculante, sendo duvidoso aplicar de tal maneira no sistema jurídico brasileiro (STRECK, 2018, p. 24-25).

Em relação ao argumento que o artigo 927 não utiliza a expressão vincular, bem como que os juízes e tribunais serão “boca de precedentes”, apenas para apresentar a discussão, salienta-se que o termo “observarão” possui um significado triplo: dever de considerar, dever de interpretar e, em sendo o caso, dever de aplicar o precedente ou a jurisprudência uniforme ao caso. Isso quer dizer os juízes têm o dever de mencionar e analisar os precedentes existentes sobre o caso (isto é, dever de considerar), têm o dever de interpretá-los e só podem se afastar dos precedentes para superá-los (se tiverem competência para tanto). Ou seja, não há uma aplicação automatizada dos precedentes, devendo aos juízes avaliar os precedentes sobre o caso e se tiver, dentro das circunstâncias, aplicá-los (MITIDIERO, 2017, p. 99).

Portanto, segue-se, portanto, o entendimento de Daniel Mitidiero, tendo em vista que os precedentes emanam exclusivamente das Cortes Supremas, eles serão, portanto, sempre obrigatórias, ou seja, vinculantes, uma vez que a autoridade do precedente decorre do fato desse

encarnar o significado que é adscrito ao direito pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça. Do contrário, poderiam ser confundidos com simples exemplos (2017, p. 82-84).

3. TESE JURÍDICA COMO OBJETO VINCULANTE DA DECISÃO JUDICIAL: ERRO OU ACERTO?

O Código de Processo Civil prevê a definição de uma tese jurídica após o julgamento dos recursos repetitivos pelos tribunais superiores, nos termos do artigo 1.038, parágrafo 3º, do CPC.

O legislador optou, claramente, por colocar a tese jurídica como o objeto vinculante da decisão de um recurso repetitivo. Contudo, conforme preceitua Teresa Arruda Alvim, não devem se confundir a tese jurídica, que vem sendo retirada ao final dos julgamentos dos recursos repetitivos, com a *ratio decidendi* dos precedentes judiciais. (ALVIM, 2019)

Nesse sentido, os tribunais superiores adotam e aplicam o referido artigo acima e definem teses jurídicas, ao final do julgamento dos recursos repetitivos. Todavia, merece analisar se o Código de Processo Civil agiu corretamente ao definir a tese jurídica como o objeto vinculante da decisão de um recurso repetitivo, pois o que efetivamente vincula de um precedente judicial genuíno é a sua *ratio decidendi*.

A *ratio decidendi* é a resolução específica sobre determinada matéria decidida no tribunal, na qual estão contidos três elementos: a indicação dos fatos relevantes, o raciocínio lógico-jurídico da decisão e o juízo decisório. Em outras palavras, constitui-se na razão jurídica ou nos fundamentos determinantes da decisão, o que não representa um preceito abstrato, senão uma regra ou princípio jurídico ditado pela controvérsia concreta. Alerta-se que não se pode confundir *ratio decidendi* com o dispositivo da sentença ou do acórdão (ROSITO, 2012, p. 107-108).

A fidelidade ao precedente consiste no respeito às razões necessárias e suficientes empregadas pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça para solução de uma determinada questão de um caso. Constitui, portanto, respeito à *ratio decidendi*, que constitui a universalização das razões necessárias e suficientes constantes da justificação judicial ofertadas pelas Cortes Supremas para solução de determinada questão de um caso concreto (MITIDIERO, 2014, p. 105-106).

Ocorre que, os tribunais superiores vêm formando teses jurídicas para vincular os casos futuros, como por exemplo o RESP 1.696.396.

A expressão tese jurídica foi cunhada pelo legislador, que, embora bem intencionado na pretensão de criar, no Brasil, um sistema de respeito aos precedentes, acabou por permitir a interpretação, inclusive nos tribunais superiores, de que todo o resultado de um julgamento com repercussão geral ou repetitivo resulta em uma norma geral e abstrata (FERRAZ, 2017, p. 433).

Ou seja, na *civil law*, o dispositivo é encoberto pela coisa julgada material e, dessa forma, proporciona segurança jurídica às partes, razão pela qual os tribunais superiores formam teses no julgamento de recursos repetitivos, por exemplo, com o objetivo de atribuir efeito vinculante aos demais casos (WELSCH, 2016, p. 53).

No entanto, Luiz Guilherme Marinoni explica que o melhor lugar para se buscar o significado de um precedente está na sua fundamentação, ou melhor, nas razões pelas quais se decidiu de certa maneira ou nas razões que levaram à fixação do dispositivo. O que se quer evidenciar, porém, é que o significado de um precedente está, essencialmente, na sua fundamentação, e que, por isso, não basta olhar somente à sua parte dispositiva (2012, p. 355).

A *ratio decidendi* é que deveria ser o elemento fundamental desse precedente, com maior espectro de incidência e, inclusive, de vinculação. Da forma como tem ocorrido, porém, a formação de teses jurídicas garante-se apenas a previsibilidade do julgamento de casos exatamente iguais. É essa inconsistência do modelo de respeito aos precedentes em construção no Brasil que deve ser percebida, de forma que se procure atribuir maior valor à fundamentação dos precedentes, à sua *ratio decidendi*, para que o sistema concebido seja verdadeiramente capaz de alcançar os propósitos pretendidos pelo legislador, de segurança jurídica e estabilidade. Não se confundem, portanto, a tese jurídica, que vem sendo retirada ao final dos julgamentos de repercussão geral e repetitivos, e a *ratio decidendi* dos precedentes (FERRAZ, 2017, p. 436).

Não pode ser confundida a tese jurídica, que vem sendo retirada ao final dos julgamentos de repercussão geral e repetitivos, e a *ratio decidendi* dos precedentes, uma vez que a tese jurídica vem sendo construída como um preceito genérico e abstrato, semelhante à lei, que proclama o resultado de um julgamento, com a expectativa de ampla aplicabilidade a casos onde a mesma questão tenha sido suscitada. Todavia, defende que, como trata-se de uma prática que vem ocorrendo, cada vez mais, no direito brasileiro, devem os ministros quando fixam uma tese inserir a *ratio* da decisão dentro da tese jurídico. (ALVIM, 2019)

Ou seja, um caminho possível e que tornaria mais clara essa vinculação da tese extraída do precedente aos seus fundamentos determinantes seria construir a tese de forma a trazer conjuntamente sua motivação essencial. Em recente estudo sobre o tema, já se sustentou, inclusive, que “o conceito de tese jurídica adotado pelo novo Código parece guardar correspondência com o conceito de *ratio decidendi*” (MELLO; BARROSO, 2016, p. 34).

Frise-se que, quando os tribunais superiores fixam teses jurídicas, aplicam o que está disposto no Código de Processo Civil e efetivam princípios constitucionais como a segurança jurídica e a isonomia (ALVIM, 2019). Contudo, ao importar um instituto que possui raiz distinta do sistema jurídico brasileiro, o direito brasileiro acaba por não potencializar os precedentes judiciais, uma vez que, na sua forma genuína, são concebidos e aplicados de outra maneira.

Portanto, Taís Schilling Ferraz realiza uma análise correta do que vem ocorrendo nas cortes supremas, de modo que, mesmo que não seja a *ratio decidendi*, o elemento vinculante dos recursos repetitivos, a tese jurídica não pode prejudicar o sistema de precedentes no direito brasileiro (FERRAZ, 2017, p. 432).

Diante do exposto, é importante repensar o papel das teses ao final dos julgamentos dos recursos repetitivos, de forma que se coloque nos trilhos o sistema de precedentes brasileiro, que deve ter na *ratio decidendi*, e não na proclamação da solução para o caso – tese jurídica, o elemento vinculante. O sucesso das mudanças implementadas no sistema jurídico pela criação de um modelo de respeito aos precedentes está na dependência do Poder Judiciário, uma vez que os precedentes judiciais não foram criados apenas para uniformizar a jurisprudência frente a casos que se repetem, mas sim e principalmente com vistas à obtenção de maior coerência e segurança jurídica na construção e na aplicação do direito.

Portanto, quando o legislador prevê a fixação de uma tese jurídica firmada no julgamento de recursos repetitivos, bem como insere o instituto dos precedentes judiciais no diploma legal, acaba não potencializando o sistema de precedentes, uma vez que os tribunais não utilizam de forma correta esse mecanismo de solução de casos. Ao importar um instituto de natureza diferente do direito brasileiro, o legislador deve ter cuidado para não o desrespeitar ou torná-lo “a brasileira”. Tese jurídica não é o mesmo que *ratio decidendi* e, portanto, deveria ter tido maior cuidado o legislador ao formalizar essa matéria no Código de Processo Civil de 2015.

4. CONCLUSÃO

Verifica-se que o debate doutrinário, em relação ao que efetivamente vincula na decisão de recurso repetitivo, vem ocorrendo no direito brasileiro, tendo em vista os desafios impostos pelo legislador, ao inserir no Código de Processo Civil, os recursos repetitivos como precedentes.

Os precedentes judiciais possuem raízes na *common law*, de modo que há uma cultura e um respeito aos precedentes prolatados pelos tribunais, com objetivo de vincular aos demais casos. Ocorre que, no sistema anglo-saxônico, o que efetivamente vincula de uma decisão é a *ratio decidendi*, ou seja, as razões necessárias utilizadas para a fundamentação do precedente, o qual vinculará os demais casos.

Todavia, os tribunais superiores aplicam o que está previsto no Código de Processo Civil, ou seja, definem teses jurídicas como o objeto vinculante da decisão de recursos repetitivos.

Existe um problema no papel das teses jurídicas, uma vez que não é nesse sentido, que os precedentes judiciais são aplicados originalmente. Há de ser verificado a aplicação dos precedentes judiciais no direito brasileiro, que deve ter na *ratio decidendi*, e não na proclamação da solução para o caso – teses jurídicas, o elemento vinculante.

Há a possibilidade de, na construção das teses, sejam agregados seus fundamentos determinantes, ou seja, a *ratio decidendi*, e que os tribunais superiores deixem claras a transcendência e a vinculação dos fundamentos determinantes dos seus julgados, que devem ser procurados pelo intérprete para além do conteúdo das teses e das ementas.

Entretanto, essa possibilidade seria um efeito sedante da aplicação dos precedentes judiciais. Conforme referido por grande parte da doutrina e segue-se esse entendimento, devem os recursos repetitivos vincularem por sua *ratio decidendi*.

Portanto, é possível verificar que o Poder Judiciário aplica, em seus julgamentos, o que está previsto no Código de Processo Civil pelo legislador. Verifica-se essa discussão apenas na doutrina brasileira sobre a tese jurídica firmada no julgamento dos recursos repetitivos. Contudo, não há qualquer movimento para uma alteração legislativa acerca dessa matéria. Assim, frise-se que há a necessidade da continuação dos debates sobre esse tema, com o objetivo de aperfeiçoar o sistema de precedentes judiciais no direito brasileiro.

REFERÊNCIAS

ALVIM, Tereza Arruda. STJ acerta ao fixar tese antes de julgar recurso repetitivo. Consultor Jurídico, 2005. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-jun-05/teresa-arruda-alvim-stj-acerta-fixar-tese-antes-julgar-repetitivo>. Acesso em: 20 abr. 2020.

ALVIM, Tereza Arruda. Os repetitivos, as teses e o STJ. Migalhas, 2002. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/303668/os-repetitivos-as-teses-e-o-stj>. Acesso em: 20 abr. 2020.

CAMPOS MELLO, Patrícia Perrone; BARROSO, Luís Roberto. Trabalhando com uma nova lógica: a ascensão dos precedentes no direito brasileiro. Revista da AGU, Brasília – DF, v. 15, n° 03, p. 09-52, jul-set. 2016.

FERRAZ, Taís Schilling. *Ratio decidendi* x tese jurídica. A busca pelo efeito vinculante do precedente brasileiro. RePro, São Paulo, v. 265, 2017.

FREIRE, Alexandre. Súmula da jurisprudência dominante, superação e modulação de efeitos no novo código de processo civil. In: NUNES, Dierle; Mendes, Aluisio; Jayme, Fernando Gonzaga. A Nova Aplicação da Jurisprudência e Precedentes no CPC/15. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

GAVIÃO FILHO, Anizio Pires. Precedentes e argumentação jurídica. 2016. CONPEDI. p. 27-47. Disponível em: Acesso em: 27/11/2017.

MARINONI, Luiz Guilherme. O STJ enquanto corte de precedentes: recompreensão do Sistema Processual da Corte Suprema. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013;

_____, Luiz Guilherme. Precedentes obrigatórios. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

_____, Luiz Guilherme. Uma nova realidade diante do Projeto de CPC: a *ratio decidendi* ou os fundamentos determinantes da decisão. Revista dos Tribunais. São Paulo: RT, v. 918, 2012.

MITIDIERO, Daniel. Cortes superiores e cortes supremas: do controle à interpretação, da Jurisprudência ao precedente. 2ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014;

_____, Daniel. Precedentes: da persuasão à vinculação. São Paulo: Editora JusPodivm 2017.

RAMIRES, Maurício. Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

ROSITO, Francisco. Teoria dos precedentes judiciais: racionalidade da tutela jurisdicional: Curitiba: Editora Juruá, 2012.

STRECK, Lênio. Precedentes judiciais e hermenêutica. Salvador: JusPodivm, 2018.

WELSCH, Gisele Mazzoni. Legitimação democrática do poder judiciário no novo CPC. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.



A RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO – UM PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL RELATIVAMENTE EFETIVADO?

THE REASONABLE DURATION OF THE PROCESS - A CONSTITUTIONAL PRINCIPLE RELATIVELY EFFICACIOUS?

FRANCELI BIANQUIN GRIGOLETTO PAPALIA¹

CARINA DEOLINDA DA SILVA LOPES²

Resumo: A longa espera pelas soluções das demandas apresentadas ao Judiciário é um problema longamente discutido entre os juristas brasileiros, emergindo a questão da efetividade da razoável duração dessas demandas. Em razão da importância do tema e visando à implementação da celeridade na tramitação dos feitos, há muito tempo trazido pela Emenda Constitucional n. 45/04, no rol dos direitos fundamentais, o princípio da razoável duração do processo, previsto no artigo 5º, inciso LXXVIII da Constituição Federal. A partir de uma pesquisa de cunho qualitativo, realizada por meio de levantamento bibliográfico e documental, relatou-se um apanhado dos dispositivos legais e sua aplicabilidade nos casos concretos, para ao final da abordagem do referido princípio com intuito de apontar critérios capazes de determinar o que é razoável na análise do

1 Mestranda em Educação pela UFSM, vinculada a Linha de Pesquisa “LP2: Políticas públicas educacionais, práticas educativas e suas interfaces” orientada pela Professora Doutora Liliana Soares Ferreira; Advogada; Juíza leiga da Comarca de Faxinal do Soturno – TJRS; docente e pesquisadora do grupo de pesquisa Kairos. E-mail: franpapalia@gmail.com.

2 Mestre em Direito; Doutoranda do Programa de Pós-graduação em Direitos Humanos da UNIJUI, Bolsista Capes, vinculada à linha de pesquisa do PPGDH/UNIJUI “Democracia, Direitos Humanos e Desenvolvimento”; orientanda da Profa. Dra. Elenise Felzke Schonardie; Advogada. E-mail: lopesdeo@hotmail.com.

caso concreto, está sendo efetivado relativamente ou integralmente.

Palavras-chaves: Duração razoável do processo. Direito fundamental. Efetividade. Poder Judiciário.

Abstract: The long wait for solutions to the demands presented to the Judiciary is a problem that has been discussed at length among Brazilian jurists, and the question arises as to the effectiveness of the reasonable duration of these demands. Due to the importance of the theme and aiming at the implementation of the speed in the processing of the deeds, a long time ago brought by Constitutional Amendment no. 45/04, in the list of fundamental rights, the principle of reasonable duration of the process, provided for in article 5, item LXXVIII of the Federal Constitution. From a qualitative research, carried out by means of bibliographic and documentary survey, an overview of the legal provisions and their applicability in specific cases was reported, towards the end of the approach of the referred principle in order to point out criteria capable of determining the which is reasonable in the analysis of the specific case, is being carried out relatively or in full.

Keywords: Reasonable process duration. Fundamental right. Effectiveness. Judicial power.

1. INTRODUÇÃO

A reforma do Judiciário se anuncia como proclamadora de novos tempos. Nesse enfoque, com o advento de vários dispositivos de reforma processual temos entre elas a Emenda 45/2004, que emergiu como uma pontual alteração constitucional que reflete diretamente no processo civil brasileiro, qual seja a inclusão do inciso LXXVIII ao artigo 5º da Constituição Federal de 1988, que passou a prever expressamente o princípio da razoável duração do processo entre os direitos fundamentais.

Com o advento da promulgação do Código de Processo Civil de 2015, fica ainda mais claro que uma das maiores intenções atualmente da legislação é buscar formas de efetivar a duração razoável do processo e seus reflexos para desobstrução do Poder Judiciário e alcance concreto de direitos aos jurisdicionados.

Contudo, é importante questionar se a estrutura judiciária brasileira está apta a tornar efetivo o direito à razoável duração do processo e

quais são os meios que podem ser utilizados para fazê-lo valer. Para tanto, é necessário fazer uma análise do direito de ação, bem como analisando a ordem jurídica justa em um tempo razoável, para que, enfim, chegando ao um ambiente jurídico em que foi inserido o novo dispositivo. Mas, há de se perguntar: cuida-se realmente de um direito novo a ser efetivado, ou tal princípio haveria de ter sido efetivado ao mesmo tempo que toda a construção do Poder Judiciário?

2. O DIREITO DE AÇÃO, ORDEM JURÍDICA JUSTA EM TEMPO RAZOÁVEL E A SUMARIZAÇÃO DO PROCESSO

Durante muito tempo, o direito de ação foi entendido na sua acepção clássica, a qual todos tinham direito a acessar os órgãos do Poder Judiciário, exigindo-lhes a prestação jurisdicional, conforme se observa da leitura do artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal de 1988, que refere que *“a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.”*

Desta forma, o direito de invocar a atividade jurisdicional resta consagrado, não se assegurando apenas o direito de agir, mas também o direito de ação. Invocar a jurisdição para a tutela de direito é também direito daquele contra quem se propõe a ação.

Neste passo, observa-se que o direito de ação não diz respeito, somente, ao acesso ao Poder Judiciário para pedir-lhe a proteção a um direito lesado ou ameaçado, mas, também, à garantia de acessar os órgãos judiciais para alegar a ofensa ou a ameaça a um direito. A proteção pedida, que equivale à tutela judicial, à procedência da demanda, só se verificará no final do processo. E nem sempre ocorrerá.

Como é sabido, sendo o direito de ação abstrato e autônomo, o cidadão tem o direito de acessar o Judiciário independentemente de ter realmente sofrido uma lesão ou uma ameaça a um seu direito, uma vez que lhe é garantido é o acesso ao judiciário para trazer suas alegações e provas.

Neste prisma, tornou-se insuficiente a constatação de que o direito de ação do indivíduo corresponde somente ao dever do Estado em exercer a atividade jurisdicional, mas também o direito de acessar a ordem jurídica justa com a devida prestação qualificada.

Assim, uma prestação jurisdicional com duração razoável significa dizer que a decisão tardia não é justa, pois proporciona ao réu que não tem razão o benefício de manter indevidamente o bem litigioso sob

seu poder por um lapso temporal demasiadamente longo, privando o autor do gozo deste mesmo bem.

Assim, o acesso a uma ordem jurídica justa traz implícita a ideia de razoável duração do processo, pois, por se tratar de direito fundamental, alocado entre elementos limitativos positivos da Constituição, desde sempre, traz consigo a propriedade de que deverá ocorrer dentro de certa razoabilidade, inclusive, temporal.

Assim entende a jurisprudência gaúcha:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. INDICAÇÃO DE BENS À PENHORA. Para ver preenchidos os requisitos de admissibilidade do recurso eletrônico, o recorrente deve anexar cada um dos documentos – obrigatório ou facultativo - em arquivo individual, nominando-o. Exigência prevista no art. 6º, IV, do ATO nº 014/2012-P, deste Tribunal. Se um dos intuitos do processo eletrônico é contribuir para a efetivação do direito fundamental à razoável duração do processo, a parte também deverá adotar medidas para tanto, cumprindo com exatidão a orientação prevista no ATO nº 017/2012. Hipótese em que, embora devidamente intimada a parte agravante para individualizar os arquivos e nominá-los conforme o conteúdo material, descumpriu a respectiva determinação. AGRAVO DE INSTRUMENTO NÃO CONHECIDO. (TJRS, 2020).

Em outras palavras, o exercício do direito do jurisdicionado deve ocorrer sem óbices capazes de suplantar seu escopo maior, com o auxílio também das partes para a sua concretização, uma vez que, além de representar um meio de remediar a lesão ao direito, deve resguardá-lo de qualquer ameaça, o que significa evitar, inclusive, a concretização de qualquer lesão (trata-se da ideia de direito processual preventivo, exigência dos novos tempos). Por conseguinte, emerge imprescindível a observância de um lapso temporal razoável, capaz de garantir a tutela jurisdicional com a devida efetividade para cada jurisdicionado.

Nesse diapasão, o princípio da razoável duração do processo estampado no inciso LXXVIII do artigo 5º da Constituição Federal, em que pese sua relevância para o propósito de embasar expressamente uma reformulação do direito processual civil brasileiro, já se encontrava implícito na garantia de acesso ao Judiciário. Na acepção de uma ordem jurídica justa, a prestação jurisdicional deve ocorrer em tempo razoável para, efetivamente, tutelar os direitos dos destinatários de tal garantia.

A inclusão expressa de um princípio de tamanha envergadura no sistema revela a necessidade de modificação de perspectiva do processo civil, em grande parte responsável pelo caos que permeia o sistema atual.

No entanto, a realização prática do aludido princípio depende de medidas legislativas somadas a uma nova postura a ser adotada pelos operadores do direito, bem como por toda coletividade. A propósito, o problema está em saber o que significa razoável duração do processo, bem como quais os meios para assegurar a rapidez de seu trâmite.

Marca disso foram as mudanças, por exemplo, no cumprimento da sentença, inserido como uma fase do processo de conhecimento posterior ao trânsito em julgado, que dispensa a instauração de um novo processo.

Ressalta que, apesar de ter sido abolido do Código de Processo Civil o processo autônomo de execução de título executivo judicial, o cumprimento de sentença se dá, verdadeiramente, por meio de execução representada pela permanência de métodos coercitivos ainda presentes no cumprimento.

Em síntese, pode-se dizer que as transformações trazidas pela reforma processual buscam dar maior aplicabilidade ao princípio da efetividade do processo, pois de nada adiantaria conceder a tutela jurisdicional ao indivíduo que demonstrou ter razão, se tal provimento se mostrar inócuo, desprovido de efeito devido à demora na efetiva prestação jurisdicional.

3. DOS SUJEITOS DE TRANSFORMAÇÃO PROCESSUAL

Nota-se, que as alterações trazem em seu bojo uma verdadeira reformulação conceitual de todo o direito processual civil, o que, por certo, exige uma nova postura de todos os operadores do direito.

Primeiramente o Juiz, ao lado dos demais sujeitos do processo, se apresenta como peça fundamental para que o alvo desse princípio da razoável duração do processo, o que, nas lições do Ministro da Corte Suprema Carlos Maximiliano, significa dizer:

Os juízes, oriundos do povo, devem ficar ao lado dele, e ter inteligência e coração atentos aos seus interesses e necessidades. A atividade dos pretórios não é meramente intelectual e abstrata; deve ter um cunho prático e humano.

(...)

Em resumo: é o magistrado, em escala reduzida, um sociólogo em ação, um moralista em exercício; pois a ele incumbe vigiar pela ob-

servância das normas reguladoras da coexistência humana, prevenir e punir as transgressões das mesmas.” (MAXIMILIANO, 2003, p. 51).

Do jurisdicionado em potencial, também sujeito de transformação, noutro passo, após um período de perplexidade diante de novos métodos de cognição (como é o caso da acepção sincrética de processo), se exigirá uma postura proativa, pois, em que pese uma cultura “demandista” dos brasileiros (herança de uma colonização portuguesa), buscar-se-á, com o tempo, a coexistência de uma tutela justa (prestada em tempo razoável) aliada a uma conduta preventiva por parte dos destinatários dela.

Nota-se, então, que alguns princípios devem ser observados na busca de uma prestação jurisdicional ideal, aliás, “Nesse signo razoável duração do processo se tem um aceno ao princípio da razoabilidade” (SILVA, 2007, p. 176).

É claro que não se pode confundir duração razoável com celeridade a todo custo, sob pena de que ao argumento de uma rapidez exacerbada ponha-se em risco a segurança jurídica, aspecto que deve ser bem observado por todos os operadores do direito e pelos jurisdicionados na condição de destinatários do princípio constitucional e das novas regras processuais que o corroboram. Nesse diapasão, bem observou Marinoni de que a busca de decisões perfeitas bate-se contra a necessidade de respostas rápidas do processo, se o primeiro objetivo exige tempo, o segundo escopo impõe a restrição desse elemento (MARINONI, 2016, p. 58).

Ressalta-se que, no caso de haver eventual conflito entre princípios constitucionais, com o fim de se buscar o que deverá ser aplicado no caso concreto, o operador do direito poderá socorrer-se da teoria do sopesamento, fundada no exame da preponderância de cada princípio.

No contexto de mudanças, emerge ainda mais relevante o papel de toda a sociedade, pois sabe-se da função social do direito perante ela, afinal não há sociedade sem direito (*ubi societas ibi jus*). Isso decorre da ideia de que a sociedade pressupõe ordem, organização e cooperação entre os indivíduos que a compõe, mas de onde, sem dúvida, podem emanar conflitos, surgindo daí o papel do Estado de promover a harmonia social.

4. DIREITO FUNDAMENTAL A UM PROCESSO COM DURAÇÃO RAZOÁVEL: UM VELHO CONHECIDO

Atento ao entendimento doutrinário mais moderno, que estatui que o acesso à justiça não se restringe à garantia de levar ao conhecimento do Judiciário as alegações de ameaça ou de lesão a direito, mas de ver os conflitos resolvidos, através de uma prestação jurisdicional qualificada pela especificidade da tutela e pela duração razoável do processo, o legislador emendou a Constituição de 1988, acrescentando ao seu art. 5º o inciso LXXVIII, da Constituição Federal³.

Antes da EC n. 45, a doutrina já era tranquila ao afirmar que o conteúdo do inc. XXXV, do art. 5º da Constituição Federal, não encerrava somente o direito de acessar os órgãos judiciários, conforme se observa do posicionamento do professor Fredie Didier Júnior:

O conteúdo desta garantia [de acesso à justiça] era entendido, durante muito tempo, apenas como a estipulação do direito de ação e do juiz natural. Sucede que a mera afirmação destes direitos em nada garante a sua efetiva concretização. É necessário ir-se além. Surge, assim, a noção de tutela jurisdicional qualificada. Não basta a simples garantia formal do dever do Estado de prestar a Justiça; é necessário adjetivar esta prestação estatal, que há de ser rápida, efetiva e adequada. (DIDIER JUNIOR, 2002, p. 28).

Neste mesmo contexto, Luiz Guilherme Marinoni já advogava a ideia de que o direito à tutela jurisdicional efetiva e tempestiva consistia um direito fundamental, então previsto pelo art. 5º, XXXV, da Constituição de 1988:

A sua importância [do art. 5º, XXXV, da CF/88, dentro da estrutura do Estado Democrático de Direito, é de fácil assimilação. É sabido que o Estado, após proibir a autotutela, assumiu o monopólio da jurisdição. Como contrapartida dessa proibição, conferiu aos particulares o direito de ação, até bem pouco tempo compreendido como direito à solução do mérito. A concepção de direito de ação como direito a sentença de mérito não poderia ter vida muito longa, uma vez que o julgamento do mérito somente tem impor-

3 Art. 5º (...) LXXVIII – a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

tância – como deveria ser óbvio – se o direito material envolvido no litígio for realizado - além de reconhecido pelo Estado-Juiz. (MARINONI, 2020).

Nesse sentido, o direito à sentença deve ser visto como direito ao provimento cercado de meios executivos capazes de dar efetividade ao direito substancial. Mas, não há como esquecer de que a tutela jurisdicional deve ser tempestiva e, em alguns casos, ter a possibilidade de ser preventiva.

Importa, ainda, o direito à tempestividade da tutela jurisdicional, o qual não só tem a ver com a tutela antecipatória, como também com a compreensão da duração do processo de acordo com o uso racional do tempo processual por parte do réu e do juiz. Não é demais lembrar que o direito a um processo com duração razoável é consequência direta do devido processo legal, que já estava expressamente previsto no art. 5º, LIV, da Constituição Federal de 1988, como explica José Rogério Cruz e Tucci, em texto anterior à:

Desdobram-se estas as garantias do devido processo legal nas garantias: a) de acesso à justiça; b) do juiz natural ou pré-constituído; c) de tratamento paritário dos sujeitos parciais do processo; d) da plenitude da defesa, com todos os meios e recursos a ela inerentes; e) da publicidade dos atos processuais e da motivação das decisões jurisdicionais; e f) da tutela jurisdicional dentro de um lapso temporal razoável. Conclui-se, portanto, que, também em nosso país, o direito ao processo sem dilações indevidas, como corolário do devido processo legal, vem expressamente assegurado ao membro da comunhão social por norma de aplicação imediata (art. 5º, § 1º, CF). (TUCCI, 1999, p. 259 e 260).

Além de consectário do devido processo legal, o direito sob comento já era norma de observância obrigatória no ordenamento jurídico brasileiro por força do que dispunha o art. 8º, 1, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), do qual o Brasil é signatário, tendo vigência em nosso ordenamento desde 1992, com a promulgação do Decreto 678, de 06/11/1992⁴.

4 Artigo 8º - Garantias Judiciais. 1. Toda pessoa tem o direito a ser ouvida com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido com antecedência pela lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de ordem civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outro caráter.

Trata-se de norma de aplicação imediata, por força do que dispõe o art. 5º, §§ 1º e 2º, da Constituição Federal. Também era tranquilo o entendimento de que, antes da Emenda Constitucional, já existia o direito a um processo com duração razoável no âmbito administrativo. Trata-se de uma consequência direta do princípio da eficiência administrativa, que já estava previsto no art. 37, *caput*, da Constituição Federal de 1988.

Neste sentido, consta-se que o direito à duração razoável do processo sempre caminhou ao lado do poder judiciário e do processo, funcionando como um dispositivo, que vem evidenciar a importância que temos em evidenciar entre todos os sujeitos processuais, que além de emendas constitucionais e até mesmo da proposta do CPC de 2015, a construção de um processo efetivo e relativamente razoável em sua duração, depende de todos os atuantes do instrumento processual.

5. CONCLUSÃO

Como se viu ao longo do texto, o direito fundamental à duração razoável do processo, positivado no art. 5º, LXXVIII, da Constituição Federal, não consiste em uma inovação jurídica, mas apenas legislativa no âmbito constitucional a partir de 2004 e do CPC de 2015.

O referido direito já estava garantido no ordenamento jurídico brasileiro, através do art. 5º, XXXV, da Carta Magna de 1988, além de constar expressamente no art. 8º, 1, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), assinado pelo Brasil e em vigor no País desde 1992.

Inobstante tal circunstância, o acréscimo do dispositivo ao texto constitucional é de grande relevância, porquanto deixa claro que o legislador quis evidenciar o direito ali descrito, além da máxima importância em um alcance efetivo do processo de duração razoável, como advém da leitura da legislação processual.

Numa concepção moderna acerca do direito de ação, entendido como direito à ordem jurídica justa, não se pode mais conceber que o acesso à justiça corresponda somente ao ingresso em juízo.

O problema que se põe atualmente é o de obter uma prestação jurisdicional qualificada, seja quanto ao *tempo*, seja no que toca à sua *diferenciação/especificidade*. Removidos os obstáculos que outrora obsta-

vam o *ingresso em juízo* (agora amplo e irrestrito), a preocupação passou a residir na *saída do conflito* do Judiciário.

Estas considerações têm o objetivo de estimular os operadores do direito, especialmente os que militam em sede acadêmica, a buscar novos rumos para o acesso à Justiça, na busca de melhores condições oferece de superar os obstáculos a uma justiça rápida e eficaz.

Como disse, o problema do acesso à Justiça não é uma questão de “entrada”, pois, pela porta gigantesca desse templo chamado Justiça, entra quem quer, seja através de advogado pago, seja de advogado mantido pelo Poder Público, seja de advogado escolhido pela própria parte, sob os auspícios da assistência judiciária, não havendo, sob esse prisma, nenhuma dificuldade de acesso.

O problema é de “saída”, pois todos entram, mas poucos conseguem sair num prazo razoável, e os que saem, fazem-no pelas “portas de emergência”, representadas pelas tutelas antecipatórias, pois a grande maioria fica lá dentro, rezando, para conseguir sair com vida.

Este é o grande problema e o grande obstáculo que enfrentamos, cabendo à doutrina, através de concepções voltadas para a realidade brasileira, sem copiar modelos estrangeiros, contribuir para a formação de uma onda de “*descenso*” (saída) da Justiça, para que o sistema judiciário se torne mais racional na *entrada*, mas, também, mais racional e *humano* na *saída*.

Ocorre que a efetivação do direito à *ordem jurídica justa* extrapola os limites científicos do direito processual (ou o estudo do direito processual somente enquanto sistema), envolvendo uma análise do processo enquanto *fato social*.

As reformas legislativas e o progresso da ciência processual, portanto, mostram-se insuficientes para remover os entraves à prestação jurisdicional em tempo razoável, sendo necessário repensar o modelo judiciário, projetando-o, institucional e culturalmente, a curto, médio e longo prazo. Cuida-se aí de um *pensar político*.

Aliado a ele, é indispensável que se desenvolvam atividades administrativas e estatísticas profissionais, diagnosticando a situação atual dos órgãos judiciários e acompanhando a implementação de um modelo satisfatório para o atendimento das demandas, solucionando, com efetividade, os conflitos surgidos na sociedade.

Além disso, os *meios alternativos de solução de conflitos* surgem como possíveis vias de realização e de complementação do labor jurisdicional e de pacificação social, não para substituir o Poder Estatal por completo, mas para atuar em certas áreas, de modo a liberá-lo para cumprir adequadamente o seu desiderato, nas contendas que lhe forem vertidas.

REFERÊNCIAS

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. In: MARCATO, Antonio Carlos (org.). *Código de Processo Civil Interpretado*. São Paulo, Atlas, 2004. p. 791.

BRASIL, Presidência da República. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 20 de maio de 2020.

DIDIER JUNIOR, Fredie. *Notas sobre a garantia constitucional do acesso à justiça: o princípio do direito de ação ou da inafastabilidade do Poder Judiciário*. In: *Revista de Processo*. Ano 27. n.º 108. São Paulo, Revista dos Tribunais, out-dez/2002.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença*. 3. ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1999.

MARINONI, Luiz Guilherme. *O direito à tutela jurisdicional efetiva na perspectiva da teoria dos direitos fundamentais*. Jus Navigandi, Teresina, a. 8, n. 378, 20 jul. 2004a. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=5281>>. Acesso em 20 de maio de 2020.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação*. Forense, 2003,

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 13. ed. São Paulo, Malheiros, 1997.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *A justiça em números: indicadores estatísticos do Poder Judiciário – 2003*. Disponível em: <http://www.stf.gov.br/seminario/pdf/a_justica_em_numeros.pdf>.

TUCCI, José Rogério Cruz e. *Garantia do processo sem dilações indevidas*. In: TUCCI, José Rogério Cruz e. *Garantias constitucionais do processo civil – Homenagem aos 10 anos da Constituição Federal de 1988*. São Paulo, RT, 1999.

TJRS. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Agravo de Instrumento, Nº 70084040153, Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Newton Luís Medeiros Fabrício, Julgado em: 11-05-2020. Disponível

em https://www.tjrs.jus.br/novo/buscas-solr/?aba=jurisprudencia&q=&conteudo_busca=ementa_completa. Acesso em 22 de maio de 2020.



A COISA JULGADA NAS AÇÕES COLETIVAS PARA A TUTELA DE DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS

THE RES JUDICATA IN CLASS ACTIONS FOR THE PROTECTION OF INDIVIDUAL HOMOGENEOUS RIGHTS

DIEGO DUTRA WALLAUER¹

Resumo: O presente estudo tem por escopo a análise do regime jurídico da coisa julgada nas ações coletivas que visam a tutela de direitos individuais homogêneos. Por meio de pesquisa bibliográfica, bem como pelo método hipotético-dedutivo, em um primeiro momento, analisa-se a forma prevista na legislação brasileira para o tratamento da coisa julgada em ações coletivas, independentemente do direito envolvido na lide. Em uma segunda parte, pretende-se analisar o regime jurídico da coisa julgada especificamente no âmbito das demandas coletivas em que o debate seja permeado por direitos individuais homogêneos, analisando-se os efeitos objetivos e subjetivos, bem como o modo de produção da coisa julgada.

Palavras-chave: Coisa julgada; Ações coletivas; Direito individual homogêneo.

Abstract: The present study has the scope of analyze the legal regime of *res judicata* in the class actions that aims the protection of homogeneous individual rights. Through bibliographical research, as well as by the hypothetico-deductive method, firstly, it'll be analyzed the form provided for in

1 Mestrando em Direito na Fundação Escola Superior do Ministério Público. Advogado. Membro do Grupo de Estudos do Projeto de Pesquisa Garantias Processuais Cíveis dos Bens Transindividuais do Programa de Pós-Graduação em Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público, coordenado pelo Prof. Dr. Handel Martins Dias e vinculado no CNPq ao Grupo de Estudos Tutelas à Efetivação dos Direitos Transindividuais. E-mail: wallauer.diego@gmail.com.

Brazilian legislation for the treatment of the *res judicata* in the class actions, regardless of the legal institution involved in case. Secondly, it is intended to analyze the legal regime of the *res judicata*, specifically in the context of the class actions demands, in the cases where the debated is permeated by homogeneous individual rights, analyzing the objective and subjective effects, as well as the mode of production of the thing judged.

Keywords: *Res Judicata*; Class actions; Homogeneous individual rights.

1. INTRODUÇÃO

A Constituição Federal brasileira incluiu a proteção da coisa julgada no rol de direitos e garantias fundamentais, visando claramente a proteção das situações jurídicas consolidadas pelo tempo. Trata-se de instituto que tem por objetivo concretizar a segurança jurídica, possuindo ligação intensa com o Estado Democrático de Direito

Ademais, dada a hipercomplexidade do modo de vida contemporâneo, a ascensão de direitos difusos, coletivos em sentido estrito e individuais homogêneos, o legislador pátrio adotou as ações coletivas como um dos meios adequados para a tutela de tais direitos.

Destarte, considerando a importância desempenhada pela coisa julgada no cenário constitucional brasileiro e, notadamente, na temática das ações coletivas, estudos acerca dos seus conceitos, e, sobretudo, seus âmbitos de proteção e aplicação se mostram absolutamente salutares.

Diante deste cenário, utilizando-se da metodologia hipotético-dedutiva, o objetivo do presente estudo é investigar o regime jurídico adotado pela coisa julgada em ações cujo objetivo é a tutela de direitos individuais homogêneos.

Para tanto, o trabalho é estruturado em duas partes. A primeira investiga o regime geral da coisa julgada nas ações coletivas, de modo a entender as formas pelas quais a imutabilidade é produzida e atinge seus efeitos. A segunda analisa especificamente a aplicação do regime da coisa julgada às ações coletivas que objetivam a tutela de direitos individuais homogêneos, pretendendo, em considerações finais, identificar qual o regime jurídico da coisa julgada nessas demandas.

2. NOÇÕES GERAIS SOBRE O REGIME JURÍDICO DA COISA

JULGADA COLETIVA

A Constituição Federal brasileira, em seu artigo 5º, XXXVI, estabeleceu que a lei não afetará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada. Com tal previsão, o constituinte teve por objetivo proteger situações jurídicas já consolidadas e, com isso, concretizar a proteção da confiança e a segurança jurídica (OLIVEIRA, 2015, p. 29). Note-se que, a despeito da literalidade do comando constitucional, que se refere ao termo “lei”, a coisa julgada impõe-se também em face de decisões jurisdicionais e de atos do Poder Executivo (PORTO, 2006, p. 60).

Mesmo com o reconhecimento da coisa julgada como garantia fundamental, a Constituição Federal não forneceu seu conceito, incumbência que foi atribuída à Lei Ordinária e objeto de previsão no artigo 502 do Código de Processo Civil que, em apertadíssima síntese, conceitua a coisa julgada “como a situação jurídica que torna indiscutível o conteúdo de determinadas decisões jurisdicionais” (DIDIER JÚNIOR; ZANETI JÚNIOR, 2019, p. 471).

Trata-se de garantia que tem por objetivo evitar a eternização dos processos judiciais, gerando aos indivíduos a convicção de que os conflitos julgados pelo Poder Judiciário, e não mais sujeitos a recurso, não serão novamente analisados (THAMAY, 2018, p. 124), sendo instituto que tem por escopo conferir um limite ao poder de modificação de situações jurídicas decididas, inviabilizando, por exemplo, a prolação de uma segunda sentença sobre uma mesma demanda judicial, razão pela qual a coisa julgada está umbilicalmente ligada à questão da segurança jurídica (FERRAZ JÚNIOR, 2005, p. 264).

Diante disto, conclui-se que a coisa julgada tem como um de seus propósitos mais básicos evitar que juízos sejam reiterados. “Este foi o postulado da época de HAMMURABI, esse era o postulado no período romano, e esse é e seguirá sendo o postulado de que a coisa julgada partirá em todo caso” (NIEVA-FENOLL, 2016, p. 134-135). A concretização da segurança jurídica demanda que os processos sejam julgados uma única vez, sendo tarefa da jurisdição a promoção da estabilidade e da segurança às relações entre os indivíduos (NIEVA-FENOLL, 2016, p. 135).

Tamanha a importância da coisa julgada para a concretização da segurança jurídica e da proteção da confiança, conseqüentemente, do Estado Democrático de Direito, que não haveria sequer a necessidade de sua positivação no rol de direitos e garantias fundamentais da Constitui-

ção Federal, pois a coisa julgada caracteriza-se como corolário lógico do Estado Constitucional (MARINONI, 2016, p. 53).

Ultrapassada esta brevíssima delimitação conceitual, em relação ao regime jurídico, pode-se considerá-lo como “o conjunto de normas jurídicas que estruturam o fenômeno da coisa julgada, dando-lhe feições, contornos e características próprios. Trata-se do seu perfil dogmático” (DIDIER JÚNIOR, ZANETI JÚNIOR, 2019, p. 471).

Com efeito, o tratamento despendido à coisa julgada em ações individuais (ordenadas basicamente pelo Código de Processo Civil) é bastante diverso do tratamento concedido ao instituto em ações que tutelam direitos coletivos (CARDOSO, 2018, p. 157). Isto porque, de um lado, no processo individual, os direitos são defendidos pelos próprios titulares, que têm à disposição todos os meios processuais para participar e influenciar a decisão judicial que será prolatada, razão pela qual a coisa julgada aplica-se indistintamente às partes. De outro lado, nas ações coletivas, os direitos e interesses dos indivíduos são defendidos por representantes, fato que, por consequência lógica, justifica o tratamento diferenciado despendido à coisa julgada, de modo a não prejudicar terceiros que não integraram a lide (MAIOLINO, 2005, p. 60).

Isto porque, a expansão da eficácia da coisa julgada nas ações coletivas é corolário da própria pretensão de tutelar, em uma única demanda, conflitos metaindividuais e multifacetados por meio da técnica de representação (MANCUSO, 2016, p. 410).

A partir do estudo dos regimes jurídicos da coisa julgada, pode-se identificar a existência de três vieses importantes, quais sejam: os limites subjetivos, que visam delimitar sobre quem a coisa julgada operará seus efeitos, os limites objetivos, destinados a identificar qual o objeto de aplicação da imutabilidade e da indiscutibilidade e, por fim, o modo de produção, que tem por escopo analisar a maneira como a coisa julgada se produz no âmbito do processo (DIDIER JÚNIOR, ZANETI JÚNIOR, 2019, p. 471).

No que tange aos limites subjetivos da coisa julgada, no processo individual, a regra é a adoção do limite *inter partes*, sendo indiferente o resultado do processo (MAIOLINO, 2005, p. 65), ou seja, vincula tão somente as partes do processo e, em regra, não tem aptidão para atingir terceiros que não integraram a lide (THAMAY, 2018, p. 106).

No entanto, quando a realidade passa a ser a dos conflitos coletivos, em que a disputa se dá em face de uma incontável quantidade de interesses individuais, tornando indetermináveis os sujeitos ativos do direito ou interesse tutelado, o regime individual *inter partes* da coisa julgada se

mostra absolutamente incompatível (MANCUSO, 2015, p. 361). Ademais, tendo em vista a finalidade precípua das ações coletivas, que é a tutela de direitos coletivos, operada por um representante, a sistemática da coisa julgada tem que ser diversa, de forma a estender seus efeitos à terceiros que não integraram a lide (ARRUDA ALVIM, 2015, p. 114). Por tal razão, nas ações coletivas houve um tratamento coerente pelo Código de Defesa do Consumidor, adotando, para interesses difusos a previsão de limites *erga omnes*, aos interesses coletivos *stricto sensu* o limite *ultra partes* e, por fim, aos interesses individuais homogêneos, o limite subjetivo *erga omnes* apenas em caso de procedência do pedido (MAZZILLI, 2007, p. 529-530).

Apenas para delimitar conceitos, a coisa julgada *ultra partes* tem aptidão para atingir, além das partes que integraram a lide, alguns terceiros determinados (ALVES, 2018, p. 97-98), tendo aplicação, como visto, quando da tutela de direitos coletivos em sentido estrito, nos termos do art. 103, inciso II, do CDC. Por outro lado, a coisa julgada *erga omnes* aplica-se a todos, independentemente de sua participação no processo, sendo cabível aos direitos difusos, indivisíveis por natureza, conforme previsão contida no artigo 103, inciso I, do Código de Defesa do Consumidor (DIDIER JÚNIOR, ZANETI JÚNIOR, 2019, p. 472). Ademais, no que tange às ações coletivas que têm por objeto a tutela de direitos individuais homogêneos, a extensão subjetiva da coisa julgada encontra previsão no artigo 103, inciso III, do Código de Defesa do Consumidor, estabelecendo-se a extensão *erga omnes* da coisa julgada apenas em caso de procedência, e não inviabilizando o ajuizamento das respectivas ações individuais, com exceção daqueles que tiverem figurado na ação coletiva na condição de parte ou de litisconsorte (ARENHART, 2014, p. 389-390).

Em referência aos limites objetivos da coisa julgada, imperioso destacar que, nos termos do artigo 503, *caput*, do atual Código de Processo Civil, a coisa julgada limitar-se-á às questões meritórias expressamente decididas, sendo, portanto, limitada ao objeto principal da contenda. No entanto, a nova codificação inovou ao incluir dois parágrafos à sobredita norma jurídica e, preenchidos os requisitos previstos, a coisa julgada tem condições de atingir também as questões prejudiciais de mérito decididas de forma expressa e incidental (ALVES, 2018, p. 94-95).

Já no que tange ao modo de produção da coisa julgada, pode-se identificar três diferentes formas de produção da coisa julgada: (i) a chamada coisa julgada *pro et contra*, regra geral adotada comumente no processo individual, pela qual a imutabilidade e indiscutibilidade operam seus efeitos independentemente do resultado do processo ou do conteúdo da decisão judicial prola-

tada (DIDIER JÚNIOR; ZANETI JÚNIOR, 2019, p. 473); (ii) a extensão dos efeitos da coisa julgada *secundum eventum litis*, em que a imutabilidade e indiscutibilidade se condicionam ao resultado do processo ou ao conteúdo da decisão judicial. No caso de procedência do pedido formulado, será possível a ampliação dos limites subjetivos da coisa julgada (MENDES, 2012, p. 263-264) e, se a pretensão for julgada improcedente, a demanda poderá ser proposta novamente, tendo em vista que a decisão não terá produzido coisa (DIDIER JÚNIOR; ZANETI JÚNIOR, 2019, p. 473); e, (iii) a coisa julgada *secundum eventum probationis*, que produz seus efeitos tão somente em caso de julgamento com base no exaurimento dos meios probatórios, ou seja, não se forma em caso de julgamento de improcedência com base na insuficiência de provas, viabilizando a propositura de nova demanda, desde que haja prova nova capaz de modificar o entendimento do Juízo (ALVES, 2018, p. 96-97).

Neste contexto, de forma geral, é possível mencionar que o regime da coisa julgada nas ações coletivas pode ser, sob os limites subjetivos, *ultra partes ou erga omnes*, sob os limites objetivos, atingir a questão principal e a prejudicial de mérito e, sob o modo de produção, *secundum eventum litis e secundum eventum probationis*, sendo importante, para o viés do presente trabalho, analisar a aplicabilidade da coisa julgada nas ações que visam a tutela de direitos individuais homogêneos.

3. REGIME JURÍDICO DA COISA JULGADA NAS AÇÕES CUJO OBJETIVO É A TUTELA DE DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS

Para iniciar a análise da aplicação da coisa julgada em demandas coletivas que tutelam direitos individuais homogêneos, cumpre ressaltar que o artigo 103, inciso III, do Código de Defesa do Consumidor prevê que “tratando-se de direitos individuais homogêneos, a coisa julgada tem expansão *erga omnes*, desde que o pedido seja julgado procedente, em benefício de todas as vítimas e seus sucessores” (TUCCI, 2006, p. 315).

Tal solução – efeitos *erga omnes* apenas para beneficiar – teve como objetivo evitar graves problemas de ordem constitucional, pois se houvesse a possibilidade de atribuição de efeitos *erga omnes* para prejudicar terceiros, haveria clara violação ao direito de acesso à justiça, do contraditório, dentre outras garantias fundamentais (ZUFELATO, 2011,

p. 393-394). Nesta senda, caso a demanda coletiva seja julgada improcedente, os indivíduos que não participaram do processo têm a possibilidade de ajuizar sua própria demanda judicial (ARENHART, 2019, p. 221).

Importante ressaltar que, nas ações coletivas que tutelam direitos individuais homogêneos, tanto os limites objetivos quanto subjetivos da coisa julgada estão necessariamente vinculados aos indivíduos que foram lesados em sua situação particular. Consequência disso é um procedimento bifásico (ZUFELATO, 2011, p. 397), no qual, em um primeiro passo, a sentença proferida na contenda coletiva é genérica, reconhecendo o *an debeatur* do indivíduo que, em um segundo momento, deverá promover a liquidação e execução do julgado, demonstrando o nexo entre a lesão sofrida e a conduta do réu (LEONEL, 2017, p. 350-351). O regramento de tal procedimento está previsto nos artigos 95 e 97 do Código de Defesa do Consumidor, permitindo que o titular de direito subjetivo tutelado, diante de uma sentença coletiva genérica, promova diretamente a liquidação e execução dos seus danos individuais (DIDIER JÚNIOR; ZANETI JÚNIOR, 2019, p. 483).

Em relação ao regime da coisa julgada nas ações que visam a tutela de direitos individuais homogêneos, há outra peculiaridade interessante. Conforme previsão contida no artigo 104 do Código de Defesa do Consumidor, não serão beneficiados pela extensão da coisa julgada aqueles indivíduos que, possuindo ação individual relativa à mesma temática não requererem a suspensão de sua demanda no prazo de trinta dias, contados de sua ciência acerca da existência da ação coletiva (ARENHART, 2019, p. 221).

Vale lembrar que os indivíduos que requereram a suspensão de sua ação individual podem ser beneficiados positivamente pelos efeitos da coisa julgada da ação coletiva, mas permanecem incólumes em caso de julgamento contrário aos interesses do grupo, momento a partir do qual poderão postular a reativação de suas ações individuais. A questão central é a cientificação inequívoca do demandante individual. Caso tenha sido efetivamente intimado, se não propugnar pela suspensão da ação individual, não será beneficiado pelo resultado da ação coletiva (LEONEL, 2017, p. 352-353).

Destarte, o resultado da demanda é fundamental para a análise da extensão subjetiva da coisa julgada nas ações coletivas que visam a tutela de direitos individuais homogêneos. Em havendo sentença de procedência, os membros individuais serão beneficiados, exceto aqueles que, efetivamente cientificados, não postularam a suspensão de sua ação individual. No caso de improcedência, a coisa julgada infere seus efeitos apenas sobre aqueles que efetivamente participaram da ação coletiva (partes e litisconsortes) (ARENHART, 2019, p. 221).

Desta forma, em síntese conclusiva, tem-se que o regime da coisa julgada coletiva nas ações que versam sobre direitos individuais homogêneos é *erga omnes* e *secundum eventum litis*.

4. CONCLUSÃO

A coisa julgada se encontra positivada na Constituição Federal, ostentando a qualidade de garantia fundamental, fato que lhe concede especial conexão com a segurança jurídica e com o próprio Estado Democrático de Direito.

O tratamento destinado à coisa julgada nas ações individuais, por normalmente tratar de interesses das próprias partes, em regra, é *inter partes* e *pro et contra*, de modo que os efeitos da coisa julgada atingem, para beneficiar e para prejudicar, tão somente às partes que integraram a lide e, portanto, tiveram a oportunidade de participar na formação da decisão judicial.

No entanto, dada a natureza multifacetada dos interesses envolvidos na tutela dos direitos coletivos, com sujeitos indetermináveis, defendidos por representantes ditos adequados, o regime jurídico da coisa julgada tem de se adaptar, sob pena de inviabilizar-se o sistema dos processos coletivos. Os limites subjetivos são estendidos a terceiros, a depender do tipo de direito tutelado. Se difuso, efeito *erga omnes*, que atinge a todos, independentemente da participação no processo. Se coletivo em sentido estrito, *ultra partes*, que atinge a alguns determinados terceiros que não integraram a lide originária.

Nas ações coletivas cujo objeto visa a tutela de direitos individuais homogêneos, o artigo 103, inciso III, do Código de Defesa do Consumidor prevê o regime *erga omnes*, condicionando a eficácia ao julgamento de procedência da demanda, ou seja, *secundum eventum litis*. Esta configuração tem por objetivo evitar que os efeitos da coisa julgada prejudiquem terceiros que não integraram a lide, pois, fosse permitido, violaria os princípios do acesso à justiça, do contraditório, dentre outros.

Importante mencionar que não são todos que são atingidos pelos efeitos da coisa julgada, mas tão somente os indivíduos vinculados ao interesse tratado na demanda coletiva. Para concretizar a extensão dos efeitos da coisa julgada coletiva aos direitos individuais, o legislador criou um mecanismo bifásico, no qual, em uma primeira fase, a ação é proposta por um legitimado objetivando a prolação de uma sentença genérica, que reconheça o *an debeatur*. Na segunda fase, o indivíduo, comprovando a sua vinculação

ao direito tutelado (nexo de causalidade entre a lesão sofrida e a conduta do Réu), pode promover a liquidação e o cumprimento da sentença coletiva.

Vale mencionar a norma contida no artigo 104 do Código de Defesa do Consumidor, que prevê que o indivíduo, efetivamente cientificado da existência da ação coletiva, tem o dever de requerer a suspensão de sua ação individual no prazo de trinta dias, sob pena de não poder se beneficiar dos efeitos positivos da coisa julgada, mantendo-se a regra de impossibilidade de extensão subjetiva prejudicial dos efeitos da *res judicata*.

Assim sendo, conclui-se que o regime jurídico atribuído à coisa julgada nas ações coletivas com objetivo de tutelar direitos individuais homogêneos é *erga omnes* e *secundum eventum litis*.

REFERÊNCIAS

ALVES, Gustavo Silva. Ações coletivas e casos repetitivos: a vinculação das decisões no processo coletivo. Salvador: Juspodivm, 2018.

ARENHART, Sérgio Cruz. A tutela coletiva de interesses individuais: para além da proteção dos interesses individuais homogêneos. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo. Curso de processo civil coletivo. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

ARRUDA ALVIM. Coisa julgada nas ações coletivas e identidade de causas entre ação civil pública e ação popular. *In*: MILARÉ, Édís (coord.). Ação civil pública após 30 anos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

CARDOSO, Juliana Provedel. O modelo brasileiro de processo coletivo: as ações coletivas e o julgamento de casos repetitivos. Salvador: Juspodivm, 2018.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hermes. Curso de direito processual civil: processo coletivo. V. 4. 13ª ed. Salvador: Juspodivm, 2019.

FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. Segurança jurídica, coisa julgada e justiça. Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica, Porto Alegre, v.1, n. 3, p. 263-278, 2005.

LEONEL, Ricardo de Barros. Manual do processo coletivo. 4ªed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MAIOLINO, Eurico Zecchin. Coisa julgada nas ações coletivas. Revista de Processo, São Paulo, v.30, n.123, p. 60-75, mai.2005.

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. 14ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Ação popular. 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme. A intangibilidade da coisa julgada diante da decisão de inconstitucionalidade: art. 525, §§ 12, 13, 14 e 15, CPC/2015. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MAZZILLI, Hugo Nigro. A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses. 25ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. Ações coletivas e meios de resolução de conflitos no direito comparado e nacional. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

NIEVA-FENOLL, Jordi. Coisa julgada. Tradução Antônio do Passo Cabral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

OLIVEIRA, Paulo Mendes de. Coisa julgada e precedente: limites temporais e as relações jurídicas de trato continuado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

PORTO, Sérgio Gilberto. Coisa julgada civil. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

THAMAY, Rennan. Coisa julgada. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

TUCCI, José Rogério Cruz e. Limites subjetivos: da eficácia da sentença e da coisa julgada civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

ZUFELATO, Camilo. Coisa julgada coletiva. São Paulo: Saraiva, 2011.



O PRECEDENTE COMO FUNDAMENTO À TUTELA DE EVIDÊNCIA NOS RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS

THE PRECEDENT AS A GROUND FOR THE EVIDENCE PROVISION IN EXTRAORDINARY APPEAL

ISADORA DA SILVA GROSS¹

Resumo: O presente artigo propõe a utilização da técnica antecipatória em recurso especial e extraordinário, com fundamento na evidência, quando existir precedente na Corte Suprema em que é dirigido acerca da matéria sustentada nas razões recursais. Para tanto, analisar-se-á a eficácia vinculante do precedente na Justiça Civil, bem como a possibilidade de interpretação extensiva do inciso II, do artigo 311, do Código de Processo Civil vigente, à luz da tutela dos direitos. Com base nessas premissas, pretende-se abordar a possibilidade de antecipação dos efeitos do provimento recursal no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça, como forma de dar tutela aos direitos, frente ao desrespeito à autoridade do precedente.

Palavras-chave: Antecipação da tutela recursal. Precedente. Tutela dos direitos. Tutela de evidência.

Abstract: This article proposes the use of the Injunctive Relief technique in a Special and Extraordinary Appeal, based on evidence, when precedents exist in the Supreme Court in which it is directed on the matter sustained

1 Advogada. Pós-Graduada em Direito Civil e Processo Civil na FMP. Pós-Graduada em Direito e Negócios Imobiliários na FMP. Pesquisadora do Grupo de Estudos “Processo Civil e Estado Constitucional” da UFRGS, coordenado pelo Prof. Dr. Daniel Mitidiero. Pesquisadora do Grupo de Pesquisa “Teoria do Direito: da academia à prática” da FMP, coordenado pelo Prof. Dr. Francisco Motta. Endereço eletrônico: isadoragross@hotmail.com.

in the appellate grounds. Therefore, the binding effectiveness of the precedent in Civil Justice will be analyzed, as well as the possibility of extensive interpretation of item II, of article 311, of the Brazilian Civil Procedures Act, due process of protection of rights. Based on these premises, it is intended to address the possibility of anticipating the effects of the appeal in the Supreme Federal Court and the Superior Court of Justice, as a way of protecting rights, in the face of disrespect for the authority of the precedent. **Keywords:** Anticipation of appeal protection. Precedent. Protection of rights. Evidence Injunction.

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho objetiva analisar a possibilidade de utilização da técnica antecipatória com fundamento na evidência (na hipótese do art. 311, II, do CPC) nos recursos extraordinários dirigidos às Cortes Supremas. A fim concretizar esse objetivo, abordar-se-á, num primeiro momento, como o processo civil se relaciona com a tutela dos direitos no Estado Constitucional, buscando demonstrar que o objetivo deste estudo está em consonância com o fim do processo dentro da ordem constitucional vigente. A partir dessa premissa, tratar-se-á da vinculação ao precedente na Justiça Civil e de que forma essa vinculação impacta na utilização das técnicas antecipatórias. Por fim, debruçar-se-á sobre a possibilidade teórica e oportunidade prática de utilizar a tutela de evidência recursal quando o direito do recorrente está amparado em precedente proferido pela Corte em que se dirige.

2. O PROCESSO CIVIL E A TUTELA DOS DIREITOS

O processo civil, no Estado Constitucional, deve estar vocacionado à tutela dos direitos, de modo que pretender neutralidade do processo em relação ao direito material é o mesmo que negar-lhe qualquer valor (MARINONI, 2015, p. 22). Assim, se é verdade que o fim do processo civil é dar tutela aos direitos, ele deve estar compromissado a sua proteção. Daí que a ação (que é a forma de exercício do direito à tutela jurisdicional) deve ter o foco voltado ao resultado; em outras palavras, a ação deve ser o meio para prestação da tutela jurisdicional adequada, efetiva e tempestiva dos direitos, mediante processo justo (MARINONI; MITIDIERO, 2017, p. 778).

Nessa perspectiva, o processo civil deixa de ser pensado como um sistema puramente técnico, de modo que se mostra permeável aos valores da ordem político-constitucional e jurídico-material dos direitos que buscam efetividade através dele, inserindo-se no âmbito axiológico da sociedade a que se destina (DINAMARCO, 2002, p. 24). É justamente a partir dessa visão instrumental do processo que se faz necessária a relação entre técnica processual e tutela dos direitos (MARINONI, 2019), de modo que aquela deve adequar-se a esta.

A tutela dos direitos, por sua vez, pode ser prestada em duas dimensões: uma dimensão particular e uma dimensão geral. Na dimensão particular, o processo deve ser capaz de viabilizar a proteção de direitos individuais e transindividuais mediante decisão justa. Já na dimensão geral, deve propiciar a unidade do direito a partir dos precedentes judiciais. Esse duplo discurso do processo civil é desempenhado a partir decisão judicial: um discurso dirigido às partes e um discurso encaminhado à sociedade (MITIDIÉRO, 2017a, p. 32-33).

Tecidas as presentes considerações pode-se compreender a interrelação entre os discursos. Isso significa que a tutela dos direitos na dimensão particular depende da tutela de direitos prestada na dimensão geral, na exata medida em que uma decisão somente será justa – às partes do processo – se respeitar os precedentes. A recíproca é igualmente verdadeira, de maneira que a tutela na dimensão geral depende daquela prestada na dimensão particular, porquanto a coerência do sistema – voltada à sociedade como um todo – impõe que os precedentes sejam obedecidos pelas instituições subordinadas à interpretação outorgada aos textos pelas Cortes Supremas.

Portanto, nada mais adequado à tutela dos direitos que a utilização de técnicas processuais que levam em consideração a necessária unidade do direito a partir dos precedentes.

3. A VINCULAÇÃO AO PRECEDENTE NA JUSTIÇA CIVIL E SEUS REFLEXOS NA UTILIZAÇÃO DA TÉCNICA ANTECIPATÓRIA

A necessidade de vinculação ao precedente pode ser vista a partir da evolução da teoria da interpretação. Quando a doutrina passa a se preocupar com a (dupla) indeterminação do direito (GUASTINI, 2011, p. 39-61) compreendendo paulatinamente que o formalismo teórico (GUASTINI, 2005, p. 160-165) já não é mais adequado, nem suficiente para outor-

gar segurança jurídica às pessoas, desenvolvendo o ceticismo e suas ramificações (MITIDIERO, 2018, p. 55), vai tornando-se claro que a atividade interpretativa não é a mera declaração de um sentido prévio e único estabelecido no texto, mas sim uma escolha “cognoscitiva do sentido do objeto a interpretar”, sendo o seu resultado “a fixação da moldura que representa o Direito a interpretar e, conseqüentemente, o conhecimento das várias possibilidades que dentro dessa moldura existem” (KELSEN, 2009, p. 390).

Portanto, norma não se confunde com texto, pois aquela é construída a partir da interpretação sistemática de textos normativos (ÁVILA, 2019, p. 50). Segundo essa perspectiva, compreende-se por “norma” o produto da atividade interpretativa, notadamente alcançada a partir da argumentação jurídica que por sua vez é “o conjunto de justificações que são aduzidas em favor de tal decisão” (GUASTINI, 2005, p. 154).

Levando em consideração esses pressupostos e, igualmente, que “o Direito é o avesso da arbitrariedade” (MITIDIERO, 2018, p. 67) a dita escolha do significado do texto normativo obrigatoriamente deve ser pautada por um discurso racional, onde a argumentação jurídica seja traçada mediante justificação interna (organização lógico-formal das premissas) e externa (correção das premissas)². Para uma justiça formal, a justificação de decisões deve ser pautada em proposições universais, a fim de que esse discurso possa servir como base para aplicação em outros casos semelhantes (MACCORMICK, 2009, p. 126).

A necessidade de proteger a segurança jurídica das arbitrariedades, dá-se mediante racionalidade do discurso, dos princípios como normas e dos precedentes vinculantes como forma de criação de limites discursivos e normativos à liberdade interpretativa (ZANETI JR., 2019, p. 152). Para tanto, deve-se delimitar as atribuições das Cortes na organização judiciária, de modo que às Cortes de Justiça sejam incumbidas de prolar decisões justas e às Cortes Supremas a competência de formar precedentes, a partir da interpretação dos textos normativos (MITIDIERO, 2017a, p. 37).

O motivo claro à vinculação aos precedentes³, portanto, recai sobre o fato de que deixar de segui-lo é, em última análise, insubordinar-se a própria

2 Sobre o discurso jurídico e a estrutura racional da argumentação jurídica ver: ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica. Tradução: Zilda Hutchinson Schild Silva. 2ª ed. São Paulo: Landy, 2005, p. 209-279.

3 Precedentes aqui entendidos como razões generalizáveis extraídas de decisões unânimes ou majoritárias proferidas por Cortes Supremas (MITIDIERO, 2018, p. 98) – “independentemente da técnica processual adotada para a sua produção” (JARDIM, 2018, p. 941).

autoridade da legislação, na medida em que o precedente se forma a partir da interpretação dos textos normativos (MITIDIERO, 2017a, p. 112).

Amalgamando a necessidade de vinculação aos precedentes à tutela dos direitos numa dimensão particular, tem-se que é injusto que a parte munida de prova documental suficiente à comprovação de suas alegações de fato e cujo caso seja igual ou semelhante àquele já solucionado por uma Corte Suprema, em decisão que se possa extrair precedente, suporte sozinho o ônus do tempo no processo. É por essa razão que se pretende sustentar que o inciso II, do artigo 311, do Código de Processo Civil traduz hipótese meramente exemplificativa.

Inicialmente, ressalta-se que a tutela com fundamento na evidência do direito alegado, tal como a tutela provisória com fundamento na urgência, apresenta-se como técnica de sumarização geral apta à utilização no procedimento comum. As técnicas de sumarização processual atuam sobre a cognição judicial. Deste modo, “a cognição pode ser vista em dois planos distintos: horizontal (extensão, amplitude) e vertical (profundidade)” (WATANABE, 2000, p. 111). No plano horizontal, a cognição pode ser plena ou parcial; e no sentido vertical exauriente, sumária ou superficial (MARINONI, 2017, p. 30).

Observa-se que as técnicas de sumarização processual, notadamente aquelas que produzem cortes verticais na cognição judicial, servem à proteção das garantias fundamentais que compõe o direito ao processo justo, na medida em que têm como denominador comum o objetivo de distribuir isonomicamente o tempo do processo entre os litigantes (MITIDIERO, 2017b, p. 153).

Fala-se de necessidade de distribuição do tempo do processo entre os litigantes partindo-se do pressuposto de que o tempo é um *ônus* que, em regra, é suportado unicamente pelo autor. Isso porque, “o tempo é um dos grandes adversários do ideal de efetividade do processo, sendo a morosidade fator potencializador das disparidades entre as partes”. (CAMBI, 2016, p. 85). Partindo-se da premissa de que as partes devem ser tratadas de forma isonômica, não há como admitir-se, à luz do processo justo, que o demandante tolere sozinho a demora patológica ou mesmo fisiológica inerente ao processo.

Com objetivo de retirar da esfera do autor a carga exclusiva da demora inerente ou patológica da marcha processual o legislador desenhou no art. 311, do Código de Processo Civil hipóteses que julgou serem casos de direito evidente – e, portanto, que independem de risco de dano ou risco à utilidade do processo ao seu deferimento. Entretanto, no que se propõe a

analisar no presente trabalho, o inciso segundo, do artigo referido, traduz que será deferida a antecipação da tutela satisfativa quando “as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documentalmente e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante”.

Ocorre que não se compreende como correto restringir o âmbito de aplicação da técnica antecipatória à súmula vinculante e à decisão tomada em “casos repetitivos”, porquanto indicam “meros exemplos do entendimento das Cortes Supremas, que, mais do que em qualquer outro lugar, está em seus precedentes” (MARINONI, 2017, p. 334-335). Assim, se o precedente é vinculante independentemente da técnica de julgamento, não há qualquer razão que possa sustentar a restrição referida, tornando-se imperiosa a sua extensão, sobretudo diante da necessidade de coerência do sistema jurídico.

Assim como durante todo o desenvolvimento do processo em primeiro grau de jurisdição, a tutela de evidência na hipótese analisada pode também ser deferida em grau recursal, sobretudo em recursos dirigidos às Cortes Supremas, notadamente diante do tempo excessivo de tramitação, conforme será abordado.

4. A POSSIBILIDADE E A OPORTUNIDADE DO DEFERIMENTO DA TUTELA DE EVIDÊNCIA NO RECURSO ESPECIAL E NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO

Partindo-se do pressuposto que a legitimidade do processo tem relação necessária com a garantia de tutela aos requisitos mínimos traçados pelo direito fundamental ao processo justo, bem como compreendendo que dentre o perfil mínimo está o direito fundamental da razoável duração do processo (MARINONI; MITIDIERO, 2017, p. 765-772), não há como admitir-se o tempo excessivo de tramitação recursal, não só quando o recorrente apresente urgência na tutela jurisdicional, mas também quando seu direito for evidente. Se o fim do processo, no Estado Constitucional, é dar tutela aos direitos, mediante prestação jurisdicional adequada, efetiva e tempestiva, não há qualquer impasse ao deferimento da antecipação da tutela, com fundamento aqui sustentado, em recurso especial e extraordinário, como se passará a estudar.

Em primeiro lugar, numa dimensão particular da tutela de direitos, a utilização da técnica antecipatória com fundamento na evidência

em grau recursal se faz necessária à parte diante do tempo de tramitação dos recursos dirigidos ao Supremo Tribunal Federal e ao Superior Tribunal de Justiça. Em dados estatísticos, o tempo médio da distribuição do recurso até a baixa do mesmo no Superior Tribunal de Justiça no ano de 2018 (último ano de apuração) foi de 1 ano e 1 mês (CNJ, 2019). Isso decorre, em maior medida, do número de demandas levadas às superiores instâncias, uma vez que naquele mesmo ano foram distribuídos 55.214 processos no Supremo Tribunal Federal (STF, 2019) e 348.416 no Superior Tribunal de Justiça (STJ, 2019).

Em segundo lugar, numa dimensão geral da tutela de direitos, a autorização ao deferimento da tutela de evidência está pautada na necessidade de proteção à autoridade do precedente. Se “violado precedente [...] o meio adequado para fazer valer as razões para a solução do caso concreto é o recurso cabível da decisão que o violou” (MITIDIERO, 2017a, p. 134), então, não há qualquer razão para que se aguarde o julgamento colegiado ou a apresentação de contrarrazões (numa interpretação não restritiva do art. 932, V, do CPC) quando o recorrente estiver sustentando-se em precedente. A própria Corte Suprema tem interesse em afirmar a autoridade de seus precedentes, em nome da unidade da ordem jurídica, repelindo qualquer ato de desrespeito a eles, motivo pelo qual não é desejável à Corte que se perpetue no tempo uma decisão em dissonância com a interpretação por ela outorgada.

Expostos os argumentos que sustentam a possibilidade e a oportunidade da utilização da técnica exposta, cabe traçar alguns aspectos fundamentais dela, a fim de demonstrar como, na prática, a técnica se presta à tutela dos direitos.

Tal como a tutela provisória antecipada requerida em primeiro grau de jurisdição, a técnica aplicada em grau recursal tem como finalidade “antecipar provisoriamente os efeitos da tutela”, ou seja, “adiantar no tempo, acelerar, os efeitos da futura decisão favorável” (DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, 2016, p. 600). Assim, a antecipação da tutela recursal dar-se-á de duas formas: suspendendo os efeitos da decisão recorrida ou concedendo ao recorrente os efeitos práticos do futuro provimento do recurso. Percebe-se, nessa seara, que a concessão de efeito suspensivo e/ou a antecipação de tutela recursal “nada mais são que variações de tutelas provisórias, concedidas com vistas à pretensão recursal, podendo, pois, se manifestarem como tutelas de urgência e de evidência recursais” (MEDINA, 2017, p. 1241).

O Código de Processo Civil não traz expressamente a possibilidade de tutela provisória recursal com fundamento na evidência, muito

embora faça repetidamente referência aos requisitos da tutela de urgência como pressupostos ao seu deferimento (como, por exemplo, nos artigos 995, parágrafo único, 1.012, §4º e 1.026, §1º). Porém, o artigo 932, II, do mesmo diploma legal dispõe que cabe ao relator a apreciação de *tutela provisória* – portanto, dispõe sobre o “gênero”, englobando, dessa forma, tanto a urgência, quanto a evidência. Sob essa ótica é que se pode sustentar tranquilamente a possibilidade de utilização das tutelas provisórias recursais com fundamento na evidência. Nesse mesmo sentido a doutrina processual sedimentou no Enunciado 423 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “cabe tutela de evidência recursal”.

Para ilustrar em termos práticos um caso em que seria possível a utilização da técnica antecipatória recursal, com fundamento na evidência na hipótese tratada no presente trabalho, trar-se-á à baila o julgamento do Recurso de Apelação nº 70078892494, proferido pela 7ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul em 26 de setembro de 2018 (BRASIL, 2018). O acórdão emanado pelo TJRS no recurso citado deu parcial provimento ao apelo, reformando a sentença especificamente quanto ao capítulo que condenava o ex-cônjuge ao pagamento de aluguéis pelo uso exclusivo do bem comum do casal. Para sustentar o entendimento, justifica que, enquanto não realizada a partilha dos bens, estes ficam em estado de “mancomunhão”, e, portanto, o imóvel continua pertencendo a ambos os cônjuges ou companheiros, de modo que o uso exclusivo por um deles não cria direito de o outro receber locativos.

Entretanto, a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial nº 1375271/SP, em acórdão publicado no Diário de Justiça Eletrônico no dia 02 de outubro de 2017 (BRASIL, 2017), sedimentou entendimento diverso. A *ratio decidendi* da decisão, que tem caráter vinculativo e de observação obrigatória, se assenta na premissa de que o fato de certo bem ainda pertencer indistintamente aos ex-cônjuges, por ainda não ter sido partilhado, não representa automático empecilho ao pagamento de alugueres pelo uso exclusivo do bem por um deles, desde que a parte que toca a cada um tenha sido definida por qualquer meio inequívoco.

Veja-se que no exemplo citado, a parte sucumbente poderia interpor Recurso Especial, preenchendo os requisitos de admissibilidade, e, se a situação se enquadrasse na hipótese de aplicação do precedente do Superior Tribunal de Justiça, poderia pleitear a antecipação da tutela recursal – a fim de gozar antes dos efeitos da reforma da sentença – comprovando a evidência no provimento do recurso; portanto, independen-

temente da demonstração de risco de dano ou risco ao resultado útil do processo, haveria a possibilidade de utilização da técnica antecipatória, apenas através da demonstração da evidência no provimento recursal.

Observa-se diante da fundamentação aqui traçada que a antecipação da tutela recursal com fundamento na evidência, em face da existência de precedente aplicável ao caso, é plenamente admissível teoricamente e apresenta relevância prática, mostrando-se como técnica adequada à tutela dos direitos no processo civil.

4. CONCLUSÃO

Diante das reflexões trazidas, parece claro que a utilização da técnica antecipatória, com fundamento na evidência, em recursos dirigidos às Cortes Supremas presta contas à necessária tutela de direitos, em ambas dimensões. Isso porque, não é desejável nem às Cortes de interpretação, nem à parte recorrente, a demora na tramitação recursal. Àquelas, uma decisão em dissonância com o seu entendimento fere a autoridade de seus precedentes; a esta, suportar o ônus do tempo de tramitação recursal quando o provimento é evidente, parece afrontar o direito à tutela jurisdicional tempestiva.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Teoria da Argumentação Jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica. Tradução: Zilda HutchinsonSchild Silva. 2ª ed. São Paulo: Landy, 2005.

ÁVILA, Humberto. Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 19ª ed. São Paulo: Malheiros, 2019.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Nº 70078892494. Sétima Câmara Cível. Relatora Desembargadora Liselena Schifino Robles Ribeiro. Julgado em 26 de setembro de 2018. Lex: acórdão. Disponível em: <<https://www.tjrs.jus.br/site/jurisprudencia/>>. Acesso em: 05 abr. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial N° 1375271/SP. Terceira Turma. Relatora Ministra NANCY ANDRIGHI. Julgado em 21 de setembro de 2017. Lex: acórdão. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>>. Acesso em: 05 abr. 2019.

CAMBI, Eduardo; NEVES, Aline Regina das. Duração Razoável do Processo e Tutela Antecipada. In.: BUENO, Cassio Scarpinella; NETO, Elias Marques de Me-deiros; NETO, Olavo de Oliveira. (Coord.). Tutela Provisória no novo CPC: dos 20 anos de vigência do art. 273 do CPC/1973 ao CPC/2015. São Paulo: Saraiva, 2016.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). Justiça em Números. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/justica-em-numeros/>>. Acesso em: 10 jun. 2020.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória. 11ª ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

GUASTINI, Riccardo. Das Fontes às Normas. Tradução: Heleno Taveira Tôrres. São Paulo: QuartierLatin, 2005.

_____. Interpretare e argomentare. Milano: Giuffrè, 2011.

JARDIM, Augusto Tanger. Cortes Supremas e Cortes de Justiça: a necessidade de ressignificação do sistema judiciário brasileiro. In.: ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel (Coord.). O Processo Civil entre a Técnica Processual e a Tutela dos Direitos: estudos em homenagem a Luiz Guilherme Marinoni. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. Tradução: João Baptista Machado. 8ª ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

MACCORMICK, Neil. Argumentação Jurídica e Teoria do Direito. Tradução: Weldéa Barcellos. 2ª ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

MARINONI, Luiz Guilherme. Tutela de Urgência e Tutela da Evidência: soluções processuais diante do tempo da justiça. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

_____. Técnica Processual e Tutela dos Direitos. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

MEDINA, José Miguel Garcia. Curso de Direito Processual Civil Moderno. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MITIDIERO, Daniel. Cortes Superiores e Cortes Supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

_____. Antecipação da tutela: da tutela cautelar à técnica antecipatória. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

_____. Precedentes: da persuasão à vinculação. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Curso de Direito Constitucional. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). Estatísticas do STF. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/textos/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=REAL-ProcessoDistribuido>>. Acesso em: 10 jun. 2020.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (STJ). Boletim Estatístico do Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/webstj/Processo/Boletim/>>. Acesso em: 10 jun. 2020.

WATANABE, Kazuo. Da Cognição no Processo Civil. 2º ed. Campinas: Book-seller, 2000.

ZANETI JR., Hermes. O Valor Vinculante dos Precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes. 4ª ed. Salvador: JusPodivm, 2019.

A FUNÇÃO DA RECLAMAÇÃO CONSTITUCIONAL

NO CPC/15¹

THE ROLE OF CONSTITUTIONAL COMPLAINT IN

CPC/15

THOMÁS HENRIQUE WELTER LEDESMA²

HANDEL MARTINS DIAS³

Resumo: A Reclamação Constitucional se desenvolveu, dentro do ordenamento jurídico brasileiro, a partir da teoria dos poderes implícitos. Com o transcorrer do tempo, a reclamação foi se desenvolvendo e tendo suas hipóteses de cabimento expandidas. Doutrina majoritária entende que a Reclamação Constitucional possui quatro fases, sendo a última inaugurada com a promulgação da Constituição Federal de 1988. O presente artigo tem por objetivo verificar, a partir da publicação do novo Código de Processo Civil, em 2015, com a adoção do sistema de precedentes, se as transformações sofridas pela Reclamação Constitucional são

1 Artigo científico desenvolvido a partir de estudos realizados no grupo de pesquisa “Garantias Processuais dos Bens Cíveis Transindividuais” coordenado pelo Prof. Dr. Handel Martins Dias, do programa de mestrado da Fundação Escola Superior do Ministério Público – FMP/RS.

2 Mestre em Tutelas à Efetivação de Direitos Indisponíveis pela Fundação Escola Superior do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul - FMP/RS. E-mail: thomasledesma@gmail.com

3 Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Mestre em Direito Processual pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul e Doutor em Direito Processual pela Universidade de São Paulo. Professor nos cursos de Bacharelado, Especialização e Mestrado em Direito da Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público. Coordenador da Pesquisa da Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público. Advogado sócio da Léo Coronato de Oliveira Advogados Associados. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual, da Associação Brasileira de Justiça Constitucional, do Colégio de Advogados Processualistas Latino-Americanos e da Associação Mundial de Justiça Constitucional. Vice-Presidente da Associação Mundial de Justiça Constitucional para a América do Sul. Tem atuação na área do Direito, especialmente do Direito Processual Civil. E-mail: handel.dias@fmp.com.br

aptas a inaugurar uma nova fase do instrumento processual.

Palavras-chave: Código de processo civil de 2015. Fases. Reclamação constitucional. Sistema de precedentes.

Abstract: The Constitutional Complaint was developed, within the Brazilian legal system, from the theory of implicit powers. As time went by, the complaint developed and its hypotheses expanded. Majority doctrine understands that the Constitutional Complaint has four phases, the last of which was inaugurated with the promulgation of the Constitution of the Republic, in 1988. This article aims to verify, from the publication of the new Civil Procedure Code, in 2015, with the adoption of the precedent system, if the changes undergone by the Constitutional Complaint are able to inaugurate a new phase of the procedural instrument.

Keywords: Civil process code. Constitutional complaint. Phases. System of precedents.

1. INTRODUÇÃO

A Reclamação Constitucional, instrumento processual utilizado para preservar a segurança jurídica e preservar a competência dos tribunais, desenvolveu-se no Brasil, a partir da teoria dos poderes implícitos, no Supremo Tribunal Federal.

O Código de Processo Civil de 2015, criado em um cenário de esgotamento do Poder Judiciário, em que seus órgãos proferem, comumente, decisões contraditórias, bem como possuem milhões de processos acumulados, adotou o sistema de precedentes. O Código de Processo Civil de 2015 atribuiu à Reclamação Constitucional a função de assegurar que as decisões tomadas pelos instrumentos do sistema de precedentes sejam respeitadas.

O método adotado para realização da presente pesquisa foi o hipotético-dedutivo.

2. ORIGEM HISTÓRICA DA RECLAMAÇÃO CONSTITUCIONAL

No Brasil, a Reclamação Constitucional desenvolveu-se a partir de uma construção jurisprudencial feita pelo Supremo Tribunal Federal, com fundamento na teoria dos poderes implícitos (DANTAS, 2000, p. 51-52).

Pacheco (1989 apud RODRIGUES, 2015, p. 87) expõe quatro fases históricas na evolução da Reclamação: a primeira fase compreenderia o período entre a criação do instituto pelo Supremo Tribunal Federal, até a sua inclusão no regimento interno da Corte.

Sobre a primeira fase, Dantas (2000, p. 47) discorre:

No período inicial, o advento, no sistema judiciário pátrio, da correção parcial (ou reclamação correicional), responsável, segundo se entende, pelas dúvidas que caracterizaram essa etapa de formulação da reclamação no seio do STF – onde foi admirável o trabalho de justificação constitucional da medida – principalmente à vista de determinados princípios processuais então altamente prestigiados, principalmente em decorrência de sua fixação no então CPC de 1939 [...].

Como se observa, na denominada primeira fase da Reclamação Constitucional, a ação constitucional era confundida com o instrumento processual da Correição Parcial, desenvolvida inicialmente para reformar decisões judiciais violadoras da regularidade formal do processo, ou seja, da correção de *errores in procedendo* (JACOB, 2015, p. 11).

A segunda fase histórica vai da inserção no Regimento Interno do STF (RISTF) até a elaboração de projetos da constituição de 1946.

Dantas (2000, p. 47) denomina esta etapa como fase de discussão, pois, apesar da adoção pela Reclamação no RISTF, houve divergências de opinião nos tribunais sobre as semelhanças e diferenças entre a ação constitucional e a Correição Parcial, dificultando a pacificação sobre o tema.

Com a promulgação da Constituição de 1946, tem-se a terceira fase da Reclamação Constitucional, que foi regulada nos artigos 156 a 162 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal (PACHECO, 1989 apud RODRIGUES, 2015, p. 87).

Conforme Holliday (2016, p. 31), na terceira fase, a aceitação da reclamação não era unânime pelos ministros do STF; porém, passou a ser admitida pela maioria, com o objetivo de assegurar a competência e autoridade dos julgados. Durante o período em questão, não houve rompimento de paradigma ou modificação brusca que justifique a divisão do período em duas fases.

A quarta fase, para Pacheco (1989 apud RODRIGUES, 2015, p. 87), foi concretizada com introdução da Reclamação na Constituição Federal e no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, sendo utilizada para garantir a autoridade do STF, bem como para preservar suas decisões (BRASIL, 2016a).

Destaca-se também que, ainda na quarta fase, houve previsão constitucional da Reclamação para preservação da competência e para a garantia da autoridade das decisões do Superior Tribunal de Justiça (STJ), conforme se extrai da leitura da alínea “f” do inciso I do art. 105 da Constituição Federal (BRASIL, 2016a): “Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça: (I)- processar e julgar, originariamente: f) a reclamação para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões.”

Conforme Pacheco (1989 apud DANTAS, 2000, p. 264), a inclusão da Reclamação no texto constitucional tornou irrelevante qualquer discussão que ainda pudesse haver sobre a sua constitucionalidade, ou sobre sua possível contrariedade aos princípios norteadores das leis processuais.

Na quarta fase da Reclamação Constitucional devem ser observados, também, os conteúdos da Lei nº 8.038/90 e das Emendas Constitucionais nº 03/93 e nº 45/2004, que muito acrescentaram para a expansão da ação constitucional.

A Lei nº 8.039/90, que instituiu normas procedimentais para os processos perante o Superior Tribunal de Justiça (STJ) e Supremo Tribunal Federal (STF), trouxe pontos importantes para Reclamação, especificados por Holliday (2016, p. 33):

O objeto da medida; a legitimidade para a sua propositura; a necessidade de instrução da petição de reclamação; a requisição de informações da autoridade pelo relator; a possibilidade de suspensão do curso do processo pelo relator; a impugnação ao pedido da reclamação pelos interessados; e demais questões relativas ao procedimento da medida e ao cumprimento da decisão.

Posteriormente, com a edição da Emenda Constitucional 45/2004, houve uma expansão nas hipóteses de cabimento da Reclamação Constitucional, até então utilizada apenas para preservar a competência e a autoridade das decisões do STF e do STJ.

A reforma constitucional trouxe ao ordenamento jurídico a figura das Súmulas Vinculantes e a possibilidade de ajuizamento da Reclamação Constitucional em caso de seu descumprimento.

A EC nº 45/2004 ampliou as hipóteses de cabimento da Reclamação Constitucional, pois a elegeu como instrumento para assegurar o cumprimento dos enunciados das Súmulas Vinculantes, conforme se extrai da leitura do §2º do art. 103-A da Constituição Federal (BRASIL, 2016a).

Como se observa, com a edição da EC nº 45/2004, a Reclamação Constitucional ganhou novos contornos, passando a possuir maior am-

plitude. No ano de 2006, foi sancionada pelo Presidente da República a Lei nº 11.417/2016, que regulamentou o art. 103-A da Constituição Federal, com previsão expressa para o cabimento da Reclamação nas hipóteses de negação ou contrariedade das Súmulas Vinculantes.

Por fim, é relevante citar a previsão expressa do cabimento de Reclamação contido na Lei nº 9.882/99, que dispõe sobre o processo e o julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Conforme o artigo 13 da referida norma, “Caberá reclamação contra o descumprimento da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, na forma do seu regimento interno.” (BRASIL, 1999).

A quarta fase da Reclamação Constitucional, no nosso entendimento, ocorreu entre a promulgação da Constituição Federal de 1988 até a edição da Lei 13.105/2015 – o novo Código de Processo Civil.

Com a entrada em vigor do novo Código de Processo Civil, houve a adoção do sistema de precedentes dentro do ordenamento jurídico pátrio. Como se demonstrará adiante, nesse cenário, a Reclamação possui papel central para a segurança do sistema jurídico.

3. O PAPEL DA RECLAMAÇÃO CONSTITUCIONAL NO SISTEMA DE PRECEDENTES

Em razão do assolamento do Poder Judiciário, em razão da grande quantidade de processos em trâmite, verificou-se que muitos desses tratam de questões fáticas ou jurídicas semelhantes. O CPC/15 trouxe ao ordenamento jurídico pátrio técnicas que abreviam a marcha processual.

A preocupação do legislador com a segurança jurídica, mantendo as decisões coerentes, íntegras e estáveis pode ser extraída da leitura do artigo 926, caput: “Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.” (BRASIL, 2015).

O sistema de precedentes faz com que os tribunais sigam uma mesma linha decisória, evitando posicionamentos contraditórios entre si. O objetivo é uniformizar a jurisprudência, evitando que os órgãos julgadores profiram respostas distintas para casos idênticos. A exigência de estabilidade, trazida pelo art. 926 do CPC, está relacionada ao respeito aos precedentes já firmados, bem como à adequada fundamentação para sua criação ou superação.

Em relação aos requisitos integridade e coerência, esses se referem à necessidade de padronização das decisões, ou seja, casos semelhan-

tes devem possuir fins iguais, com respeito aos princípios que foram aplicados em decisões anteriores (GARCIA, 2015). Com a adoção do sistema de precedentes, a ideia é combater o ativismo judicial e evitar o sorteio de decisões, pois não é raro, dentro de um mesmo tribunal, suas turmas ou câmaras possuírem posicionamentos divergentes sobre um mesmo tema.

Para atender aos requisitos do art. 926, o CPC/15 incluiu entre seus instrumentos processuais o Incidente de Assunção de Competência (IAC), o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR) e o Recurso Repetitivo.

O IAC destina-se a permitir que um determinado órgão do tribunal assumira a competência para julgar caso que contém questão relevante, ou melhor, questão de grande repercussão social (MARINONI, 2016b, p. 233), sem repetição em múltiplos processos.

Já o IRDR é instaurado quando “[...] há repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito.” (BRASIL, 2015). Marinoni (2016a, p. 233) explicita a distinção entre o IAC e o IRDR:

Um destina-se a permitir que determinado órgão do tribunal assumira a competência para julgar caso que contém questão relevante, ou melhor, questão de grande repercussão social, outro confere a determinado órgão do tribunal competência para definir uma questão de direito que está sendo discutida em múltiplos processos que se repetem. O primeiro incidente requer apenas a grande repercussão social da questão contida no caso; o segundo exige que a mesma questão esteja sendo discutida em demandas repetitivas.

Além do IAC e do IRDR, o CPC/15 trouxe, como instrumento processual com grande importância para objetivar o seu art. 927, os Recursos Repetitivos, que têm por objetivo pacificar, com eficácia *erga omnes*, determinada tese, evitando a tramitação e multiplicação de recursos sobre a mesma matéria (CÔRTEZ, 2017, 405).

Nos recursos repetitivos, o Presidente ou Vice-presidente do Tribunal de Justiça (TJ) ou do Tribunal Regional Federal (TRF) selecionará dois recursos e encaminhará ao STF ou STJ para julgamento. Todos os recursos que tramam sobre a mesma matéria ficarão suspensos até que seja proferida decisão.

Como se observa, o IAC, IRDR e recursos repetitivos têm, como postulado maior, a segurança jurídica, pois uniformizam as decisões sobre determinada questão, porém, também efetivam o princípio da celeridade processual, pois – quando o caso for semelhante àquele já julgado

em IRDC, IAC ou recurso repetitivo, a decisão – se dará de forma mais célere, podendo, inclusive, haver improcedência liminar.

É nesse cenário, de respeito à jurisprudência firmada pelos tribunais, que se entende desenvolver a quinta (ou sexta, se levada em consideração a classificação de Marcelo Navarro Ribeiro Dantas) fase da Reclamação Constitucional, pois este instrumento processual foi elencado pelo CPC/15 para ser o garantidor de cumprimento das teses já firmadas pelas cortes superiores.

3.1. A RECLAMAÇÃO CONSTITUCIONAL NO CPC/15

O CPC/15 trata da Reclamação Constitucional nos artigos 988 a 993. O primeiro dispositivo elenca, em quatro incisos, suas hipóteses de cabimento.

Os incisos I e II repetem a previsão constitucional do cabimento da Reclamação, quais sejam: preservação da competência dos tribunais e garantia da autoridade de suas decisões.

Em relação ao inciso III, estabelece que caberá reclamação para “[...] garantir a observância de enunciado de Súmula Vinculante e de decisão do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade.” (BRASIL, 2015).

As hipóteses de cabimento da Reclamação previstas nos incisos I, II e III do art. 988 não podem ser consideradas inovações, pois, além de possuírem previsão legal antes da edição da Lei 13.105/15, também já estavam difundidas na doutrina e na jurisprudência.

Em relação à hipótese de cabimento prevista no inciso IV do art. 988, pode ser considerada uma inovação, pois elenca uma nova possibilidade para o ajuizamento da Reclamação. Dispõe o referido inciso: “[...] garantir a observância de acórdão proferido em julgamento de incidente de resolução de demandas repetitivas ou de incidente de assunção de competência.” (BRASIL, 2015).

Como já exposto, o CPC/15, ao determinar que os tribunais mantenham sua jurisprudência estável, íntegra e coerente, adotou o sistema de precedentes e trouxeram mecanismos como IAC, IRDR e recursos repetitivos, que auxiliam nos fins estabelecidos pelo art. 927.

Como o IAC, IRDR e recursos repetitivos são figuras importantes para alcançar os fins estabelecidos pelo art. 927, havia necessidade de elencar algum instrumento processual cabível, em caso de descumprimento de suas decisões. A Reclamação foi o instrumento processual escolhido para garantir as decisões em sede de IAC, IRDR ou Recurso

Repetitivo. A opção do legislador pela adoção da Reclamação, ao invés de criação de uma nova figura processual, deu-se justamente pela semelhança com as hipóteses de cabimento anteriores à edição do CPC/15.

Como exposto anteriormente, a Reclamação já era cabível para preservação da competência do STF e STJ, bem como para a garantia de suas decisões. Posteriormente, a Reclamação foi elencada também para garantir as decisões do STF de controle de constitucionalidade; assim, as decisões em sede de ADI, ADC, ADI por omissão e ADPF, caso descumpridas, poderiam ser objeto de Reclamação.

Ademais, a EC nº 45/04 incluiu na Constituição Federal as Súmulas Vinculantes. O descumprimento de seus enunciados também poderia ser objeto de Reclamação.

O que ocorre, com a edição do CPC/15, é a expansão do cabimento da Reclamação, que passa a ser cabível também em sede de IAC, IRDR e recursos repetitivos.

Conforme se extrai da leitura do inciso IV do art. 988 do CPC, havendo o descumprimento de acórdão proferido em IRDR ou IAC, é cabível reclamação constitucional. Sobre o cabimento da reclamação em caso de inobservância de acórdão proferido em recurso repetitivo não é direto como no IAC ou IRDR, pois, conforme o contido no inciso II do §5º do art. 988, há necessidade de esgotamento das instâncias ordinárias.

Diante de todo o exposto, com a edição do CPC/15, inaugura-se mais uma fase da Reclamação Constitucional, não apenas pela expansão de seu cabimento, mas pela função que recebeu: assegurar a integridade, estabilidade e coerência do sistema jurídico.

A expansão da competência da reclamação, pelo CPC/15, por si só, já seria suficiente para justificar a introdução a uma nova fase. A previsão expressa de hipótese de cabimento ou sua expansão já foram utilizadas como critérios para fundamentar a criação de mais uma etapa da história da Reclamação, assim como aconteceu na terceira fase, em que foi incluída no Regimento Interno do STF.

A justificativa para existência de uma quinta fase da Reclamação se dá pela importância que recebeu do CPC em assegurar as finalidades do artigo 927, tendo participação relevante para a funcionalidade do sistema de precedentes, adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro.

4. CONCLUSÃO

Com o presente trabalho, foi proposto o surgimento de uma quinta fase da Reclamação Constitucional, atrelada à nova sistematização do Código de Processo Civil, que, em um cenário de caos processual, em que milhões de demandas encontram-se acumuladas no Poder Judiciário, propôs a uniformização da jurisprudência visando a efetivar a segurança jurídica.

O Código de Processo Civil adotou o sistema de precedentes para uniformização da jurisprudência, ou seja, as decisões dos tribunais passam a atrelar os órgãos judiciais que a ele estão vinculados.

Para garantir a uniformização da jurisprudência e mantê-la íntegra, coerente e estável, como determina o art. 926 do Código de Processo Civil, o legislador trouxe institutos como o Incidente de Assunção de Competência, Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas e os Recursos Repetitivos.

Os julgamentos em sede de IAC, IRDR e recursos repetitivos vinculam todos os órgãos jurisdicionais e têm importante função na uniformização da jurisprudência e, por consequência, para a segurança jurídica. Em caso de descumprimento dessas decisões, o legislador elencou a Reclamação como instrumento processual cabível.

Justifica-se, então, a existência de uma quinta fase da Reclamação Constitucional, não apenas pelo aumento nas suas hipóteses de cabimento – situação que também seria perfeitamente possível –, mas, sim, pela importância que possui na garantia de implementação de um novo paradigma no sistema processual civil brasileiro, que é o sistema de precedentes.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei nº 9.882, de 3 de dezembro de 1999. Brasília, DF, 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9882.htm>. Acesso em: 1º dez. 2018.

BRASIL. Lei nº 10.352, de 26 de dezembro de 2001. Brasília, DF, 2001. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10352.htm>. Acesso em: 1º dez. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Informativo STF: Brasília, 25 a 29 de fevereiro de 2008: nº 496. Brasília, DF, 2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/>>

arquivo/informativo/documento/informativo496.htm#transcricao1>. Acesso em: 2 dez. 2017.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Brasília, DF, 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 1º jan. 2018.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 2016a. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 1º dez. 2017.

CARMONA, Carlos Alberto. A arbitragem e o processo: um comentário a Lei nº 9.037/96. São Paulo: Malheiros, 1998.

CÔRTEZ, Osmar Mendes Paixão. Natureza e efeitos da decisão em recurso repetitivo: uma tentativa de sistematizar a observância à tese firmada na decisão paradigma. Revista de Processo, São Paulo, v. 273, p. 403-452, nov. 2017.

DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro. A reclamação constitucional no direito brasileiro. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2000.

GARCIA, André Luís Bitar de Lima. Sistema de precedentes do novo CPC terá impacto em empresas. [S.l.]: CONJUR, 2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-ago-22/sistema-precedentes-cpc-impacto-empresas>>. Acesso em: 30 dez. 2017.

HOLLIDAY, Gustavo Calmon. A reclamação constitucional no novo CPC. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

JACOB, César Augusto Alckmin. A reclamação como instrumento de controle da aplicação de precedentes do STF e do STJ: análise funcional, estrutural e crítica. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-08042016-160216/pt-br.php>>. Acesso em: 1º dez. 2017.

MARINONI, Luiz Guilherme. Os precedentes no CPC de 2015. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016a.

MARINONI, Luiz Guilherme. Sobre o incidente de assunção de competência. Revista de Processo, São Paulo, v. 260, p. 233-256, out. 2016b.

RODRIGUES, Francisco Lisboa. Da reclamação constitucional: breves notas. In: CUNHA, Jânio Pereira da; RODRIGUES, Francisco Lisboa. Pautas constitucionais contemporâneas. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2015. v. 2, p. 85-98.

XAVIER, Carlos Eduardo Rangel. Reclamação constitucional e precedentes judiciais: contributo a um olhar crítico sobre o novo código de processo civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.



DIREITOS FUNDAMENTAIS E A PONDERAÇÃO DE PRINCÍPIOS FUNDAMENTAL RIGHTS AND PRINCIPLES BALANCING

ARTHUR KÜNZEL SALOMÃO¹

Resumo: O presente trabalho tem como principal objetivo a realização de estudos preliminares a respeito dos direitos fundamentais, destrinchando sua atuação tanto subjetiva, que tem como função criar e manter as condições básicas para assegurar uma vida em liberdade e dignidade humana, bem como a objetiva, através da percepção dos direitos fundamentais como os princípios supremos do ordenamento jurídico, os quais vinculam o Estado através de obrigações negativas e positivas, atuar primando pela máxima realização desses direitos. Também, busca abordar questões como colisão entre direitos fundamentais, sejam eles definitivos ou *prima facie*, considerando questões como a definição do direito e a extensão de sua proteção. Por fim, destacar a atuação do teste de proporcionalidade na resolução de entre os princípios de direito fundamental, através da abordagem do caráter absoluto ou relativo dos direitos fundamentais.

Palavras-Chave: Caráter Duplo. Direitos Fundamentais. Princípios. Mandatos de Otimização

Abstract: The main purpose of this paper is to carry out preliminary studies on fundamental rights, explaining their subjective performance, whose function is to create and maintain the basic conditions to ensure a life in freedom and human dignity, as well as the objective, through of the perception of fundamental rights as the supreme principles of the legal system, which bind the State through negative and positive obligations, acting primarily for the maximum realization of these rights. In addition, it seeks to address issues such as conflict between fundamental rights,

1 Pós-graduação *Stricto Sensu* – Mestrado, pela Fundação Escola Superior do Ministério Público – FMP. E-mail: aksalomao@hotmail.com

whether definitive or prima facie, considering issues such as the definition of the law and the extent of its protection. Finally, to emphasize the performance of the test of proportionality in the resolution of conflicts between the principles of fundamental right, by approaching the absolute or relative character of fundamental rights.

Keywords: Double Character. Constitutional rights. Principles. Optimization Orders

1. INTRODUÇÃO

Desde o início do Constitucionalismo, através do surgimento dos Tribunais Constitucionais, certamente um dos assuntos mais recorrentes em suas decisões são as colisões envolvendo Direitos Fundamentais. Nesse sentido, questões como a interpretação do texto constitucional, limitações de direitos constitucionais previstos, a constitucionalidade de tais limitações e os métodos de fundamentação são ramos do direito que contribuem com ricas discussões para o estudo da Teoria da Argumentação Jurídica, bem como o Direito Constitucional.

O objetivo deste trabalho será a abordagem dos direitos constitucionalmente previstos, buscando uma compreensão a respeito do que são os Direitos Fundamentais, e o que significa ser titular destes direitos.

Assim, será abordado na primeira parte do trabalho o caráter duplo dos direitos fundamentais, através da compreensão do caráter objetivo e subjetivo dos direitos fundamentais, bem como as espécies contempladas no ordenamento jurídico pátrio.

Na segunda parte, será delimitado a definição dos direitos fundamentais e a extensão da sua proteção. Contrastando as lições de Aharon Barak e Robert Alexy, primando pela compreensão de direitos fundamentais como princípios definitivos e prima facie.

Por fim, será abordada a colisão de direitos fundamentais, sob o enfoque da existência, ou não, de direitos fundamentais absolutos através da ponderação de princípios.

2. ESPÉCIES E CARÁTER DUPLO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A Declaração dos Direitos do Homem e do cidadão, ocorrida na França em 1789, a qual estabelecia que todo o estado para estar em conformidade com o estado constitucional, necessariamente deveria obedecer ao regime de separação de poderes e os direitos individuais. A utilização da expressão direitos individuais se justificam por ser a única espécie de direitos fundamentais existente até aquele período, significando uma reserva de justiça para todas as pessoas, sejam perante o estado, ou qualquer outra pessoa. Contudo, após a segunda guerra mundial, em virtude de todos os acontecimentos trágicos marcados naquele período, os direitos fundamentais se concentram no princípio da dignidade da pessoa humana, sendo ela a fonte de irradiação dos direitos fundamentais (BARROSO 2010, p. 11).

Atualmente, são encontrados na Constituição Federal quatro espécies de direitos fundamentais. Os já mencionados Direitos individuais, os quais guardam estreita conexão com as revoluções Francesa, Inglesa e Americana, marcos do liberalismo, que buscam consagrar o direito de propriedade, igualdade e liberdade. Conectados com o movimento do Constitucionalismo, o qual resguardava o sujeito de direitos do poder do Estado e sua arbitrariedade.

Os Direitos políticos, que traduzem o direito de participação do sujeito de direitos na condução do Estado, ou seja, o direito de votar, ser votado, participar do debate público de forma permanente. Portanto, estão os direitos fundamentais políticos diretamente ligados com a ideia de democracia, os quais imergiram durante o século passando.

Os Direitos Sociais, que se desenvolvem também ao longo do século XX, sendo oriundo de uma reflexão que não basta apenas proteger o sujeito de direitos em face do poder do estado, mas que também é necessário proteger o sujeito frente aos demais sujeitos, bem como do poder econômico. Nesta época começam a preocupação em estabelecer direitos de natureza trabalhista, previdenciária, educação, saúde, passando a exigir prestações positivas em face do estado.

Por fim, os Direitos Difusos ou coletivos, são aqueles que são titularizados por uma quantidade indeterminada de pessoas, como exemplo a proteção do meio ambiente e do consumidor. Exigindo mecanismos específicos de tutela coletiva, no Brasil pode-se destacar as ações coletivas, para que seja promovida a tutela desses direitos.

Portanto, entre as espécies de direito fundamental expostas acima, e que são presentes no ordenamento jurídico pátrio, podemos afirmar que os direitos fundamentais têm como função criar e manter as condições básicas para assegurar uma vida em liberdade e dignidade. Isso só é alcançado quando a liberdade da vida em sociedade é garantida na mesma medida que a liberdade individual, estando ambos estão inseparavelmente relacionados (BENDA, MAIHOFER, VOGEL, HESSE, HEYDE, 2001, p. 89). E para tanto, os direitos fundamentais possuem caráter duplo; subjetivo e objetivo.

O caráter subjetivo dos direitos fundamentais se confunde por diversas vezes com os direitos do homem, inerente a qualidade de ser humano, portanto válidos em qualquer lugar do mundo sem a necessidade de positivação. Podendo concluir-se assim que, direitos humanos são direitos fundamentais, positivados, elevados ao plano internacional.

Ademais, considerando o conceito semântico de norma de direito fundamental se refere ao significado extraído do conjunto de signos linguísticos contido em uma disposição jurídica de direito fundamental (ALEXY, 1991, p. 54). Portanto, uma disposição jurídica de direito fundamental é o texto literal, o qual é interpretado e passa a dar origem a norma de direito fundamental.

Logo, a abertura semântica das disposições de direitos fundamentais permite que a atividade interpretativa atribua normas de direito fundamental, tanto explícitas como implícitas, de uma mesma disposição jurídica. Portanto, as normas de direitos fundamentais não são apenas aquelas diretamente expressadas pelas disposições de direitos fundamentais, mas também aquelas que podem ser formuladas a partir da abertura semântica das expressões integrantes da disposição jurídica de direito fundamental (ALEXY, 1991, p. 58).

Igualmente, Aahron Barak (2012, p. 49) atribui a interpretação constitucional está vinculada ao texto constitucional, que em via de regra, a linguagem constitucional não é diferente da linguagem usada por outros textos legais. Será explícito o direito fundamental sempre que seu significado pode ser transmitido por meio de uma definição de dicionário do texto colocado contra o contexto jurídico relevante Direitos constitucionais: escopo e limitações, enquanto o texto constitucional implícito, em contraste, é escrito com “tinta invisível”, residindo nas “entre as linhas constitucionais”.

Nesse sentido, Sarlet (2009, p. 87) sustenta a existência de dois grupos de direitos fundamentais; os expressamente positivados (escri-

tos), e os direitos fundamentais “não-escritos”, assim considerados “aqueles que não foram objeto de previsão expressa pelo direito positivo (constitucional ou internacional)”. Quanto aos implícitos, são compreendidos como as posições fundamentais subentendidas nas normas definidoras de direitos e garantias fundamentais” e os direitos fundamentais decorrentes do regime e dos princípios.

Doravante, a concepção de direito fundamental não se restringe apenas a garantia dos subjetivos dos indivíduos, mas também princípios básicos para a ordem constitucional democrática e o estado de direito, fundamentos do estado constituído por meio desses direitos e de seu sistema legal. O caráter objetivo dos direitos fundamental se revela na importância dos mesmos na atuação do Estado, pressupondo a vinculação dos poderes legislativo, executivo e judiciário aos direitos fundamentais (BENDA, MAIHOFER, VOGEL, HESSE, HEYDE, 2001 p. 94). Assim, fazendo surgir uma obrigação negativa, ou seja, do Estado não interferir em áreas que são protegidas pelos direitos, bem como atuar de maneira para que os direitos fundamentais sejam realizados (obrigação positiva), não constando apenas como um direito subjetivo.

Percebe-se que a compreensão do duplo caráter duplo dos direitos fundamentais, mostram diferentes níveis de significado que se apoiam e se complementam (BENDA, MAIHOFER, VOGEL, HESSE, HEYDE, 2001, p. 90). Legitimando, criando e mantendo o consenso a garantir a liberdade individual e limitar o poder estatal, são importantes para os processos democráticos e o Estado de Direito, influenciando em todo o seu alcance o sistema jurídico como um todo e satisfazem uma parte decisiva da organização da função de integração e direção legal do Estado e a Constituição.

3. DIREITO FUNDAMENTAL DEFINITIVO E PRIMA FACIE

Inicialmente, é necessário observar que as regras são aplicadas mediante a subsunção, logo devem ser sempre cumpridas integralmente ou não aplicadas, de acordo com sua validade, diferentemente dos princípios que são aplicados pela ponderação (ALEXY, 2007, p. 37). Para Aharon Barak, os direitos fundamentais são princípios de máxima realização, onde a definição do direito constitucional marca os limites e define seu conteúdo, ao par que a extensão de sua proteção determina as limitações legais ao exercício do direito dentro de sua definição (BARAK, 2012, p. 22).

Isto posto, quando houver a limitação de determinado direito fundamental, deverá ser realizada a revisão constitucional em três etapas. Na primeira delas, deve ser apurado se a lei limita um direito constitucional, se a resposta for negativa o exame constitucional é encerrado. Doravante, se o julgador compreender que o estatuto limita um direito constitucional, deverá prosseguir para a segunda etapa da revisão judicial, de modo a examinar se a limitação do direito constitucional é constitucional, ou seja, se as limitações são proporcionais. A terceira etapa examina os efeitos da inconstitucionalidade do estatuto e seu “custo benéfico” (BARAK, 2012, p. 26).

Contudo, a definição do direito no âmbito constitucional não é afetada pelas limitações realizadas no nível infraconstitucional, considerando que os direitos fundamentais são princípios que pretendem a máxima realização do direito, de modo que a sua não aplicação integral não afetaria seu escopo constitucional. Para Barak, a ponderação seria aplicada na justificação das limitações no exercício e na proteção do direito fundamental, atuando somente no nível infraconstitucional (BARAK, 2012, p. 23). Logo, as limitações dos direitos constitucionais formados por princípios não afetam seu alcance, mesmo em casos concretos em que haja a limitação de direitos, tal limitação apenas afeta a realização do direito constitucional no nível infraconstitucional, não tem efeito no nível constitucional, portanto incapaz de restringir o escopo do próprio direito constitucional.

De forma diferente, Robert Alexy sustenta que os princípios constitucionais são mandatos de otimização que serão realizados na medida do possível. Portanto, os referidos princípios não são definitivos, mas sim os motivos da ação e podem ser superados com razões opostas, a relação entre essas razões é determinada pelas possibilidades factuais e legais, ou seja, a proporcionalidade de sua realização em uma dada situação. Dessa forma, sempre que uma limitação de um direito constitucional *prima facie* é proporcional, o próprio direito é afetado na medida em que seu escopo é diminuído apenas às circunstâncias únicas da situação. Considerando a regra derivativa constitucional como resultado da aplicação da regra de proporcionalidade restringe o escopo amplo do direito no estreitamento, no entanto, aplica-se apenas às circunstâncias únicas da situação (ALEXY, 2008, p. 104). Antes, sob determinadas circunstâncias, um princípio precede ao outro, e, em outras circunstâncias, pode dar-se o contrário. Com isso, quer-se dizer que princípios têm pesos diferentes no caso concreto e que o de maior peso tem precedência (HECK, 2011, 649).

Ademais, o entendimento de que o ordenamento jurídico é um conjunto de normas e de princípios se mostra fundamental para compreensão do que significa ser titular de um direito fundamental. Compreendendo que, tais direitos podem ser apresentados através de disposições de direito fundamental, normas de direito fundamental e posições jurídicas de direito fundamental (GAVIÃO FILHO, 2011, p. 29).

Logo, as posições jurídicas de direito fundamental são as relações jurídicas de direitos fundamentais existente entre os indivíduos entre si, bem como entre eles e o Estado. Por exemplo, a disposição de direito fundamental, ou seja, um conjunto de signos linguísticos do qual interpretado resulta na norma, a qual concede a “X tem perante o Estado o direito de ir e vir”. Percebe-se que o direito de X é uma posição jurídica, sendo tais posições compartilhada com os demais integrantes da sociedade que se encontram na mesma posição, havendo, portanto, uma propriedade normativa de pessoas e ações e relações normativas entre pessoas e entre pessoas e ações (GAVIÃO FILHO, 2011, 38).

Nesse sentido, o modelo de princípios não exclui as regras de direitos fundamentais (HECK, 2011, p. 651). Por meio dele se reconhece que elencos de direitos fundamentais, na medida em que estabelecem determinações definitivas, têm uma estrutura de regras e que o plano das regras precede *prima facie* o plano dos princípios (ALEXY, 2008, p. 108).

4. DIREITOS FUNDAMENTAIS ABSOLUTOS OU RELATIVOS?

Conforme discorrido previamente, os direitos fundamentais estão sujeitos a restrições muitas vezes expressos diretamente pela constituição, a serem exercidos pela legislação infraconstitucional, ou até mesmo limites imanentes, que decorrem da natureza das coisas ou das circunstâncias em que haja conflito entre direitos fundamentais, como exemplo, a liberdade de expressão de alguém contra a privacidade de outra. De modo que não há catálogo de direitos fundamentais que não ocorra colisão entre direitos fundamentais (ALEXY, 2007, p. 56-57).

Portanto, quando tratarmos de colisão de direitos fundamentais, estaremos diante de uma colisão de princípios, as quais devem ser solucionadas através da ponderação entre seus pesos. Tais situações são denominadas colisão de direitos fundamentais em sentido restrito, onde apenas direitos fundamentais colidem, independente de dos sujeitos titulares das posições jurídicas (GAVIÃO FILHO, 2011, p.41).

Partindo da premissa que os direitos fundamentais são conflitantes por natureza, haveria como mensurar a existência de direitos fundamentais absolutos? Os quais independentemente da situação não admittam qualquer restrição, seja proporcional ou não?

Conforme Barak distingue o nível constitucional, onde a definição do direito é determinada, e o nível legislativo, onde suas limitações são definidas. A distinção do caráter absoluto e relativo dos direitos fundamentais, tendo o primeiro deles a sua extensão de sua proteção ou realização é igual ao seu escopo, pois sua limitação não pode ser justificada. Em contrapartida, os direitos fundamentais relativos são os que permitem limitações ao seu exercício, ou seja, se o direito não estiver protegido em toda a extensão de sua definição. Contudo, por mais que a maioria dos direitos fundamentais sejam relativos, pois só gozam de proteção parcial, isto é, sua limitação pode ser justificada. O autor admite a existência de direitos absolutos, que não podem ser limitados, uma vez que a extensão da sua proteção ou realização é igual ao seu escopo, razão pela qual sua limitação não pode ser justificada (BARAK, 2012, p. 27).

Nesse sentido, Cuevas alerta que firma que é inegável a existência de direitos absolutos, que devem ser plenamente resguardados e consistem na dignidade da pessoa humana e no núcleo essencial de todos os direitos fundamentais (CUEVAS, 2012, p. 470). Outrossim, a utilização do teste de proporcionalidade traduz a ideia de relatividade dos direitos fundamentais, sendo assim tipicamente, mesmo que não necessariamente, não absolutos, mas sim relativos (SCHAUER, 2014, p. 177).

Tendo como exemplo, decidido em 1978 pelo Tribunal Constitucional Alemão, o qual versava sobre a dignidade humana do réu, que acusado de um crime havia deixado crescer o cabelo e a barba, desde o início do seu encarceramento preventivo. Tal conduta do réu prejudicaria seu reconhecimento perante as testemunhas, sendo solicitado pela acusação que ele fosse obrigado a recompor a sua aparência original, de maneira que não restasse prejudicada a audiência de julgamento. Prontamente, a Defesa pleiteou que tal determinação violaria a dignidade da pessoa humana, o qual seria um direito fundamental absoluto. Contudo, tal alegação foi indeferida, observando a intensidade relativamente baixa da violação ao direito fundamental. A ponderação de que a violação da dignidade humana no caso concreto é preterida pelo interesse público presente na investigação criminal.

Percebe-se que a verificação da violação da dignidade da pessoa humana não depende apenas da medida em si, como também das razões que justificam a medida. Sendo o confronto de razões e contrar-

razões é a essência do teste da proporcionalidade, que quando realizado de forma racional se mostra a ferramenta mais adequada para solução de conflitos de direitos fundamentais.

Portanto, mesmo sendo qualificada como um valor ou princípio fundamental, a dignidade da pessoa humana não tem caráter absoluto (BARROSO, 2010, p. 14). Todavia, deverá ter precedência na maior parte das situações de ponderação, mas que poderão ser sacrificados em prol de outros valores individuais ou sociais, de maneira proporcional.

5. CONCLUSÃO

Conforme o exposto, o que se permite concluir com os estudos realizados até então, é que os direitos fundamentais não se restringe apenas a garantia dos subjetivos dos indivíduos (caráter subjetivo dos direitos fundamentais), têm como função criar e manter as condições básicas para assegurar uma vida em liberdade e dignidade humana. Também, como princípios superiores encarregados de guiar toda atuação do Estado (caráter objetivo dos direitos fundamentais), vinculando os poderes legislativo, executivo e judiciário a realização de tais direitos, seja através de prestações negativas ou positivas.

Na medida em que os direitos fundamentais são princípios, ou seja, mandamentos a serem otimizados, os quais podem ser cumpridos em diferentes graus. Por se tratar de princípios, seu método de aplicação é mediante a ponderação, conforme as possibilidades fáticas e jurídicas, que tem direta relação com o grau de realização dos direitos fundamentais.

Por fim, tais princípios são conflitantes por natureza, e na medida que isso ocorre, o caráter de princípio implica a utilização da proporcionalidade. Considerando que a sua aplicação mediante a ponderação e a resolução de conflitos através do teste de proporcionalidade traduz a ideia de relatividade dos direitos fundamentais, uma vez que admite restrições conforme devidamente fundamentadas e proporcionais.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Constitucionalismo Discursivo*. Tradução Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo. Malheiros editores. 2008

BARAK, Aharon. *Proportionality: constitutional rights and their limitations*. Cambridge University Press, 2012.

BARROSO, Luís Roberto Barroso. *A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação*. Versão provisória para debate público. Mimeografado, dezembro de 2010.

BENDA, Ernst. MAIHOFER, Werner. VOGEL, Hans-Jocken; HESSE, Konrad; HEYDE Wolfgang. *Manual de Derecho Constitucional*. Barcelona/Madrid. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A. 2001

COVARRUBIAS CUEVAS, Ignacio. *La desproporción del test de proporcionalidad: aspectos problemáticos en su formulación y aplicación*. Revista Chilena de Derecho, vol. 39, N° 2: pp. 447-480. 2012.

GAVIÃO FILHO, Anísio Pires. *Colisão de Direitos Fundamentais, Argumentação e Ponderação*. Porto Alegre. Livraria do Advogado. 2011

HECK, Luís Afonso. *O Modelo Das Regras e o Modelo dos Princípios na Colisão de Direitos Fundamentais*. Revista dos Tribunais | vol. 781/2000 | p. 71 - 78 | Nov / 2000 Doutrinas Essenciais de Direitos Humanos | vol. 1 | p. 645 - 654 | Ago / 2011 DTR\2000\544

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SCHAUER, Frederick. Proportionality and the question of weight IN: *Proportionality and the rule of law: Rights, Justification, Reasoning* / [edited by] Grant Huscroft, Bradley W. Miller, Gregoire Webber. Cambridge University. 2014



**ANOTAÇÕES SOBRE AS ORIGENS DO MODELO
GLOBAL E DO MODELO NORTE AMERICANO DE
JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E SUA INFLUÊNCIA**
NOTES ON THE ORIGINS OF THE GLOBAL MODEL
AND OF THE NORTH AMERICAN MODEL OF
CONSTITUTIONAL JURISDICTION AND ITS INFLUENCE

LUCAS MORESCHI PAULO¹

Resumo: Por meio da revisão bibliográfica e pelo método dedutivo, o estudo busca examinar as origens administrativas do modelo global de jurisdição constitucional, forte na Europa continental e o modelo da origem constitucional do sistema norte americano de adjudicação de direitos fundamentais e individuais, ao efeito de notar que as diferenças existentes entre os dois modelos são explicáveis sob um ponto de vista de formação histórico-jurídico. Por fim, com o recorte e as premissas construídas, se indicará como ambos os modelos influenciaram os sistemas jurídicos ao redor do globo e, ao final, de que modo a suprema corte do Brasil recebeu estes modelos.

Palavras-chave: Direito Constitucional; Direitos Fundamentais; Modelo Constitucional; Modelo Global; Proporcionalidade.

Abstract: Through the bibliographic review and using the deductive method, this essay seeks to examine the administrative origins of the global

1 Advogado. Bacharel e Mestrando em Direito pela Fundação Escola Superior do Ministério Público na linha de pesquisa Tutelas à Efetivação dos Direitos Transindividuais. Bolsista do Grupo de Estudos do Projeto de Pesquisa Colisão de Direitos Fundamentais e o Direito como Argumentação, coordenado pelo Prof. Dr. Anizio Pires Gavião Filho, do Programa de Pós-Graduação em Direito da FMP e vinculado no CNPq ao Grupo de Estudos Tutelas à Efetivação dos Direitos Transindividuais. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4330914363996350>. E-mail: lucasmoreschipaulo@gmail.com.

model of constitutional adjudication, present in continental Europe, as well as the constitutional origin of the north american system of fundamental and individual rights' adjudication, to the effect of noticing that the differences between the two models are explainable from a historical point of view. In the end, with the constructed premises, it will be showed how both the models influenced the legal systems around the globe and, at last, how the Brazilian Supreme Court received these models.

Keywords: Constitutional Law; Fundamental Rights; Constitutional Model; Global Model; Proportionality.

1. INTRODUÇÃO

A análise histórica dos fenômenos é essencial para a compreensão integral do objeto de estudo. Em específico, a análise sobre as raízes jurídico-culturais dos modelos de jurisdição constitucional auxilia na compreensão sobre os caminhos traçados pelas experiências. Assim, sob uma ótica de análise comparativa, serão analisadas as origens dos modelos da jurisdição nos Estados Unidos e na Europa continental, bem como a influência que exerceram ao redor do globo, sobretudo no Brasil que, sabidamente, é herdeiro de ambas as tradições de jurisdição constitucional e, assim, de ambos os modelos. De modo a explorar em quais aspectos as tradições foram protagonistas no desenvolvimento do direito constitucional.

Tendo-se em vista que o modelo europeu de jurisdição constitucional e de salvaguarda dos direitos fundamentais se desenvolve a partir de uma ótica de direito público, ao passo que o modelo norte-americano se desenvolve a partir de uma experiência ímpar e precoce de concretização de controle de constitucionalidade.

Assim, em um primeiro momento, é necessário um estudo dos modelos, das origens constitucionalistas do modelo norte-americano, com o surgimento tardio do direito administrativo, e a experiência contrária, em que as origens administrativas exerceram protagonismo na concretização do modelo continental europeu. A isto se se dedicam os itens 2 e 3. Após, se poderá analisar em quais aspectos influenciou as demais experiências de jurisdição, ao que se dedica o item 4 da pesquisa.

2. ORIGEM DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA

Nos Estados Unidos a história do desenvolvimento do direito constitucional é ligeiramente ligada à movimentação pela independência, fomentada por ideais iluministas que, desde muito cedo, concretizaram direitos inalienáveis e individuais². Além disso, a democracia americana estabeleceu cedo a *judicial review* sobre a constitucionalidade³, com uma tendência de interpretação originalista consagrada.

Cohen-Eliya e Porat (2017, p. 106-107) explicam que, assim como nos Estados Unidos houve um movimento pendular entre o sistema de bem-estar social e o sistema capitalista – em que, em um somatório, o capitalismo sobressai como corrente majoritária –, oscilou nos Estados Unidos o interpretativismo e a justificação⁴ como correntes líderes, em momentos históricos. Entretanto, o pêndulo tendeu mais ao interpretativismo (originalismo). Esta é a marca do surgimento histórico da concepção do modelo constitucional de direitos.

- 2 Garantias que vinham já na Declaração de Direitos do Bom Povo da Virginia e na Declaração de Independência, e, depois, na *bill of rights*. Segundo Sarlet (2020, p. 59-60) a Constituição de 1787, reelaborada em 1791, foi a primeira constituição, senão positivamente, a consolidar direito e garantias com status de normas de direitos fundamentais. A deferência judicial ao texto constitucional, sobretudo na seara dos direitos individuais, é marcante nos Estados Unidos desde esta época.
- 3 O dogma da supremacia da constituição chegou ao seu ápice nos Estados Unidos, e de lá para o mundo, a partir da consolidação do controle judicial de constitucionalidade dos atos normativos, sobretudo aos moldes delineados no *case* Marbury v. Madison, 5 U.S. 137 (1803). Em que foi entendido, segundo o artigo III da constituição, e pelas ideias do artigo nº 78 do texto de Hamilton (2006, p. 427-435), a interpretação à constituição é tarefa dos juízes, que devem dar a ela sentido, bem como devem dar sentido a qualquer ato que venha do poder legislativo, de modo que caso a vontade do povo (constituição), encontrar-se em desarmonia com atos do legislativo, a Corte deve preferir preservar a constituição, declarando atos contrários a ela como vazios (HAMILTON, 2006, p. 429).
- 4 O interpretativismo é a teoria pela qual se busca dar sentido à norma a partir de uma leitura não-moral e textualista, na qual se buscará conservar o sentido dado pelos legisladores (GOLDFORD, 2005, p. 96). Já a *justification*, ou interpretação pela justificação, é a teoria pela qual se exige que todas as ações estatais sejam justificadas em termos racionais e razoáveis. A sua utilização se fortaleceu a partir da noção de proporcionalidade, na qual os direitos são aplicados por um procedimento lógico e complexo. Esta última é a concepção líder, como se verá, da técnica jurídica que se desenvolve na Europa continental, sobretudo na Alemanha (COHEN-ELIYA; PORAT, 2011, p. 13-15).

E essa tendência não poderia ser diferente. A própria concretização da democracia norte-americana está atrelada à participação popular, principalmente na guerra de independência, sobretudo com a veiculação dos panfletos de Paine⁵ e dos *federalist papers* (HAMILTON; MADISON; JAY, 2006), que eram debatidos nos jornais e em praças públicas. Assim o “*we the people*” detêm um sentimento democrático que justifica o fortalecimento do texto constitucional enquanto fonte primária do direito, sendo dele extraído o sentido das escolhas valorativas da comunidade política, fazendo com que as cortes não ignorem os textos legais (GRIMM, 2016, p. 207).

O constitucionalismo norte-americano nasceu com a intenção de limitar o poder governamental⁶, criando molduras pelas quais o poder não seria centralizado em um único corpo político, mas compartilhado entre corpos independentes e compromissados, com a presença de um sistema de freios e contrapesos⁷ e respeito à divisão dos poderes. Elementos marcantes do sistema federalista e daquela cultura política (COHEN-ELIYA; PORAT, 2017, p. 108-109).

O direito administrativo entra em cena apenas com o *New Deal*, na década de 1930, iniciando a era do Estado de bem-estar social, no pós crise de 1929. No período, através de políticas públicas, houve o deslocamento de competências para agências públicas criadas com o fito de uma maior intervenção estatal na economia, concentrando poderes inéditos no executivo por uma urgente necessidade de *accountability* democrática. Assim, o direito administrativo se desenvolveu, não pela concretiza-

5 O mais famoso dos panfletos, o *Common Sense* (1776), e a série de panfletos *The American Crisis* (1776-1783), exerceram enorme influência para o fortalecimento dos revolucionários, além de render elogio de John Adams, mesmo que por linhas tortas, “*Without the pen of the author of Common Sense, the sword of Washington would have been raised in vain*” (LEPORE, 2012, p. 62).

6 O contexto de consolidação dos Estados Unidos é marcado pela guerra travada entre colonos e a tirania de George III, que, em retaliação às petições pela independência, aprovou uma medida (*Intolerable Acts*, 1774), que consistiam em violações de direitos individuais, aumentando ainda mais a carga tributária e criavam tribunais de exceção para o julgamento dos colonos (LEPORE, 2012, p. 134).

7 Os *Checks and balances* são os mecanismos que reconhecem as ramificações do poder como livres entre si, e focados em sua missão institucional. Para tanto, são estabelecidos certos instrumentos para que um poder possa impactar em outro quando desacordos e problema graves se levantarem. Assim, “*if men were angels*”, as pessoas comungariam dos mesmos valores e, por isso, estes instrumentos, que previnem ou enfrentam uma tirania da maioria, seriam dispensáveis (MADISON, 2006, p. 287-292).

ção dos direitos fundamentais, mas por necessidade do desenvolvimento dos direitos sociais (COHEN-ELIYA; PORAT, 2017, p. 110-111).

A justiça constitucional, naturalmente, teve eras em solo norte-americano. E, com maiores épocas de ativismo⁸ e outras de autocontenção, o sistema de jurisdição norte-americano se concretizou, inclusive com casos em que auxiliou na concretização de certos compromissos democráticos⁹. Na corte Warren, a atuação judicial, sobretudo pós *case* Brown (1954), começou a ser vista como um dever da corte frente ao formalismo e morosidade do legislativo. Entretanto, o ativismo judicial originalmente era conservador¹⁰. Bomhoff (2013, p. 73) observa que a expressão “*balancing*” foi mais utilizada sempre que a corte buscava inovar na ordem jurídica¹¹.

Para Scalia (2012) um dos grandes problemas do ativismo judicial¹² é a interpretação com fim específico, denominado propositivismo, corrente influenciada pela academia, que faz crer que todos os textos são ambíguos¹³. Assim, esse modelo constitucional de direitos ergueu suas

8 Há más decisões que se tornaram notórias, como no julgamento da proibição da união entre pessoas do mesmo sexo, no caso *Goodridge v. Department of Public Health*, 798 N.E.2d. 941 (Mass. 2003). Segundo Waldron (2016, p. 350), este é um exemplo de resposta impopular. A tese foi usada pela Suprema Corte norte-americana doze anos depois em *Obergefell v. Hodges*, 135 S.Ct.1039 (2015).

9 Decisões como *Brown v. Board of Education*, 347 U.S. 483 (1954), *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973), and *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558 (2003), que mantiveram os compromissos democráticos para com os Direitos individuais em face das maiorias, contudo, foram importante, embora tenham sido tomadas com uma técnica inapropriada (WALDRON, 2016, p. 195).

10 De fato, foi na atuação proativa da Suprema Corte que setores reacionários encontraram amparo para a segregação racial (*Dred Scott v. Sanford*, 1857) e para a invalidação das leis sociais (Era *Lochner*, 1905-1937), culminando no confronto entre Roosevelt e a Corte, com a mudança da orientação jurisprudencial contrária ao intervencionismo estatal (*West Coast v. Parrish*, 1937)

11 Em *Dennis v. United States*, 341 U.S. 494 (1951), a *US Supreme Court* utilizou a técnica da *balancing* para a justificação racional da restrição ao direito da liberdade de expressão.

12 Waldron (2016, p. 196-199) tem esboçado relevantes críticas ao *judicial review*, porquanto é inadequada como técnica decisória final de comunidades democráticas e livres, pelo déficit democrático. Contudo, mesmo o crítico reconhece o acerto de algumas decisões e não desconsidera o impacto histórico-jurídico relevante alcançados através da *judicial review*.

13 Para Scalia (2012), a interpretação deve se dar a partir de um senso comum, na medida em que os textos significam a intenção da comunidade política daquele contexto-histórico.

bases em torno das reflexões, e do eterno embate, entre defensores da interpretação e aplicação discursivas, via justificação, do direito e os defensores de uma interpretação mais conservadora e originalista.

3. ORIGEM ADMINISTRATIVA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NA EUROPA CONTINENTAL

Diferente origem do direito constitucional foi experienciado pela Europa continental, sobretudo na França e na Alemanha. A proteção judicial das liberdades civis se desenvolveu mais cedo pela via do direito administrativo. Originalmente, no constitucionalismo europeu, os direitos abstratos foram delineados para que fossem implementados pelo processo legislativo, uma vez que o judiciário não era tido como confiável pela população (COHEN-ELIYA; PORAT, 2017, p. 111-112).

O direito administrativo francês remonta a criação, por Bonaparte, do Conselho de Estado (1800), que objetivou a proteção do povo, limitando os juízes, que eram tidos como alinhados do *ancien régime*. Mais tarde a França criou o Conselho Constitucional, uma tardia corte constitucional (análoga), que não retirou a competência do Conselho de Estado (COHEN-ELIYA; PORAT, 2017, p. 112-113).

O modelo constitucional francês foi aderido por poucos países. E o britânico, que foi influenciado de certo modo pelo alemão¹⁴, se expandiu para países do *Commonwealth* e Israel. Mas foi o modelo alemão que influenciou mais países. Iniciado ainda no período do Império da Prússia, pela necessidade de combate aos abusos cometidos pelo executivo, o judiciário surgiu como figura liberal na política, destinado a proteger o povo contra o Estado (COHEN-ELIYA; PORAT, 2017, p. 113).

O Supremo Tribunal Administrativo da Prússia (*Preußisches Oberverwaltungsgericht*) (1882-1914) teve sua diretriz baseada em dois princípios correlacionados, o de *Rechtsstaat* e o da Proporcionalidade. O primeiro combatia a presunção de validade dos atos administrativos, de modo que os cidadãos contavam com autonomia e liberdade, sofrendo limitações apenas em casos previstos; havendo proteção pelo próprio *Rechtsstaat*. Já

14 Barak (2012, p. 192) argumenta que o desenvolvimento da proporcionalidade no direito público, em especial no direito administrativo da Prússia, depois Alemanha, influenciaram a tradição administrativa – onde se desenvolveu também o modelo – de países europeus, dentre os quais, a Inglaterra.

a proporcionalidade surgiu a partir de uma leitura do artigo 10(2) do Código Civil Prussiano de 1794, que autorizava o governo a exercer o poder de polícia para assegurar a paz pública, a segurança e a ordem, tomando as medidas (minimamente) necessárias para tanto (GRIMM, 2016, p. 171)¹⁵.

O direito constitucional se desenvolve principalmente no pós-guerra, uma vez que a Alemanha, embora contasse com um catálogo de direitos na constituição de Weimar, não tinha tradição de concretização destes via judicial. O que foi alterado com a Lei Fundamental (*Grundgesetz*, 1949), que trouxe o controle de constitucionalidade. E, diferentemente da corte norte americana, no Tribunal Constitucional Federal alemão (*Bundesverfassungsgericht* - BVerfG) não houve problemas quanto à busca pela intenção dos constituintes¹⁶ (GRIMM, 2016, p. 25).

Uma característica marcante do Tribunal Constitucional Federal alemão é o conceito mais abrangente dos direitos, promovendo uma abertura material dos direitos fundamentais¹⁷. Essa concepção aberta dos direitos é herdeira da origem administrativa dos direitos, não se baseando no textualismo, mas em uma ideia geral de direitos de liberdade, pelo Estado de direito e pela proporcionalidade, que impõem aos governos uma obrigação negativa de respeito e deferência aos direitos de liberdade e respeito aos cidadãos (COHEN-ELIYA; PORAT, 2017, p. 117-119)¹⁸.

-
- 15 O Tribunal prussiano usou intensamente a proporcionalidade para examinar a legitimidade da intervenção governamental e para promover a proteção dos direitos individuais. Assim, o executivo se consagrou como infrator de direitos, o judiciário se concretizou como garantidor deles e o legislativo se manteve como órgão legítimo valorações da comunidade política (BARAK, 2012, p. 177-178).
 - 16 O que se deve a três motivos: **i**) o direito alemão sempre foi anti-textualista, expandido o sentido normativo para além dos textos; **ii**) o *BVerfG* sempre foi visto com o mais alto respeito dentro da democracia alemão, diferentemente da *US Supreme Court*, por ser mais deferente às leis. Assim, no modelo alemão, a revisão judicial mais fortalece a democracia e o Estado de direito do que encontra neles um problema de legitimidade; **iii**) o direito constitucional sempre foi substantivo, centrado não na interpretação, mas na doutrina da proporcionalidade que gradualmente se desenvolveu como protagonista da jurisprudência constitucional alemã (COHEN-ELIYA; PORAT, 2017, p. 116-120).
 - 17 A Corte Europeia dos Direitos Humanos, seguindo essa tendência, reconheceu o direito de ser dormir uma noite tranquila e quieta, no caso do *Heathrow airport* (Hatton v. United Kingdom, (2003) 37 EHRR 28), e, também o direito a se viver em uma sociedade livre (COHEN-ELIYA; PORAT, 2017, p. 118).
 - 18 Möller (2012, p. 208) faz uma reconstrução moral do modelo alemão de direitos e, ao final, conclui que não há limitações aos direitos nesse modelo, podendo se adjudicar constitucionalmente de todas as questões, e tendo sempre alguma

Por último, a proporcionalidade, um papel central na interpretação e aplicação do direito. A lei fundamental estabeleceu certos direitos como absolutos, como é o caso do direito à expressão artística, que vinha sem cláusula de limitação, ao passo que os direitos à vida e à integridade física poderiam ser relativizados por lei, pelo artigo 2º da *Grundgesetz*. Assim, a proporcionalidade, importada do direito administrativo, e incorporada à prática do direito constitucional, foi ganhando força enquanto técnica líder na interpretação, aplicação e adequação dos direitos fundamentais na prática jurisdicional alemã¹⁹.

A origem administrativa do direito constitucional alemão, e sua natural adoção à proporcionalidade, indicam, no mínimo, que sendo a proporcionalidade incompatível como a noção de textualismo e originalismo, se baseia na justificação da restrição em virtude da importância dos objetivos de precedência a outros direitos (ALEXY, 2015, p. 96). Varrer-se da proporcionalidade é trazer racionalidade e eficiência ao direito²⁰.

Assim, há diferenças estruturantes nos raciocínios jurídicos dos modelos. Com efeito, a corrente do modelo constitucional de direitos se filia ao chamado método interpretativo-subsumtivo de aplicação do direito, no qual, em um conflito de direitos, apenas a totalidade de uma regra será aplicada ao caso. Em contrapartida, o modelo da origem administrativa, ou sua aceção de modelo global, se filia ao método ponderativo-subsumtivo, no qual há a possibilidade de otimização dos direitos colidentes, sendo ambos atendidos em graus diferentes, e, por isso, limitando-se em uma relação estabelecida pelo teste da proporcionalidade que indicará, a partir dos testes²¹, qual direito deve receber precedência (GARCÍA AMADO, 2014, *passim*).

margem de reconhecimento de novos direitos específicos.

- 19 Para Alexy (2015, p. 116), a proporcionalidade decorre logicamente da natureza dos direitos enquanto princípios, mandamentos a serem otimizados, devendo ser adequados e satisfeitos em graus.
- 20 Outro ponto positivo da adoção pelo Tribunal Constitucional Federal alemão do teste da proporcionalidade, é sua concepção de ser “a ferramenta” genérica de solução para as controvérsias judiciais sobre leis e atos administrativos, achatando a diferença entre legislativo e executivo, uma vez que é iguala ambos frente à legalidade (COHEN-ELIYA; PORAT, 2017, p. 122-124).
- 21 Os testes são o da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito (ou ponderação). Fala-se também em uma quarta etapa do teste da proporcionalidade, que viria antes do subteste da adequação, que seria o da análise da legitimidade (jurídica) do meio empregado. Ela examina se o ato persegue um fim legitimamente jurídico e considerado enquanto (KLATT; MEISTER, 2012, p. 8). Sobre a técnica da proporcionalidade, e seus subtestes, ver GAVIÃO FILHO, 2011.

4. A INFLUÊNCIA MUNDIAL E A RECEPÇÃO DOS MODELOS PELO BRASIL

O modelo constitucional de direitos, proveniente dos Estados Unidos, não foi fortemente adotado pelo resto do mundo em sua totalidade, porquanto a história de formação desse direito é ímpar – nenhum país contava com uma corte constitucional bem estabelecida antes da Segunda Guerra Mundial. Quanto ao modelo continental europeu, que retrata a origem administrativa dos direitos fundamentais, houve maior difusão pelo mundo, sendo adotado por países de história jurídica semelhante, com o desenvolvimento administrativo dos direitos. Um exemplo de país que embora tenha tido uma história e desenvolvimento jurídico parecido com o da Alemanha, mas que não adotou a noção estrita de direito constitucional, foi a Inglaterra, embora tenha adotado indiretamente. Outros países em destaque são a África do Sul²², o Canadá²³ e Israel²⁴ (COHEN-ELIYA; PORAT, 2017, p. 126-128).

O Brasil, por sua vez, formulou um sistema de jurisdição constitucional misto, influenciado tanto pelos dois modelos e, com eles, algumas concepções das tradições. Da América do Norte importou o controle difuso de constitucionalidade, técnica sobre a qual o poder judiciário pode, na jurisdição ordinária, declarar, incidentalmente, a inconstitucionalidade de leis e atos normativos, afastando sua aplicação do caso, com efeitos interpartes (MARINONI, 2020, p. 1037-1040). Ao passo que da

-
- 22 O caso mais marcante no país foi *State v. Makwanyane*, no qual o estatuto representava uma violação *prima facie* do direito constitucional contra punições cruéis, desumanas e degradantes, de modo que, o Tribunal criou a fórmula de *Makwanyane*, tratando a proporcionalidade como um fator necessário da fundamentação, o que foi constitucionalizado em 1996 (SWEET; MATHEWS, 2008, p. 126).
 - 23 O caso mais marcante no país foi *Regina v. Oakes* que a Suprema Corte estabeleceu os termos da análise da proporcionalidade, com a construção sobre os componentes essenciais da proporcionalidade, no Canadá (SWEET; MATHEWS, 2008, p. 119).
 - 24 O caso mais marcante no país foi *Beit Sourik* de 2004, em que o Tribunal admitiu que determinada ação reduziria a segurança de Israel, e ainda sim, permitiu, uma vez que os ganhos em segurança não foram suficientemente altos para justificar a violação pretendida. Israel é um caso especialmente interessante, pois, embora compartilhe da origem administrativa, desenvolveu-se pelo modelo britânico, de regras não escritas, pela via administrativa, somada a uma corte constitucional que aplica a proporcionalidade para a concretização dos direitos fundamentais (SWEET; MATHEWS, 2008, p. 136).

Europa continental herdou o controle concentrado, no qual a constitucionalidade é atestada em tese, via ação de competência originária (reclamação no BVerfG), cuja decisão tem, via de regra, efeitos vinculantes e *erga omnes* (SCHWABE, 2005, p. 383).

Assim, a partir de 1988, houve maior protagonismo do judiciário, sobretudo do Supremo Tribunal, na concretização dos direitos a partir da filiação ao modelo da origem administrativa. A expansão dos direitos e o novo papel judiciário alteraram substancialmente os rumos do direito. Com efeito, a leitura constitucional do direito e das normas infraconstitucionais não se dá apenas no âmbito do direito público, na relação do indivíduo para com o Estado enquanto credor ou devedor de obrigações *jusfundamentais*, mas também entre privados (SARLET, 2018, p. 144-149).

O BVerfG, no caso Lüth (7, 198), decidiu que os direitos fundamentais, até então consideradas normas com destinatário único, o Estado – para adoção de algum dever de proteção ou promoção –, tem eficácia horizontal, isto é, entre particulares, sendo aplicáveis imediatamente, a partir de uma leitura axiológica da constituição, e constitucional das normas jurídicas, deve ser pautada pelo mesmo sistema valorativo que está inserto na carta constitucional (SCHWABE, 2005, p. 387-388).

5. CONCLUSÃO

Do arcabouço teórico levantado, nota-se que o caminho evolutivo singular de cada uma das tradições altera substancialmente as bases e o desenvolvimento dos modelos que se estabeleceram nestas duas grandes tradições jurídicas.

A concepção americana dos direitos, em que se busca o máximo de afinidade material ao texto constitucional, está atrelada ao textualismo. Para confirmar a tese, demonstrou-se que, muito precocemente, a *judicial review* foi estabelecida na prática jurídica norte-americana. O efeito prático disto é um sistema rígido, cuja interpretação se dá, via de regra, pelo método interpretativo-subsuntivo, sem grandes aberturas materiais dos direitos e dos significados dos textos.

Ao passo que na Europa continental, com a origem administrativa, a concepção de direitos se estruturou de forma mais ampla, se fortalecendo com a concretização de direitos fundamentais e com a utilização de instrumentos que flexibilizam a interpretação judicial, como a pro-

porcionalidade, que busca otimizar direitos fundamentais. Flexibilidade que não se traduz em arbitrariedade, porquanto a justificação exige racionalidade no discurso jurídico. De outra monta, o modelo da origem administrativa, na era das constitucionalizações, estabeleceu um sistema valorativo e direcionado, no qual a interpretação de toda a sistemática jurídica deve deferência e encontra seu fundamento. O efeito prático desta tradição foi o estabelecimento de uma abertura de direitos, em que se atribui mais sentido extra textual às cartas constitucionais, permitindo um manejo material do sentido normativo dos direitos individuais, atualizando-o quando necessário, e adequando-o aos casos.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

BARAK, Aharon. Proportionality. Constitutional rights and their limitation. Cambridge: Cambridge University Press, 2012.

BOMHOFF, Jacco. Balancing constitutional rights. The origins and meanings of postwar legal discourse. Cambridge: Cambridge University Press, 2013

COHEN-ELIYA, Moshe; PORAT, Iddo. The Administrative origins of constitutional rights and global constitutionalism. In: JACKSON; TUSHNET (ed.). Proportionality. New frontiers, new challenges. Cambridge: Cambridge University Press, 2017.

COHEN-ELIYA, Moshe; PORAT, Iddo. Proportionality and the culture of justification. American Journal of Comparative Law. n. 59, v. 4, 2011.

GARCÍA AMADO, Juan Antonio. Ponderación y subsunción: ¿Son intercambiables y se eligen a conveniencia? In: ORTEGA GARCÍA, Ramón (Coord.), Teoría del Derecho y argumentación jurídica, México D.F., Tirant lo Blanch, 2013, p. 363-395.

GAVIÃO FILHO, Anizio Pires. Colisão de Direitos Fundamentais, Argumentação e Ponderação. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

GOLDFORD, Dennis. *The American constitution and the debater over originalism*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005.

GRIMM, Dieter. *Constitutionalism: past, present and future*. Oxford: Oxford University Press, 2016.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *The Federalist*. New York: Barnes & Noble Classics, 2006.

KLATT, Matthias; MEISTER, Moritz. *The constitutional structure of proportionality*. Oxford: Oxford University Press, 2012.

LEPORE, Jill. *The story of America: essays on origins*. Princeton: Princeton University Press, 2012.

MÖLLER, Kai. *The global model of constitutional rights*. Oxford: Oxford University Press, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Eficácia dos direitos fundamentais*. 13. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

SCALIA, Antonin; GARNER, Bryan. *Reading Law: The Interpretation of Legal Texts* [livro eletrônico]. Eagan: West Publishing Company, 2012.

SCHWABE, Jürgen. *Cinquenta anos de jurisprudência do tribunal constitucional federal alemão*. Montevideo: Fundación Konrad-Adenauer, 2005.

WALDRON, Jeremy. *Political political theory. Essays on institutions*. Cambridge: Harvard University Press, 2016.



**O COMPLIANCE COMO INSTRUMENTO
DE PROTEÇÃO FRENTE AOS DESASTRES
AMBIENTAIS: APONTAMENTOS
SOBRE MARIANA E BRUMADINHO**

COMPLIANCE AS AN INSTRUMENT OF
PROTECTION TO AMBIENTAL CRISES: NOTES ON
MARIANA AND BRUMADINHO

BRUNO DE LIMA SILVA¹
ANDRÉ RAFAEL WEYERMÜLLER²

Resumo: O meio ambiente é sensível às atividades humanas, com destaque a potencialidade lesiva de atividades econômicas de grande impacto, porém de grande relevância social como a mineração. Os riscos ambientais de tais atividades podem ser objeto de adequada gestão por meio de elementos metodológicos de *compliance* os quais seriam aptos a enfrentar situações de desastre como os ocorridos em Minas Gerais.

Palavras-Chaves: *Compliance*; Desastres; Governança Corporativa; Sustentabilidade.

Abstract: The environment is sensitive to human activities, with emphasis on the harmful potential of economic activities of great impact, but of great social relevance, such as mining. The environmental risks of such activities can be properly managed through methodological elements of

1 Especialista em Direito e Processo Penal pela FMP-RS. Bacharel em Direito pela Universidade FEEVALE, Novo Hamburgo, Rio Grande do Sul, Brasil. Pesquisador. E-mail: brunolima.ambiental@gmail.com.

2 Pós-doutor em Direito, Universidade Feevale. Novo Hamburgo, Rio Grande do Sul, Brasil, Professor e Pesquisador, E-mail: andrerw@feevale.br.

compliance which would be able to face disaster situations such as those occurred in Minas Gerais.

Keywords: *Compliance*; Disasters; Corporate Governance; Sustainability.

1. INTRODUÇÃO

O mundo passa por um momento delicado. Nas últimas décadas a humanidade evoluiu muito em alguns aspectos, entretanto enfrenta problemas de difícil solução em questões econômicas, políticas, migratórias, jurídicas e ambientais. A globalização colocou a sociedade em um novo ritmo de vida, com inúmeros benefícios, porém novos desafios surgiram.

Nesse cenário, a teoria da Sociedade de Risco amolda-se bem a realidade, onde os conceitos de “segurança” e “previsibilidade” já não são pilares absolutos, e os riscos oriundos da evolução da ciência são imprevisíveis. Diante de um cenário de incertezas o Estado precisa adaptar-se, especialmente em seus métodos tradicionais de controle. O tema de governança dos riscos é um terreno fértil para diálogos e para o enfrentamento da complexidade atual.

A temática ambiental vem sendo mundialmente discutida, mas com poucos avanços significativos. Temas como aquecimento global, crise hídrica, escassez de alimentos, gestão de resíduos, sustentabilidade, poluição ambiental e desastres são os principais assuntos. Inúmeros avanços já ocorreram por meio de acordos internacionais e de legislação específica, mas buscar alternativas viáveis para conciliar os riscos e a preservação ambiental é um desafio fundamental.

Deste modo, os sistemas sociais do Direito e da Economia são essenciais para observar essa nova realidade. O Direito como sistema social tem por função reduzir a complexidade social, auxiliar na gestão dos riscos e também garantir um mínimo seguro para as gerações futuras.

O Brasil vivenciou em 2015 o incidente de Mariana e em menos de três anos depois desse fato ocorreu o desastre de Brumadinho, ambos em Minas Gerais. Esses dois eventos servem de alerta para a sociedade em suas tomadas de decisão, visando buscar uma mudança de paradigma em suas atividades, especialmente as de grande impacto.

A atividade econômica é essencial para a sociedade e não está isenta de inúmeros riscos. As empresas em especial, precisam manter mecanismos de gestão dos riscos aos quais estão sujeitas. Nesse contexto,

a relação entre Economia e Sustentabilidade³ é um binômio fundamental em pauta, em virtude das dificuldades em conciliar objetivos de lucro e preservação do meio ambiente.

Assim, a presente pesquisa justifica-se por subsidiar possíveis alternativas para o problema dos desastres ambientais, equacionando as demandas do sistema da Economia em relação à necessária preservação ambiental.

O objetivo do presente artigo é expor e avaliar a possibilidade de utilização do princípio de governança corporativa denominado de *Compliance*, a fim de evitar futuros desastres ambientais e promover a sustentabilidade. A pesquisa vai de encontro com o eixo temático de Tutelas à Efetivação de Direitos Transindividuais, tendo como linha a Sustentabilidade Urbana: institutos e mecanismos.

2. DESASTRES DE MARIANA E BRUMADINHO: APONTAMENTOS

A mineração é uma atividade altamente poluidora, entretendo movimentação expressivamente o mercado brasileiro e o internacional. Sánchez (2007) explica que a extração e processamento de minérios, apesar de gerar riqueza e, por conseguinte energia, moradia, transporte, entre outros, também é “causa de diversos impactos socioambientais, principalmente considerando que neste início de século tem havido um boom da indústria mineira mundial, impulsionada em grande parte pela demanda chinesa”.

O Brasil enfrenta desastres ambientais ligados a mineração, especialmente o rompimento de barragens. Minas Gerais tem um processo histórico de desenvolvimento com base na exploração dos recursos minerais. No estado, de 1986 até 2015, ocorrem oito destes eventos, todos resultando sérios danos ambientais e humanitários.

Em 10 de setembro de 2014 ocorreu a ruptura da barragem da mineradora Herculano em Itabirito. Três operários que realizavam a manutenção no talude de uma barragem de rejeitos desativada morreram so-

3 Ao abordar a palavra sustentabilidade no texto estamos nos referindo ao conceito da Comissão Mundial Sobre Desenvolvimento e Meio Ambiente no relatório Brundtland “O desenvolvimento sustentável é aquele que atendi às necessidades de presente sem comprometer a possibilidade de as gerações futuras atendam às suas próprias necessidades”. Comissão Mundial Sobre Desenvolvimento e Meio Ambiente. **Nosso Futuro Comum**. 2. ed. Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, RJ, 1991, p.46.

terrados e uma pessoa ficou ferida. O acidente também resultou na contaminação das águas e assoreamento de córregos e rios (BRASIL, 2016a).

No dia 05 de novembro de 2015, na cidade de Mariana, ocorreu o rompimento da barragem de Fundão e, em seguida, da de Santarém, acarretando inúmeros danos socioambientais. Esse rompimento despejou um volume total estimado em 62 milhões de m³ de rejeitos advindos da mineração⁴.

O rompimento da barragem de Fundão ocasionou a destruição de 1.469 hectares ao longo de setenta e sete quilômetros de cursos d'água, incluindo áreas de preservação. A mineração deixa rejeitos de minério de ferro, os quais afetam o solo diretamente, causando a desestruturação química, pois não são compostos de material orgânico (BRASIL, 2016b).

Nesses desastres, os principais impactos sobre os corpos hídricos e os usos da água produzidos pelo desastre foram:

A interrupção do abastecimento de água em função da degradação da qualidade da água nos rios afetados; Prejuízos à agricultura (irrigação); Prejuízos à indústria e demais atividades econômicas que dependem da qualidade da água dos corpos hídricos atingidos; Prejuízos à produção de energia nas hidrelétricas; Comprometimento da pesca em toda a extensão do rio e na transição com o ambiente marinho; Comprometimento do turismo, sobretudo na região do estuário do rio Doce; Destruição de áreas de preservação permanente nos trechos de cabeceira; Assoreamento dos corpos hídricos; Alterações morfológicas dos corpos hídricos atingidos; Mortandade de peixes e de outros organismos aquáticos; Perturbações do equilíbrio dos ecossistemas aquáticos (BRASIL, 2016a).

A empresa responsável pela extração e beneficiamento de minérios era Samarco S/A, cuja propriedade é de 50% da Vale S/A e 50% da BHP Billiton Brasil Ltda (BRASIL, 2016a). Segundo o inquérito da Polícia Federal, diversas irregularidades foram encontradas. O principal problema que causou o rompimento da barragem foi processo de liquefação. O laudo pericial também apontou que a Vale lançou rejeitos nas barragens da Samarco em quantidade que atingia até 27% do total de lama da barragem, quantidade que contribuiu de forma fundamental para que os rejeitos de lama ultrapassassem os limites de segurança.⁵

4 GLOBO. Volume vazado em Mariana equivale a 1/3 da capacidade da Guarapiranga. Disponível em: <<http://g1.globo.com/minas-gerais/noticia/2015/11/volume-vazado-em-mariana-equivale-13-da-capacidade-da-guarapiranga.html>>. Acesso em: 10.Set.2019.

5 GLOBO. Polícia Federal lista falhas da Samarco com rompimento da barra-

Nesse cenário, o incidente em Mariana foi um dos piores desastres ambientais brasileiros. Os danos foram imensuráveis nos aspectos ambientais, econômicos e humanos. Todavia, verificou-se que para ocorrer esse desastre foi necessária uma soma de fatores, “desde o risco da atividade, a realização do procedimento licenciatório em desacordo com os preceitos legais até a carência de fiscalização” (MAINARDE; BERWIG 2018). Nesse mesmo sentido Kokke (2019) lembra que os “desastres socioambientais afetam tanto bens ambientais propriamente ditos quanto bens individuais que são comprometidos pela ocorrência destrutiva”.

Em 25 de janeiro de 2019, desta vez na cidade de Brumadinho, ocorreu novo desastre socioambiental sem precedentes devido ao rompimento da barragem de rejeitos de mineração da Mina do Feijão. A dimensão do desastre ainda não pode ser aferida com precisão, entretanto os dados ecológicos e humanitários são indubitáveis quanto a sua extensão.

A área total da barragem era de cerca de 27 hectares, possuindo oitenta e sete metros de altura. A barragem estava inativa desde de 2015 e armazenava 12 milhões de m³ de lama de rejeitos da mineração de ferro, sendo que esse rompimento matou 270 pessoas, estando 11 ainda desaparecidas (OLIVEIRA, ROHLFS E GARCIA, 2019).

Os dois desastres possuem diversas semelhanças dentre elas “a falha no monitoramento e análise do risco e confiabilidade dessas estruturas, a participação maior ou menor da empresa Vale S/A em ambos os rompimentos e a não adoção das medidas cautelares de evacuação” (REZENDE; SILVA, 2019).

Contudo, é evidente que o Brasil enfrenta uma série de problemas em relação aos desastres ambientais, especialmente os oriundos das atividades de mineração. Esses problemas são de ordem ambiental, já que os danos acarretados aos ecossistemas afetados são incalculáveis; ordem social pois milhares de pessoas foram atingidas diretamente e indiretamente; ordem pública por falta de fiscalização efetiva; ordem técnica porque existem problemas com a estabilidade das barragens e ordem econômica já que a mineração é um ramo altamente rentável e importante para o Brasil.

gem. <<http://g1.globo.com/espirito-santo/desastre-ambiental-no-rio-doce/noticia/2016/06/pf-lista-falhas-que-levaram-barragem-da-samarco-romper.html>>. Acesso em: 10Set2019.

3. O COMPLIANCE COMO INSTRUMENTO DE PROTEÇÃO E VETOR DE SUSTENTABILIDADE

A conexão entre Economia e Preservação Ambiental é cheio de variantes e riscos por causa de questões envolvendo a Sociedade Global de Risco. De acordo com Zygmunt Baumann (2008), a pauta internacional está diretamente preocupada com a economia mundial e com o terrorismo, o qual vem ganhando força, e representam novas formas de risco com os quais é necessário aprender a lidar. Não é possível eliminar por completo os riscos, faz-se necessário administrá-los e adaptar-se a essa nova realidade.

Primeiramente as empresas podem ser vistas com um conjunto complexo de relações contratuais entre pessoas, físicas e jurídicas, servindo para a realização de relações contratuais. A organização funciona como integradora de objetivos conflitantes de diferentes atores (ROSS; WESTERFIELD; JAFFER, 2002).

De acordo com Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico- OECD a governança corporativa

[...] é o sistema pelo qual os negócios das empresas são direcionados e controlados. A estrutura da governança especifica a atribuição dos direitos e responsabilidades entre os diferentes participantes da empresa, assim como, os dirigentes, acionistas e outros stakeholders, e detalha as regras e procedimentos para tomada de decisões no que se refere a assuntos corporativos. Por fazer isso provê a estrutura pela qual os objetivos da companhia são definidos e os meios para atingir seus objetivos e monitorar seu desempenho.

Neste contexto, a governança cooperativa pode ser uma alternativa na forma de gestão das empresas, afim de evitar futuros desastres ambientais. Desse modo, o termo *compliance*, palavra que tem origem no verbo em inglês *to comply*, significa agir de acordo com uma regra. Neste sentido esse conceito pode ser entendido como um conjunto de regras, que visa cumprir as normas legais e regulamentares, bem como as políticas e as diretrizes definidas para o desenvolvimento empresarial.

O mercado de capitais tem forçado as empresas a adotarem novos métodos de gestão, onde que os preceitos da governança corporativa vem sendo uma alternativa para a anuência do mercado. Ainda, esses preceitos de governança corporativa podem funcionar como um catalisador em prol da sustenta-

bilidade, auxiliando no processo de tomada de decisão buscando um equilíbrio entre a questão econômica e ambiental (ARAS; CROWTER, 2008).

A governança corporativa, ferramenta de gestão importante, visa justamente compatibilizar os interesses e oferecer alternativas para manutenção das organizações e suas atividades econômicas. As decisões devem ser tomadas observando as questões econômicas, sociais e ambientais através de um método sistêmico de gestão de riscos visado a sustentabilidade (KOLK, 2008).

Para garantir que os administradores mantenham suas decisões alinhados com o melhor interesse da empresa e da sociedade, a governança corporativa preocupa-se em criar um conjunto eficiente de mecanismos, tanto de incentivos quanto de monitoramento. Esse método de governança é importante em todas as esferas da sociedade, no ambiente corporativo ou no ambiente político (CASAGRANDE; LAVARDA, 2015).

De acordo com Andrade e Rossetti (2004), os principais princípios de gestão corporativa são:

Fairness: senso de justiça, equidade no tratamento dos acionistas, respeito aos direitos dos minoritários, tanto no aumento dos resultados quanto ainda na presença ativa nas assembleias gerais; *Disclosure*: transparência das informações, especialmente das de alta relevância, que impactam os negócios e que envolvem resultados, oportunidades e riscos; *Accountability*: prestação responsável de contas, fundamentada nas melhores práticas e de auditoria; *Compliance*: conformidade no cumprimento de normas reguladoras, expressas nos estatutos sociais, nos regimentos internos e nas instituições legais do país.

O conteúdo desses conceitos, apontam primeiro para uma orientação da gestão de negócios em determinados objetivos valores. Também esses conceitos buscam incluir procedimentos de proteção organização ou cumprimento dos requisitos legais (SIEBER, 2013).

Arruda Neto e Casagrande (2018) explicam que o *compliance* é o cumprimento de normas reguladoras, expressas nos estatutos sociais, nos regimentos internos e nas instituições legais do país. Dessa forma, a governança corporativa é um instrumento capaz de monitorar e fiscalizar as ações das empresas, dando legitimidade para a gestão dos diretores, também deixando a empresa mais adequada para os riscos do mercado, tornando-se mais atratividade e favorecendo o acesso a recursos (PFEFFER; SALANCIK, 1978).

Weyermüller (2017) explica que no momento atual diante dos riscos do mercado a gestão precisa prever posturas e ações adaptativas. De outra forma “a gestão precisa de ferramentas flexíveis o suficiente para se adequar rapidamente as novas realidades que surgem justamente em face das atividades específicas de empresas que trabalham com inovação e criatividade”.

Assim conforme o sentimento de responsabilidade social, econômica e ambiental é inserido com sucesso nas organizações empresariais, essas mudam suas formas de atuação, de tomada de decisões e, conseqüentemente, a sua contribuição e relação com a sociedade (ARRUDA NETO; CASA GRANDE, 2018).

4. CONCLUSÕES

A sociedade encontra-se em constante mudança. Por isso, o risco é inevitável, porém passível de adaptar-se às novas realidades dinâmicas e complexas da sociedade de risco. Essa adaptação vai garantir a efetivação de direitos indispensáveis, como o meio ambiente equilibrado.

A atividade econômica é indissociável da própria estrutural social, portanto, garantir sua manutenção atrelada a preservação ambiental é um enorme desafio. As atividades empresariais na atualidade enfrentam inúmeros riscos, sendo necessário uma adequação na forma de gerir os negócios frente a esses riscos. Entende-se que a governança corporativa possui as premissas necessárias para realizar mudanças significativas, capazes de equacionar as demandas econômicas e ambientais e servir de catalizador para o desenvolvimento sustentável.

No caso específico de Minas Gerais percebe-se um problema crônico em relação a atividade de mineração, especialmente em relação ao rompimento de barragens. As questões que levaram a esse cenário de desastre são de ordem diversas, com destaque a econômica e ambiental.

O *compliance* mostra-se como um instrumento capaz de catalisar as ideias de sustentabilidade e aplicadas as empresas de forma concreta, podendo sua aplicação pelas empresas evitar desastres como o de Mariana e Brumadinho.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, A.; ROSSETTI, J. P. Governança corporativa: Fundamentos, desenvolvimento e tendências. São Paulo: Atlas, 2004.

ARAS, G. & CROWTHER, D. Governance and sustainability: an investigation into the relationship between corporate governance and corporate sustainability. *Management Decision*, 46 (3), p. 433-448, 2008.

ARRUDA NETO, N. P.; CASAGRANDE, R. M. Compliance as a guideline of organizational practices toward sustainability: a case study at Siemens do Brasil. In: ISDRS - 24th International Sustainable Development Research Society Conference, 2018, Messina - Italy. ACTION FOR A SUSTAINABLE WORLD: FORM THEORY TO PRACTICE, 2018.

BAUMAN, Zygmunt. Medo líquido. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

BRASIL. Agência Nacional de Águas (ANA). Encarte especial sobre a Bacia do Rio Doce. Rompimento da barragem em Mariana/MG. 2016a. Disponível em: <http://arquivos.ana.gov.br/RioDoce/EncarteRioDoce_22_03_2016v2.pdf>. Acesso em: 03.09.2019.

BRASIL. Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (IBAMA). Laudo técnico preliminar: impactos ambientais decorrentes do desastre envolvendo o rompimento da barragem de Fundão, em Mariana, Minas Gerais. 2016b. Disponível em: <www.ibama.gov.br/phocadownload/noticias_ambientais/laudo_tecnico_preliminar.pdf>. Acesso em: 16.09.2019.

CASAGRANDE, Rodrigo Moreira; LAVARDA, Carlos Eduardo Facin. Convergências teóricas entre a governança corporativa e a sustentabilidade sob a perspectiva da legitimidade. *Revista de Gestão Social e Ambiental-RGSA*, São Paulo, v. 9, n. 2, p. 88-101, 2015.

Comissão Mundial Sobre Desenvolvimento e Meio Ambiente. *Nosso Futuro Comum*. 2. ed. Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, RJ, 1991.

KOKKE, Marcelo. RESPONSABILIDADE CIVIL E DANO AMBIENTAL INDIVIDUAL NO DESASTRE DE BRUMADINHO. *Revista IBERC*, v. 2, n. 1, p.

1-16, 2019. Disponível em: <<https://revistaiberc.responsabilidadecivil.org/iber/article/view/19/16>>. Acesso em: 30 Mai. 2020.

KOLK, A. Sustainability, accountability and corporate governance: Exploring multinationals reporting practices. *Business Strategy and the Environment*, v. 17, pp. 1 -15, 2008.

OLIVEIRA, W. D.; ROHLFS, D. B.; GARCIA, L. P. O desastre de Brumadinho e a atuação da Vigilância em Saúde. *Epidemiologia Serviço e Saúde*, Brasília, v. 28, n. 1, 2019. Disponível em:< <https://www.scielo.br/pdf/ress/v28n1/2237-9622-ress-28-01-e20190425.pdf>>. Acesso: 15 Set. 2019.

ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E O DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO – OCDE. *Principles of corporate governance*. Paris: OECD, 1999.

MAINARDE, Thais Antunes; BERWIG, Juliana Altamann. O desastre de Mariana: A Gestão Jurídica dos Riscos. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, v. 90, p. 171-199, abr - jun, 2018.

PFEFFER, J., SALANCIK, G. R., 1978. *The External Control of Organizations: A Resource Dependence Perspective*. New York: Harper & Row.

SÁNCHEZ, Luiz Enrique. A extração e o processamento de bens minerais são atividades importantes para a economia brasileira, mas a mineração é naturalmente impactante e já deixou grande passivos ambientais. p. 352-356 In: SVISKI, Enrique (Coord.) *Almanaque Brasil Socioambiental*. São Paulo: 2007. Disponível em:< <https://www.socioambiental.org/sites/blog.socioambiental.org/files/publicacoes/10297.pdf>>. Acesso em: 12 Set. 2019.

SIEBER, Ulrich. Programas de ‘compliance’ en el derecho penal de la empresa. Una nueva concepción para controlar la criminalidad económica. *El Derecho Penal Económico en la era Compliance*. p. 63-110. Valência: Tirant lo Blanch, 2013. Disponível em:< <http://revistas.unisinos.br/index.php/rden/article/view/14313/6017>>. Acesso em: 12 Set. 2019.

WEYERMÜLLER, André Rafael. RISCO EMPRESARIAL E EMPREENDEDORISMO CRIATIVO. *Revista de Direito da Empresa e dos Negócios*, São Leopoldo, v. 1, n. 1, p. 3-18, 2017. Disponível em:< <http://revistas.unisinos.br/index.php/rden/article/view/14313/6017>>. Acesso em: 12 Set. 2019.

REZENDE, Elcio; SILVA, Vitor Cordeiro. De Mariana a Brumadinho: a efetividade da responsabilidade civil ambiental para a adoção das medidas de evacuação. *Revista do Direito*, Santa Cruz do Sul, v. 1, n. 57, p. 160-181, 2019 Disponível em:< <https://online.unisc.br/seer/index.php/direito/article/view/13569/8298>>. Acesso em: 12 Set. 2019.



**ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E JURISDIÇÃO
CONSTITUCIONAL: O DEBATE SOBRE A LEGITIMIDADE
DEMOCRÁTICA DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PARA
A DEFESA DA CONSTITUIÇÃO¹**

**DEMOCRATIC RULE OF LAW AND CONSTITUTIONAL
JURISDICTION: THE DEBATE ON THE DEMOCRATIC
LEGITIMACY OF THE CONSTITUTIONAL COURT FOR
THE DEFENSE OF THE CONSTITUTION**

BRUNA MORESCO SILVEIRA²

Resumo: Trata o presente artigo do debate, no contexto do Estado Democrático de Direito, sobre a legitimidade democrática da instituição de um Tribunal Constitucional para a interpretação e defesa da Constituição, em especial dos direitos fundamentais, por meio do controle de constitucionalidade. O problema reside na questão de saber se a jurisdição constitucional conflita ou não com a ideia atual de democracia no Estado Democrático de Direito. O método de abordagem foi o dedutivo e a técnica de pesquisa foi a bibliográfica, pois se buscou um estudo espe-

-
- 1 Artigo apresentado para o VI Seminário Nacional Tutelas à Efetivação de Direitos Indisponíveis do Programa de Mestrado em Direito da FMP, no eixo temático “Direitos Fundamentais e Jurisdição”, da Linha “Tutelas à Efetivação de Direitos Transindividuais”.
 - 2 Mestranda pela Fundação Escola Superior do Ministério Público (2020). Possui Graduação em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (2018/2). Assessora do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Pesquisadora do Grupo de Pesquisa Colisão de Direitos Fundamentais e o Direito como Argumentação do Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da FMP. E-mail: bruna.msilveira@yahoo.com.br.

cífico do tema. As conclusões foram sendo ressaltadas ao longo do texto e vêm alinhavadas ao final.

Palavras-chave: direitos fundamentais; Estado Democrático de Direito; jurisdição constitucional.

Abstract: The present work focus on the debate related to the democratic legitimacy of the establishment of a Constitutional Court responsible for the interpretation and defense of the Constitution and especially the fundamental rights. The matter is to know whether the constitutional jurisdiction conflicts with the idea of democracy and the Rule of Law. The approach method was the deductive one and the procedure was based on the relevant studies of the topics discussed. The conclusions were emphasized throughout the text and are aligned at the end of it.

Keywords: fundamental rights; Rule of Law; constitutional adjudication.

1. INTRODUÇÃO

Ao longo do século XX, principalmente após a violação sistemática de direitos durante a Segunda Guerra Mundial (1939-1945), as Constituições passaram a abranger um conjunto de princípios e valores hierarquicamente superiores no ordenamento jurídico, além de um amplo rol de direitos fundamentais, dotados de força obrigatória, conferindo o parâmetro a partir do qual as leis devem ser interpretadas. Para garantirem respeito aos direitos fundamentais, diferentes Constituições atribuíram a Tribunais Constitucionais a função de proteção dos direitos fundamentais, garantindo que os interesses das minorias sejam respeitados pela maioria governante, dado que a visão de democracia como a soberania absoluta e incondicional da maioria não mais prevalece. Este movimento deu origem ao que se denomina de paradigma da jurisdição constitucional.

O surgimento do paradigma da jurisdição constitucional acentuou o debate sobre a legitimidade democrática da instituição de um Tribunal Constitucional para a interpretação e defesa da Constituição, em especial dos direitos fundamentais, no Estado Democrático de Direito, considerando que, apesar de os seus membros não serem eleitos, decidem sobre conflitos políticos de natureza constitucional, sem controle democrático posterior. Diante das críticas realizadas aos Tribunais Cons-

titucionais, instaura-se um ambiente propício para o debate sobre a legitimidade democrática da jurisdição constitucional no contexto do Estado Democrático de Direito.

2. O PARADIGMA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

O século XIX e a primeira metade do século XX, na Europa Continental, foram marcados pelo modelo do Estado liberal, caracterizado pelo minimalismo constitucional, redução do Direito à lei formal, exclusão da moralidade do fenômeno jurídico e onipotência do legislador (MELLO, 2004, p. 25). Havia uma supremacia da lei em relação à Administração, à jurisdição e aos cidadãos, o que permite identificar um modelo de Estado legislativo baseado no princípio da legalidade, que reflete a noção de lei como um ato normativo supremo que não é oponível a nenhum direito mais forte³ (ZAGREBELSKY, 2011, p. 24). Às Constituições era conferida uma função macroestrutural e procedimental no sistema jurídico, no sentido de que organizavam o poder político e estabeleciam o processo de formação das leis, sem afetar, de forma significativa, o conteúdo do Direito, considerando que tal conteúdo seria definido com quase absoluta liberdade pelo legislador, limitado pelos direitos de liberdade (MELLO, 2004, p. 25).

O modelo do Estado de Direito liberal não sobreviveu às mudanças que ocorreram no curso do século XX. Os acontecimentos da Segunda Guerra Mundial (1939-1945), sobretudo em função da violação de direitos humanos e da crise política e moral vivenciada, acarretaram mudanças radicais na estrutura e nas funções das Constituições, pois o constitucionalismo deixou de ser centrado na soberania parlamentar e legal, para se centrar na criação de um amplo sistema de direitos fundamentais, incorporando valores morais, políticos e sociais de diferentes

3 As leis refletiam a hegemonia da burguesia, que se expressava no momento do processo legislativo, e, conseqüentemente, o monopólio político-legislativo desta classe social, principalmente em função da limitação do direito ao voto, que mantinha o proletariado e os movimentos políticos fora do processo democrático (ZAGREBELSKY, 2011, p. 31-32). Diante da esperada coerência e unidade das leis produzidas por uma única classe social, com valores próprios, foi construída a noção de que não haveria a necessidade de se estabelecer limites às leis, que estavam justamente vinculadas a um contexto político-social e ideal bem definido e homogêneo (ZAGREBELSKY, 2011, p. 31-32).

grupos sociais, com a subordinação da lei à Constituição (MELLO, 2004, p. 84). A concepção formal do Estado de Direito, assim, foi superada pela do Estado constitucional, que, por ser em geral democrático, deu origem ao Estado Democrático de Direito.

Acentua-se a função jurídico-objetiva dos direitos fundamentais, por limitarem a margem de atuação estatal e conferirem legitimidade ao exercício das competências legislativas, administrativas e jurisdicionais (PIEROTH; SCHLINK, 2012, p. 67). Deste modo, a ideia que prevalece é a de que os direitos fundamentais são, ao mesmo tempo, o fundamento e o limite da atuação estatal, porquanto estabelecem as fundações da relação entre o indivíduo e o Estado e restringem a atuação estatal (PULIDO, 2014, p. 324), devendo a democracia ser exercida de acordo com os direitos fundamentais, em contraposição à soberania da maioria (GRIMM, 2016, p. 216).

Para garantirem respeito aos direitos fundamentais pelo Estado, diferentes Constituições conferiram a Tribunais, na condição de guardiões da Constituição, o poder de controle da atuação da Administração Pública e dos legisladores, por meio do controle de constitucionalidade, com o escopo de impedir o cometimento de excessos e abusos pela maioria no âmbito da democracia majoritária e permitir o funcionamento do regime democrático (BEATTY, 2014, p. 5-6), dentro do que se denomina de paradigma da jurisdição constitucional⁴.

A Lei Fundamental da Alemanha, de 1949, é um exemplo da mudança de paradigma promovida no Estado Democrático de Direito. Após a Segunda Guerra Mundial (1939-1945), os autores da Lei Fundamental foram influenciados pelo descaso do regime nazista com os direitos fundamentais, que, apesar de estarem previstos em textos normativos no século XIX, eram vistos como programáticos, e não como normas, não tendo sido respeitados, motivo pelo qual a proteção destes direitos era a sua principal prioridade (GRIMM, 2016, p. 164-165). A busca pela maior proteção dos direitos fundamentais resultou na instituição do Tribunal

4 A jurisdição constitucional, ou garantia jurisdicional da Constituição, defendida por Hans Kelsen (2003a, p. 123-124), é por ele conceituada como “um elemento do sistema de medidas técnicas que tem por fim garantir o exercício regular das funções estatais”, funções estas que possuem caráter jurídico, pois são atos de criação ou exercício do direito. As garantias da Constituição, em especial a de anulação de atos inconstitucionais pelo Tribunal Constitucional, significam que será garantida a correspondência entre o grau inferior e o grau superior do ordenamento jurídico, porquanto a Constituição possui um *status* diferenciado ao constituir o fundamento do Estado e a base da ordem jurídica, bem como que será conferida uma proteção dos interesses constitucionalmente garantidos à minoria contra os atropelos da maioria (KELSEN, 2003a, p. 130-131).

Federal Constitucional, pois se concluiu que, não sendo suficiente o decreto de um *Bill of Rights*, era necessário também um Tribunal Constitucional que garantisse esta proteção⁵ (GRIMM, 2016, p. 161).

O estudo da passagem do Estado de Direito liberal para o Estado Democrático de Direito, com todos os seus aspectos e implicações, inicialmente na Europa continental, aponta, então, a ruptura de paradigmas anteriores e o surgimento de um novo marco teórico⁶, caracterizado, em especial, pela posição da Constituição no ordenamento jurídico e pela instituição de Tribunais Constitucionais, representativo do paradigma da jurisdição constitucional. Há discussão, entretanto, sobre a legitimidade democrática do Tribunal Constitucional para a interpretação e defesa da Constituição neste modelo, em especial por conta da dificuldade contra-majoritária, tema que será abordado no tópico seguinte.

3. O DEBATE SOBRE A LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DA INSTITUIÇÃO DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PARA A INTERPRETAÇÃO E DEFESA DA CONSTITUIÇÃO

Nos ordenamentos jurídicos em que se adota o controle judicial de constitucionalidade, muitos conflitos políticos de natureza constitucional acabam sendo resolvidos por decisão não da maioria, e sim do Tribunal Constitucional, cujos membros não são eleitos pelo povo, sem controle democrático posterior, o que dá origem ao denominado “risco

5 A experiência do regime ditatorial na Alemanha e o descaso com os direitos fundamentais abriram portas para a jurisdição constitucional, modelo este adotado por outros ordenamentos jurídicos, como os da Europa, África e América, destacando-se a intensificação da instituição dos Tribunais Constitucionais em períodos posteriores a ditaduras e a progressiva adoção do controle de constitucionalidade em países influenciados pela cultura britânica, como Austrália, Canadá e Índia (GRIMM, 2016, p. 214).

6 Para Barroso (2012, p. 43-44), o novo marco teórico envolve três mudanças de paradigma, consistentes no reconhecimento da força normativa às disposições constitucionais, que possuem aplicabilidade direta e imediata; na expansão da jurisdição constitucional, por meio da criação de Tribunais Constitucionais na grande maioria dos Estados democráticos, e na modificação da interpretação constitucional, com a mudança das ideias tradicionais do papel da norma, dos fatos e do intérprete, bem como reformulação das categorias da normatividade dos princípios, das colisões de normas constitucionais, da ponderação e da argumentação jurídica.

democrático” e à discussão sobre a legitimidade democrática do exercício de suas funções⁷ (BINENBOJM, 2014, p. 49-52).

As críticas acerca do papel desempenhado pelos Tribunais Constitucionais indicam que há espaço para o debate relativo à legitimidade democrática da sua instituição e, especificamente, à tensão entre democracia e jurisdição constitucional.

Verifica-se, por outro lado, que, paralelamente às críticas doutrinárias sobre a instituição e atuação dos Tribunais Constitucionais, há autores que defendem, com diferentes contextos, enfoques e perspectivas, que a democracia e a jurisdição constitucional não estão em oposição, destacando-se as teorias desenvolvidas no contexto do minimalismo constitucional, da concepção procedimental da Constituição e da teoria substancial da Constituição.

Uma primeira linha de pensamento que pode ser abordada se relaciona com a concepção minimalista da Constituição⁸, que marca o po-

7 A crítica sobre a legitimidade democrática da jurisdição constitucional pode ser ilustrada pelo pensamento de Kramer (2011, p. 163-184) que entende que não deve haver uma supremacia ou exclusividade judicial, já que deve ser prestigiado o constitucionalismo popular, ou seja, o papel do povo ao dar a última palavra sobre a interpretação constitucional, ideia que se alinha à ideologia dos *Founding Fathers* nos Estados Unidos, que defendiam que a *judicial review* apenas poderia ser exercida com restrição judicial, a fim de que os juizes não intervissem nas decisões dos outros Poderes ou tivessem a única palavra sobre a Constituição. Na mesma linha, para Waldron (1993, p. 28-38), os cidadãos possuem o direito de resolver as divergências de direitos e princípios entre eles ou por meio de representantes, razão pela qual a *judicial review* coloca em risco o direito dos cidadãos de participação no processo democrático e, portanto, deve sofrer limitações nos governos democráticos, devendo ser considerado que o legislador é quem possui a autoridade para dizer sobre direitos e justiça e que o Parlamento é o único local em que se respeitam a igual participação política e o autogoverno, por meio do debate e do voto.

8 Ilustrando esta concepção, Hans Kelsen (2003b, p. 258) defende que a Constituição ocupa uma função macroestrutural ao regular o processo de produção das normas gerais, a partir do qual será possível definir a validade da regra, delimitando apenas excepcionalmente o conteúdo das leis futuras, por via negativa, ao excluir certos conteúdos e instituir direitos de liberdade, pois a função de criação seria atribuída ao legislador. É com base neste contexto teórico que Hans Kelsen (2003a, p. 181-182) afirma que a jurisdição constitucional é uma decorrência necessária do constitucionalismo, sendo fundamental para a República democrática, pois garante a observância das regras procedimentais de elaboração constitucional das leis e o respeito à Constituição pelas regras hierarquicamente inferiores, impedindo que a maioria invada a esfera dos interesses constitucionais das minorias, fundamento pelo qual não é incompatível com a soberania do Parlamento, mesmo porque este também se submete à Constituição.

sitivismo jurídico e representa o paradigma vigente até o século XX, para a qual o conteúdo do Direito seria definido com quase absoluta liberdade pelo legislador, representante legítimo da soberania popular, tendo em conta que a Constituição definiria, como regra, apenas os órgãos e os procedimentos de elaboração das leis (MELLO, 2004, p. 29). A compatibilidade da jurisdição constitucional com a democracia decorreria da necessidade de observância do procedimento constitucional de produção e validade das leis, tendo em conta que a Constituição ocupa um *status* diferenciado no ordenamento jurídico, de modo que a atuação do Tribunal Constitucional se limitaria à aplicação da norma constitucional, sem participação criativa no conteúdo do Direito (BINENBOJM, 2014, p. 60).

Outra linha de pensamento, alinhada com a concepção procedimental da Constituição e surgida no contexto de reação ao papel ativista da Suprema Corte dos Estados Unidos na década de 1930⁹, argumenta que a melhor maneira de realizar uma conciliação entre a jurisdição constitucional e a democracia é compreender que o papel dos Tribunais se limita a garantir o funcionamento justo e eficaz das instituições e dos processos da política, dado que a interpretação vinculativa sobre o sentido material da Constituição, por juízes não eleitos, conflitaria com a ideia de governo democrático (BEATTY, 2014, p. 32). A função dos Tribunais seria restrita à proteção dos direitos de participação dos cidadãos nas decisões políticas, de modo que a deliberação sobre os valores substantivos deveria ser realizada “por órgãos com representação democrática, que são o Poder Legislativo e o Poder Executivo, em um sistema político que garanta a livre discussão de questões públicas e a ampla participação popular nos processos de decisão de temas políticos” (MELLO, 2004, p. 39).

A teoria recebeu críticas, sobretudo em razão do fato de que a discussão acerca das condições necessárias e prévias para um debate democrático justo e aberto envolve o debate sobre valores substantivos, a exemplo da dúvida sobre a previsão de ações afirmativas contra discriminações sociais, culturais e econômicas (MELLO, 2004, p. 110). Outra crítica se refere à tentativa de separação do processual do material, ainda

9 Segundo John Hart Ely (1980, p. 100-104), que constrói uma teoria procedimentalista no contexto dos Estados Unidos, a atuação da Suprema Corte dos Estados Unidos deveria ser a de garantir que todos conseguissem participar do processo político democrático, com igualdade, a fim de conferir proteção aos direitos democráticos e preservar a integridade do regime democrático, de modo que as determinações de valores fiquem a cargo dos representantes eleitos do povo, porquanto a Constituição dos Estados Unidos se limitou a questões de processo e estrutura e não à vinculação ou proteção de valores substantivos.

que uma Constituição contenha ambos, não tendo sido esclarecido como os juízes realizariam o controle de constitucionalidade sem precisar avaliar as opções políticas e morais (BEATTY, 2014, p. 30).

A partir do surgimento de um novo tipo de constitucionalismo no século XX, marcado pela modificação da estrutura e das funções das Constituições e pelo deslocamento da soberania parlamentar e supremacia da lei para um sistema de direitos fundamentais, com a incorporação de valores morais, políticos e sociais e reaproximação do Direito com a Moral, foram concebidas as teorias substantivas da Constituição, que compreendem a jurisdição constitucional como um instrumento para a defesa dos direitos fundamentais (MELLO, 2004, p. 84-85).

Ronald Dworkin (1985, p. 69), adepto da teoria substantiva da Constituição, propõe uma leitura moral da Constituição e sustenta que os Tribunais têm legitimidade para a proteção dos direitos por meio da revisão das leis, devendo tomar decisões sobre quais direitos existem no sistema constitucional (decisões de princípios, baseadas em direitos individuais), e não sobre a promoção do melhor bem-estar geral (decisões de política, baseadas em objetivos coletivos), e decidir com base na teoria substantiva da representação de tratar as pessoas com igual consideração, em contraste com os legisladores, que utilizam argumentos de política. De acordo com Dworkin (1985, p. 102-103), é necessária a coexistência de instituições e procedimentos vinculados e não vinculados à premissa majoritária, cada um deles com espaço e legitimidade para a proteção dos direitos que garantem a igual consideração e respeito dos indivíduos, de modo que a *judicial review* pode funcionar como um reforço ao processo democrático, considerando que as questões mais fundamentais da moralidade política podem ser debatidas como questões de princípio, o que não ocorreria no âmbito do Legislativo.

Robert Alexy (2005, p. 578) defende que a jurisdição constitucional é uma forma de representação do povo, assim como a democracia majoritária. Uma concepção adequada de democracia deve compreender não apenas a representação deliberativa, baseada na eleição e na decisão majoritária, como também a representação argumentativa, caracterizadora do Tribunal Constitucional, que aplica o teste da proporcionalidade quando se engaja no procedimento racional de justificação da decisão correta, tornando a democracia uma democracia deliberativa e possibilitando institucionalizar o discurso como um meio de tomada de decisão pública, buscando-se a correção (ALEXY, 2005, p. 578-579).

Partindo da perspectiva de que a Constituição assegura a soberania do povo, ao ser a direta expressão da vontade popular, e limita a

atuação estatal, Grimm (2016, p. 214-216) aponta que não há contradição entre jurisdição constitucional e democracia, pois a escolha do povo de conferir a uma instituição a função de determinar o significado da Constituição e analisar a legitimidade da atuação estatal, de acordo com as disposições constitucionais, não pode ser considerada antidemocrática¹⁰. Refere Grimm (2016, p. 216) que, nas democracias majoritárias, as decisões da maioria devem respeitar as limitações constitucionalmente estabelecidas, razão pela qual os Tribunais Constitucionais podem corrigir a vontade da maioria quando em desacordo com a Constituição, valendo-se de argumentos legais, e não puramente políticos.

4. CONCLUSÃO

O debate sobre a legitimidade democrática da instituição do Tribunal Constitucional para a interpretação e defesa da Constituição adquiriu novos contornos no Estado Democrático de Direito, delineado a partir da superação da visão de democracia como a soberania absoluta e incondicional da maioria e das mudanças ocorridas na teoria constitucional durante o século XX, em especial a ampliação do rol de direitos fundamentais nas Constituições, que são dotados de força obrigatória, moldando a atuação estatal.

A passagem da concepção formal do Estado de Direito para o Estado Democrático de Direito representa um plano de fundo para o debate contemporâneo sobre a jurisdição constitucional e democracia. Nesta linha de raciocínio, verifica-se que a teoria substantiva da Constituição se alinha à evolução do constitucionalismo, em contraste com as teorias desenvolvidas no contexto do minimalismo constitucional e da concepção procedimental da Constituição, que desejam limitar ao máximo a função dos Tribunais.

10 Importante ressaltar que Grimm (2016, p. 218-219) refuta a tese de Hans Kelsen de que a jurisdição constitucional é uma consequência do constitucionalismo, porquanto entende que não há como se afirmar que a instituição do Tribunal Constitucional seja uma condição necessária para a democracia, pois há exemplos de países, como Inglaterra e Holanda, onde o Poder Judiciário não é visto como o único guardião da Constituição. A instituição de um Tribunal Constitucional deve ser fruto de uma ponderação entre as vantagens e as desvantagens deste modelo, o que inclui considerar os riscos democráticos, ponderação esta que dependerá das circunstâncias do país e do momento histórico em que se encontra, sendo um fato, entretanto, que há mais argumentos a favor do que contra a jurisdição constitucional nos países onde a democracia constitucional ainda é precária (GRIMM, 2016, p. 218-219).

É fato que, paralelamente às modificações da estrutura e da função das Constituições, cada vez mais os ordenamentos jurídicos passaram a compreender a jurisdição constitucional como um instrumento de defesa dos direitos fundamentais e proteção dos interesses legítimos dos diferentes grupos sociais da sociedade plural e democrática, principalmente em função da experiência enfrentada durante regimes ditatoriais, a exemplo do que ocorreu na Alemanha. Há, ainda, argumentos que sustentam a compatibilidade da instituição do Tribunal Constitucional com o modelo de democracia substantiva e, conseqüentemente, a sua legitimidade democrática no reforço da tutela dos direitos fundamentais.

É preciso pensar, assim, não em negar a legitimidade democrática da importante função atribuída aos Tribunais Constitucionais no Estado Democrático de Direito, sobretudo em democracias ainda não plenamente consolidadas, e sim em compreender como estes Tribunais podem melhor cumprir o seu papel, a fim de que, ao mesmo tempo em que contribuam para a defesa da Constituição, não adquiram uma supremacia institucional incontrastável com os outros dois Poderes e respeitem a margem de atuação dos demais participantes no processo democrático, promovendo-se um equilíbrio e uma complementariedade entre a atuação da Corte, dos agentes políticos eleitos e do povo.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Balancing, Constitutional Review and Representation. *International Journal of Constitutional Law*. Oxford, vol. 3, n. 4, p. 572-581, out. 2005.

BARROSO, Luís Roberto. Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e política no Brasil contemporâneo. *Revista da Faculdade de Direito do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro, v. 2, n. 21, p. 1-45, jan/jun. 2012.

BEATTY, David M. *A Essência do Estado de Direito*. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

BINENBOJM, Gustavo. *A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira. Legitimidade Democrática e Instrumentos de Realização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

DWORKIN, Ronald. *A Matter of Principle*. Cambridge: Harvard University Press, 1985.

ELY, John Hart. *Democracy and Distrust: a theory of judicial review*. Cambridge: Harvard University Press, 1980.

GRIMM, Dieter. *Constitutionalism: past, present and future*. Oxford: Oxford University Press, 2016.

KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. Tradução de Alexandre Krug. São Paulo: Martins Fontes, 2003a.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2003b.

KRAMER, Larry. *Constitucionalismo popular y control de constitucionalidade*. Tradução de Paola Bergallo. Madrid: Marcial Pons, 2011.

MELLO, Cláudio Ari. *Democracia Constitucional e Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. *Direitos Fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 2012.

PULIDO, Bernal. *El Principio de Proporcionalidad y los derechos fundamentales*. 4. ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2014.

WALDRON, Jeremy. *A Right-Based Critique of Constitutional Rights*. *Oxford Journal of Legal Studies*. Oxford, v. 13, n. 1, p. 18-51, 1993.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El Derecho Dúctil: ley, derechos, justicia*. 10. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2011.



**DA CRUELDADE À SACRALIZAÇÃO DE ANIMAIS:
OS CONFLITOS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS E A
MUDANÇA DE POSICIONAMENTO DO SUPREMO
TRIBUNAL FEDERAL**

**FROM ANIMAL CRUELTY TO ITS SACRALIZATION:
THE FUNDAMENTAL RIGHTS CONFLICTS AND
THE POSITIONING CHANGE OF THE SUPREME
FEDERAL COURT**

*ELIZIANE FARDIN DE VARGAS¹
MARIA VALENTINA DE MORAES²*

Resumo: Diante da repercussão envolvendo eventual mudança de posicionamento do Supremo Tribunal Federal quanto à proteção do direito dos animais, objetivava-se examinar os fundamentos utilizados na decisão proferida pela corte no Recurso Extraordinário com Repercussão Geral n. 494601/RS, que debatia a (in)constitucionalidade da Lei n. 12.131/2004, a qual trata da possibilidade de sacralização de animais em cultos de matriz

-
- 1 Mestranda no Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direitos Sociais e Políticas Públicas da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC, na linha de pesquisa Constitucionalismo Contemporâneo. Graduada em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7125626353321424>. E-mail: <elizianefvargas@mx2.unisc.br>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-3192-659X>.
 - 2 Doutoranda no Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direitos Sociais e Políticas Públicas da Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC, na linha Dimensões Instrumentais das Políticas Públicas. Bolsista PROSUC/CAPES. Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC, Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2400734786644430>. E-mail: <mariavalentina.23@hotmail.com>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-8298-5645>.

africana. Questiona-se, assim, em razão das decisões proferidas nos casos paradigmáticos sobre a vaquejada e as rinhas de galo se há uma mudança de posicionamento do Supremo Tribunal Federal quanto ao tema ou uma nova colisão de direitos fundamentais? Utiliza-se o método de abordagem dedutivo e o de procedimento analítico, para analisar como o Supremo Tribunal Federal decidiu nos casos referidos, envolvendo a proteção dos direitos dos animais, para, ao final, abordar quais as colisões de direitos fundamentais presentes nas decisões. É possível afirmar que a decisão do Supremo Tribunal Federal, envolvendo a sacralização de animais em cultos religiosos de matriz africana, sustenta-se na ponderação entre a proteção do direito à liberdade religiosa conferida aos adeptos das religiões de matriz africana e a proteção aos direitos dos animais, diferentemente das decisões proferidas pelo mais alto Tribunal brasileiro anteriormente.

Palavras-chave: cultos de matriz africana; colisão de direitos fundamentais; jurisprudência; sacralização; Supremo Tribunal Federal.

Abstract: In view of the repercussions involved in a possible change in the position of the Brazilian Federal Supreme Court regarding the protection of animal rights, the objective is to examine the grounds used in the decision handed down by the court in the Extraordinary Appeal with General Repercussion n. 494601 / RS, which debated the (in) constitutionality of Law no. 12.131 / 2004, which deals with the possibility of sacralization of animals in cultures of African matrix. Therefore, it is questioned, due to decisions rendered in paradigmatic cases about *vaquejada* and cockfighting, whether there is a change in the position of the Supreme Federal Court on the subject or a new collision of fundamental rights? The deductive approach method and the analytical procedure are used to analyze how the Supreme Federal Court selects the cases, the procedures for the protection of animal rights, and in the end addresses what are the fundamental rights rules present in the decisions. It is possible to affirm that the decision of the Supreme Federal Court, involving the sacralization of animals in religious cults of African origin, rests on the balance between the protection of the right to religious freedom conferred to the followers of religions of African matrix and the protection of the rights of animals, unlike the decisions handed down by the highest Brazilian Tribunal previously.

Keywords: Cult of african matrix; collision of fundamental rights; jurisprudence; sacralization; Brazilian Federal Supreme Court.

1. INTRODUÇÃO

A vedação às práticas cruéis e de maus-tratos, bem como a proteção dos direitos dos animais, não é tema novo na pauta do Supremo Tribunal Federal. Em plenário o tema fora abordado recentemente nos julgamentos da regulamentação das rinhas de galo no Rio de Janeiro (ADI n. 1.856/RJ), julgado no ano de 2011 e mais recentemente no caso das vaquejadas no Ceará (ADI n. 4983/CE), julgado em 2017. Nos casos supramencionados, o Supremo considerou leis que regulamentavam essas práticas como inconstitucionais, pois são violadoras da proteção aos animais prevista no art. 225, §1º, VII da Constituição Federal.

Porém, no Recurso Extraordinário com Repercussão Geral n. 494601/RS, o qual versava quanto a (in)constitucionalidade da Lei n. 12.131/2004, a qual, com o escopo de proteger a liberdade religiosa dos cultos de matriz africana, autoriza o sacrifício ritual, desde que sem emprego de crueldade no ato sacrificial, o Tribunal se posicionou de maneira diversa da que vinha proferindo suas decisões, decidindo pela constitucionalidade do dispositivo. Com isso, utilizando-se do método de abordagem dedutivo e de procedimento analítico, questiona-se: há uma mudança de posicionamento do Supremo Tribunal Federal quanto ao tema ou uma nova colisão de direitos fundamentais?

Para resolver o questionamento proposto, serão inicialmente examinadas as fundamentações utilizadas no julgamento do RE n. 494601/RS, sobre a possibilidade de sacralização de animais em cultos de matriz africana, para então analisar a forma como o Tribunal vinha posicionando-se em relação a casos semelhantes envolvendo animais e por fim abordar os conflitos de direitos fundamentais existentes.

2. A CONSTITUCIONALIDADE DA LEI Nº 12.131/2004 E A PROTEÇÃO DA LIBERDADE RELIGIOSA DOS CULTOS DE MATRIZ AFRICANA

Em sede de Recurso Extraordinário com Repercussão Geral (494601/RS)³, o Supremo Tribunal Federal decidiu pela constituionali-

3 O Recurso Extraordinário (494601) foi interposto pelo Ministério Público do Rio Grande do Sul em razão de acórdão (7001029690) do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul que julgou improcedente o pedido de declaração de inconsti-

dade da Lei n. 12.131/2004, que introduziu ao Código Estadual de Proteção aos Animais o parágrafo único ao art. 2º da Lei n. 11.915/2003. Esse, com a finalidade de resguardar a liberdade religiosa, permite o sacrifício ritual em cultos e liturgias das religiões de matriz africana, desde que sem o emprego de excessos ou crueldade no ato do sacrifício animal.

O Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul alegou ser a norma eivada de inconstitucionalidade formal e material. Rememorou o Ministro Alexandre de Moraes no relatório do seu voto que, o recorrente alegara a existência de vício de inconstitucionalidade formal por entender que o texto da Lei n. 12.131/2004 trata de matéria penal, de competência privativa da União (art. 22, I/CF), não sendo autorizado ao Estado criar causa de exclusão de ilicitude que escuse da incidência do tipo penal previsto no art. 32 da Lei dos Crimes Ambientais (Lei n. 9.605/1998) as práticas de abate de animais em cultos religiosos. Já quanto à inconstitucionalidade material, argumentou o recorrente que, ao excepcionar exclusivamente os cultos de matriz africana, a lei estaria violando a isonomia (art. 5º, caput/CF) e a laicidade do Estado (art. 19, I/CF). (BRASIL, 2019, p. 37)

O Pleno do Supremo Tribunal Federal reconheceu unanimemente inexistir inconstitucionalidade - formal ou material - na lei em comento. No tocante à inconstitucionalidade material, o Ministro Luís Roberto Barroso explicitou em seu voto o entendimento de que a lei gaúcha, ao expressamente prever apenas as religiões de matriz africana, não violou o princípio da isonomia ou igualdade, pois entende que o extenso histórico de preconceito e discriminação que acompanha essa religião requer que a ela seja concedido um tratamento especial. Sustentou ainda que a referência específica à religião não caracteriza um privilégio pois “proteger a liberdade de culto de uma comunidade religiosa específica é assegurar a liberdade religiosa, e não quebrar a laicidade do Estado.” (BRASIL, 2019, p. 57). O Ministro ainda salientou que a referida lei “consagra a igualdade como reconhecimento, assegurando o direito de, mesmo em um culto

tucionalidade da Lei nº 12.131/04. O RE 494601, julgado em 28 de março de 2019, contou com a relatoria do Ministro Marco Aurélio, e por maioria dos votos fora negado o provimento do recurso extraordinário, nos termos do voto do Ministro Edson Fachin, os Ministros Marco Aurélio (relator), Alexandre de Moraes e Gilmar Mendes, que acompanharam o voto dos demais Ministros e admitiram a constitucionalidade da lei, lhe atribuíram interpretação conforme a Constituição Federal e foram vencidos em parte no que tange a interpretação conforme. Ao final da sessão fixou-se a seguinte tese: “É constitucional a lei de proteção animal que, a fim de resguardar a liberdade religiosa, permite o sacrifício ritual de animais em cultos de religiões de matriz africana.” (BRASIL, 2019, p. 77-78)

religioso minoritário, poder adotar as suas práticas, como os seus militantes desejarem.” (BRASIL, 2019, p. 55)

A questão do preconceito em relação às religiões de matriz africana foi ressaltada no voto do Ministro Alexandre de Moraes. Entendeu o Ministro que o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, ao analisar a constitucionalidade da lei, buscou evitar uma aplicação preconceituosa, já que a conduta vedada no Código Estadual de Proteção aos Animais - ofender ou agredir fisicamente os animais -, são atos que não acontecem nos ritos religiosos de matriz africana (BRASIL, 2019, p. 38). O Ministro ainda salientou que a aprovação do parágrafo único do art. 2º da Lei n. 11.915/2003 decorreu da interpretação errônea das religiões de matriz africana por parte das autoridades sanitárias e administrativas, que, de maneira preconceituosa, vinham entendendo a sacralização como crueldade e maus-tratos aos animais e acabavam interditando e multando os locais de culto de matriz africana. Também mencionou que “se a interpretação não fosse preconceituosa, não haveria, em nenhum dos incisos, a possibilidade nem de se aventar que a lei estaria dirigida também à questão religiosa.” (BRASIL, 2019, p. 38)

O direito fundamental à liberdade religiosa foi igualmente tratado no voto da Ministra Rosa Weber, que além de invocar a proteção decorrente do art. 5º, VI, VII e VIII/CF, mencionou a proteção prevista nos artigos 23 a 26 do Estatuto da Igualdade Racial (Lei n. 12.288/2010), onde há proteção específica dos locais de culto das liturgias de matriz africana, além de tolher eventuais condutas de intolerância religiosa. (BRASIL, 2019, p. 63)

O Ministro Alexandre de Moraes asseverou que o candomblé não utiliza o termo sacrifício “exatamente para afastar qualquer possibilidade de maus tratos aos animais - mas sim “Sacralização”, pois como sacerdotes da religião, especialmente treinados, irão realizar o ato com os rigores e o respeito que o culto exige.” (BRASIL, 2019, p. 46). O Ministro ainda argumentou que a sacralização⁴ “é fator essencial básico das religiões de matriz africana [...] Há todo um ritual e procedimento que devem ser seguidos na sacralização dos animais, com extremo rigor e respeito.” (BRASIL, 2019, p. 47). Sob igual viés argumentativo, aduziu que em relação às mencionadas práticas não se pode atribuir qualquer tipo de maus tratos aos animais ou crueldade “são rituais religiosos antigos, tradicionais e respeitosos, que não podem ser confundidos com maus tratos e sacrifícios de animais ocorridos em magia negra” (BRASIL, 2019, p. 48).

4 O termo “sacralização” foi igualmente adotado nos votos dos Ministros Luiz Edson Fachin, Luís Roberto Barroso e da Ministra Cármen Lúcia. (BRASIL, 2019, p. 28-57-72)

Desta forma, a constitucionalidade formal e material da Lei n. 12.131/2004 ostenta ares de pacificidade visto a concordância absoluta entre os Ministros sobre o assunto. Quanto aos posicionamentos adotados anteriormente pelo Supremo Tribunal Federal em casos envolvendo animais - ADI 1.856/RJ e ADI 4.983/CE mencionadas no voto do Ministro Edson Fachin - e a aparente alteração de posicionamento em razão da decisão adotada no julgamento do R.E 494601/RS, será o tema abordado mais especificamente no capítulo que segue.

3. CASOS PARADIGMÁTICOS: O POSICIONAMENTO ADOTADO QUANTO ÀS LEIS QUE REGULAMENTAVAM A VAQUEJADA E AS RINHAS DE GALO

Como referido, o Ministro Edson Fachin rememorou o julgamento da prática da “farra do boi” (RE 153.531/SC), no qual a Corte reconheceu que o dever do estado em garantir aos cidadãos “o pleno exercício de direitos culturais, promovendo a apreciação e difusão de manifestações culturais, não exige o Estado de observar o dispositivo constitucional que proíbe o tratamento cruel de animais”. Em igual sentido mencionou os casos da regulamentação das rinhas de galo (ADI 1.856/RJ) e da prática da vaquejada (ADI 4.983/CE), casos em que o Superior Tribunal considerou as condutas como violadoras do disposto no art. 225, §1º, VII/CF, que resguarda os animais de atos de crueldade. O ministro salientou que “*In casu*, os memoriais trazidos pelos *amici curiae* apontam para um caminho distinto em relação à solução que foi dada para a vaquejada.” (BRASIL, 2019, p. 23).

As decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal nos casos envolvendo a lei cearense que regulamentava a vaquejada e a lei do Rio de Janeiro que regulamentava rinhas de galo, a diferença da decisão até aqui analisada, voltaram-se para a crueldade com os animais presente em ambas as práticas. Em 2011, ao julgar a ADI nº. 1.856, entendendo o mais alto Tribunal brasileiro que as conhecidas brigas de galo eram uma prática lesiva à fauna e à flora, ofendendo a proteção constitucional ao meio ambiente e a vedação de práticas cruéis contra animais (BRASIL, 2011).

Afastando o argumento que sustentava que as brigas de galo se configuravam como manifestações culturais ou expressões folclóricas, classificou-o o Ministro Celso de Mello como “**patética tentativa de frau-**

dar a aplicação da regra constitucional de proteção da fauna”, buscando tornar práticas cruéis em lícitas sob um véu de preservação cultural e histórica. (BRASIL, 2011, p. 37, grifado no original). A condição de tortura a qual os animais são expostos também foi referida na decisão, bem como o resultado morte que acaba decorrendo de muitas das brigas de galo promovidas (BRASIL, 2011).

Os argumentos favoráveis à prática, suscitados no recurso, buscavam afastar a violação do direito ao meio ambiente, tornando lícita a crueldade com animais e a violência, que acaba sendo naturalizada, sob o manto de uma aparente proteção cultural (BRASIL, 2011). O Ministro Gilmar Mendes pontuou, nesse sentido e fazendo alusão ao precedente já estabelecido no julgamento da farra do boi, que por vezes “estamos contextualizados em situações de violência, e muito provavelmente este tipo de prática provoca a falta de sensibilização ou mesmo um fenômeno de dessensibilização em relação a práticas violentas” (BRASIL, 2011, p. 54). Ressalta o Ministro Ricardo Lewandowski, ainda, a relação da vedação à crueldade com os animais com a dignidade humana, uma vez que “quando se trata cruelmente ou de forma degradante um animal, na verdade está se ofendendo o próprio cerne da dignidade humana” (BRASIL, 2011, p. 62).

Os argumentos relativos a percepção cultural e social das práticas perpassam também os votos dos Ministros na decisão sobre a constitucionalidade da lei cearense n.º 15.299/2013, que disciplinava a vaquejada, sendo trazidos dados, por *amicus curiae*, sobre os empregos e a importância econômica da vaquejada para a região, bem como, por outro lado, relativos aos procedimentos cruéis adotados, já que a prática, como referido pela Ministra Carmén Lúcia, consiste na torção do rabo do animal para induzi-lo à queda – o que traria sofrimento e geraria lesões no animal (BRASIL, 2016).

A decisão, não unânime, dividiu ministros que compreendiam que a vaquejada estaria abarcada na proteção constitucional destinada às manifestações culturais, como o Ministro Edson Fachin, e os que sustentavam na crueldade razão para afastamento dessa condição, não havendo guarida constitucional para manifestações culturais que adotam práticas cruéis, como os Ministros Luís Roberto Barroso e Carmén Lúcia (BRASIL, 2016). O posicionamento majoritário pautou-se no debate sobre a possibilidade de que práticas cruéis fossem protegidas constitucionalmente, sendo muitos dos argumentos direcionados à intenção do legislador ao proteger as manifestações culturais em nível constitucional, como um direito fundamental – e, assim, diante de sua natureza prin-

ciológica, realizável a maior medida possível (ZAGREBELSKY, 2014), e passível de colisão, cabendo analisar também os conflitos de direitos fundamentais que se estabeleceram em cada uma delas.

4. UM NOVO CONFLITO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS?

Frente a autorreferência aos julgados do próprio Supremo Tribunal Federal, que, como critica Maus em relação aos Tribunais Constitucionais, que reforçam sua própria história constitucional e tornam-se mais guardiões desta do que da Constituição (MAUS, 2000), cabe compreender as diferenças presentes em cada caso, as quais, como reforça Alexy, geram uma maior carga de argumentação jurídica que as demonstram (ALEXY, 2001). Esta colisão faz com que haja diferentes níveis de realização dos direitos fundamentais e exige que quanto maior for a afetação de um direito, maior deve ser a importância do outro direito colidente, definido na doutrina alemã como “tanto-quanto” (LEAL, 2008).

Nos três casos analisados ocorre uma visível colisão de direitos fundamentais. No primeiro dos casos encontra-se de um lado o direito à liberdade de consciência e crença (art. 5º, VI/CF) e do outro o direito fundamental ao meio ambiente (art. 225, VII/CF), no segundo e terceiro a colisão que ocorre envolve a proteção deste direito fundamental ao meio ambiente com a preservação de direitos culturais e a liberdade de manifestação cultural (215/CF). Assim, apontou o Ministro Alexandre de Moraes que o acórdão recorrido, ao prever que o sacrifício ritual nos cultos de matriz africana deve abster-se de excessos ou crueldades, estaria em harmonia com o art. 225/CF, que veda a prática de crueldade contra os animais (BRASIL, 2019, p. 50), de modo que a vedação da sacralização consubstanciaria “clara interferência na liberdade religiosa de seus praticantes, descaracterizando, ademais, a própria expressão da liberdade de culto” (BRASIL, 2019, p. 44). A Ministra Rosa Weber preconizou que diante da decisão do Tribunal gaúcho “será sempre possível aferir a prevalência, ou não, do direito à liberdade religiosa em cada caso, verificando os limites de compatibilização entre manifestação cultural e proteção aos animais” (BRASIL, 2019, p. 64).

O Ministro Luís Roberto Barroso lembra que “o ritual em nada se aproxima de práticas como a caça ou a pesca predatória, o abandono de animais domésticos em centros urbanos, o seu confinamento em condições precárias ou uso de animais em experiências científicas cruéis.”

para então concluir seu argumento afirmando que a sacralização não é mero ato de entretenimento, e sim livre exercício do direito fundamental à liberdade religiosa. (BRASIL, 2019, p. 57)

Invocando a Convenção para a salvaguarda do Patrimônio Cultural Imaterial da Unesco, o Ministro Edson Fachin entendeu ser necessário o reconhecimento das práticas de sacrifício animal como patrimônio cultural imaterial – como acabou sendo reconhecida a prática da vaquejada em decisão legislativa que superou a decisão judicial pela inconstitucionalidade da lei cearense (LEAL, MORAES, 2019). Esse reconhecimento decorreria em razão da “obrigação imposta ao Estado brasileiro relativamente às manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional, nos termos do art. 215, § 1º, da CRFB.” (BRASIL, 2019, p. 27)

No que toca às decisões das rinhas de galo e da vaquejada, os conflitos que se estabelecem versam sobre a proteção ao meio ambiente e direito dos animais, nele compreendido, versus a proteção constitucional à manifestação cultural. No primeiro caso, o caráter cultural da prática envolvendo as bigas de galo seria afastado pela caracterização de violência e crueldade contra os animais e em virtude de a prática não estar relacionada com uma região específica do país ou uma cultura com traços característicos e singulares, que reforçaria suas características culturais naquela manifestação (BRASIL, 2011). Assim, entendem os Ministros que o, aparente, conflito de normas é afastado a medida em que não caracterizado qualquer direito à manifestação cultural diante da ausência de possibilidade de incluir a competição galística, tecnicamente chamada, como identificadora de alguma cultura determinada.

Quanto à vaquejada são exploradas diferentes características diante da identificação da prática como uma manifestação cultural – considerada como patrimônio cultural imaterial brasileiro posteriormente. A colisão que se impõe, como pondera o Ministro Gilmar Mendes em seu voto, faz com que se questione qual o nível de sacrifício que pode ser exigido para a efetivação de um direito, cabendo “ao Supremo, tendo em conta princípios constitucionais, harmonizar essas conflitos inevitáveis” (BRASIL, 2016, p. 10). Marco Aurélio também enfatiza a necessidade de ponderação de normas, pois “mesmo presente manifestação cultural [...], há de se interpretar, no âmbito da ponderação de direitos, normas e fatos de forma mais favorável à proteção ao meio ambiente” (BRASIL, 2016, p. 12).

Há, nos primeiros julgados, uma prevalência do direito ao meio ambiente frente à proteção às manifestações culturais, sendo estas colocadas em xeque. Quanto à sacralização em cultos de matriz africana, por

unanimidade os Ministros entenderam ser menos gravoso aos direitos fundamentais dos indivíduos a prática da sacralização do que restringir a liberdade religiosa dos praticantes das religiões de matriz africana, enfatizando ainda mais o quão íntimo e sensível são os direitos de culto e crença.

5. CONCLUSÃO

No primeiro caso analisado, quanto à sacralização de animais em cultos de matriz africana, na ponderação entre o direito fundamental à liberdade de culto religioso e o direito de proteção aos animais evidentemente houve a preponderância do direito à liberdade religiosa. Nos casos das rinhas de galo e da vaquejada, diante da colisão entre o direito ao meio ambiente e à proteção às manifestações culturais, houve uma prevalência do direito ao meio ambiente, reforçado, como referido sobre a decisão das brigas de galo, por princípios como o da dignidade humana, e no caso da vaquejada, com o afastamento de sua máxima proteção diante da crueldade presente.

Assim, respondendo ao problema de pesquisa proposto, entende-se que não ocorreu uma mudança de posicionamento por parte do Supremo Tribunal Federal no tocante à proteção ao meio ambiente. Aparente mudança se dá em razão de uma diferente colisão de direitos fundamentais, que versavam sobre àquele em relação às manifestações culturais – descaracterizadas pelos Ministros – enquanto na decisão sobre a sacralização de animais em cultos de matriz africana a colisão se dá em relação à manifestação religiosa, não relativizada. Ainda, o elemento da crueldade é diferenciado no precedente, entendendo os Ministros, por unanimidade, a constitucionalidade da sacralização, uma vez que a crença compreende que não há qualquer dor ou sacrifício envolvidos.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica*. São Paulo: Landy Editora, 2001.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 1.856*. Rel. Ministro Celso de Mello. Julgada em 26 mar. 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 11 jun. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 4.983*. Rel. Ministro Marco Aurélio. Julgada em 06 out. 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 16 jun. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Recurso Extraordinário 494601/RS*. Relator: Min. Marco Aurélio, 28 de março de 2019. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2419108>>. Acesso em: 29 maio 2020.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig. *Jurisdição Constitucional Aberta. Reflexões sobre a Legitimidade e os Limites da Jurisdição Constitucional na Ordem Democrática*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

LEAL, M. C. H.; MORAES, M. V.. “Diálogo” entre Poderes no Brasil? Da inconstitucionalidade da regulação da vaquejada à vaquejada como patrimônio cultural imaterial brasileiro: uma análise crítica. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 5, n. 1, p. 63-81, jan/abr. 2018.

MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. *Novos Estudos - CEBRAP*, São Paulo, n. 58, p. 193-202, nov. 2000.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *La ley y su justicia*. Madrid: Trotta, 2014.



**A PROTEÇÃO À SAÚDE DA CRIANÇA
CONSUMIDORA COMO
GARANTIA CONSTITUCIONAL**

**THE CONSUMER CHILDREN'S HEALTH
PROTECTION AS A
CONSTITUTIONAL GUARANTEE**

*LÚCIA SOUZA D'ÁQUINO¹
JULIANA ROMAN²*

Resumo: O presente trabalho pretende abordar, a partir das previsões constitucionais de direito à saúde, dignidade, proteção integral e prioridade absoluta das crianças, os efeitos da publicidade de alimentos dirigida ao público infantil e seu enquadramento no ordenamento jurídico brasileiro. A partir dos conceitos de direito à saúde e de como uma alimentação adequada está ligada a esse direito, e dos dispositivos constitucionais que protegem o direito das crianças no ordenamento jurídico brasileiro, será abordado o efeito das

-
- 1 Doutoranda em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Especialista em Direito Francês e Europeu dos Contratos pela Université de Savoie-Mont Blanc/UFRGS. Membro do grupo de pesquisa “Mercosul, Direito do Consumidor e Globalização”. Professora convidada do curso de Especialização “Direito do Consumidor e Direitos Fundamentais” da UFRGS. Diretora do IBDMater - Instituto Brasileiro de Direito e Maternidade. Contato: luciasdaquino@gmail.com. ORCID: 0000-0002-0838-3566.
 - 2 Mestranda em Direito pelo Centro de Estudos Europeus e Alemães UFRGS-PUCRS. Graduada em Ciências Jurídicas e Sociais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul com período de mobilidade internacional na Univesidad Internacional de Cataluña, Barcelona, Espanha. Membro do Grupo de Pesquisa CNPq Direito do Consumidor da PUCRS, do Grupo de Pesquisa CNPq GEDF - Grupo de Estudos e Pesquisa em Direitos Fundamentais da PUCRS e do Grupo de Pesquisa CNPq MERCOSUL, Direito do Consumidor e Globalização. Pós-graduanda em Direito Digital (FMP). Contato: romanjuliana07@gmail.com. ORCID: 0000-0001-5829-8143.

publicidades de alimentos sobre o público infantil e seu enquadramento no ordenamento jurídico, a partir de discussões doutrinárias e do posicionamento adotado pelo Superior Tribunal de Justiça. Ao final, conclui-se pela abusividade de tal prática, por violar os direitos fundamentais das crianças em si e de sua condição enquanto consumidoras.

Palavras-chave: Abusividade. Alimentação adequada. Crianças. Direito à saúde. Publicidade de alimentos.

Abstract: The present work intends to approach, from the constitutional forecasts of the right to health, dignity, integral protection and absolute priority of children, the effects of food advertising directed at children and its framing in the Brazilian legal system. Based on the concepts of the right to health and how adequate food is linked to that right, and the constitutional provisions that protect children's rights in the Brazilian legal system, the effect of food advertising on the child audience and its framework in the legal system will be addressed, based on doctrinal discussions and the position adopted by the Superior Court of Justice. In the end, it is concluded that this practice is abusive, for violating the fundamental rights of children themselves and their condition as consumers.

Keywords: Abusiveness. Adequate food. Children. Right to health. Food advertising.

1. INTRODUÇÃO

O direito à saúde, muito mais do que dizer respeito ao direito a tratamento médico adequado e medicamentos, relaciona-se com o conceito priorizado pela Organização Mundial de Saúde, de que a saúde é um estado de bem-estar físico, mental e social completo, e não somente a ausência de doença. Quando se fala em saúde das crianças, necessário ressaltar sua importância básica e essencial para um desenvolvimento sadio (WORLD HEALTH ORGANIZATION, 1946).

Dentro desse conceito está o de uma alimentação adequada, que permite um desenvolvimento sadio das crianças. Entretanto, esse direito sofre interferências vindo da atividade de comunicação mercadológica dirigida ao público infantil.

Nesse sentido, o presente trabalho pretende analisar as influências da publicidade de alimentos sobre o público infantil e sua relação com os

direitos à saúde e com as normas constitucionais de proteção desses sujeitos de direito, a quem se dirige um dever de cuidado do Estado, da família e da sociedade, cuidado esse vindo “desejo desinteressado ou criado em face de fatores externos, e que pode ser radicado no afeto, em um interesse legítimo, ou em uma obrigação jurídica.” (PASQUALOTTO; RAMOS, 2017, p. 90)

Para tanto, serão abordados tanto o direito à saúde quanto a proteção constitucional da criança para, a seguir, abordar o direcionamento de publicidade de alimentos a esse público e seu enquadramento nas normas de proteção existentes para, ao final, abordar o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça a respeito do tema.

2. SAÚDE COMO DIREITO FUNDAMENTAL

A saúde encontra previsão enquanto direito já na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, no artigo XXV, o qual define que todo ser humano tem direito a um padrão de vida que seja capaz de assegurar-lhe e a sua família, saúde e bem-estar, incluindo a alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis. (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1948)

O direito à saúde foi inserido na Constituição Federal de 1988 (CF) no título destinado à ordem social, que tem como objetivo o bem-estar e a justiça social. Nessa perspectiva, o seu art. 6º estabelece como direitos sociais fundamentais a educação, a saúde, o trabalho, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância. No contexto brasileiro, o direito à saúde foi uma conquista do movimento da Reforma Sanitária, refletindo na criação do Sistema Único de Saúde (SUS)³ pela Constituição Federal de 1988. O artigo 196 da CF/88 assegura a saúde como direito universal e dever do Estado, “garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.” (BRASIL, 1988)

O direito fundamental à saúde implica na garantia ampla de qualidade de vida, em associação a outros direitos básicos, como educação, saneamento básico, atividades culturais e segurança.

3 A Constituição Federal de 1988, nos arts. 198 a 200, atribuiu ao Sistema Único de Saúde a coordenação e a execução das políticas para proteção e promoção da saúde no Brasil.

Existe estreita relação entre saúde e alimentação, sendo Direito Humano à Alimentação Adequada (DHAA) importante no presente contexto. O DHAA está baseado em aspectos que tangem ao acesso físico e econômico de todas as pessoas aos alimentos e aos recursos que garantam esse acesso contínuo (BURITY *et al.*, 2010, p. 160). A defesa do DHAA começa pela luta contra a fome, na garantia a todos os cidadãos de ter acesso diário a alimentos em quantidade e qualidade suficiente para atender as necessidades nutricionais básicas essenciais para a manutenção da saúde. O DHAA está presente em normas internacionais que reconhecem o direito de todos à alimentação adequada e o direito fundamental de toda pessoa a estar livre da fome, como pré-requisitos para a realização de outros direitos humanos (BURITY *et al.*, 2010, p. 14). Como exemplo, tem-se o artigo 25 da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, o artigo 11 do Pacto de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e o Comentário Geral nº 12 da ONU. Conforme o Ministério da Saúde do Brasil, a “alimentação adequada” é definida como um direito humano básico que envolve a garantia ao acesso permanente e regular, de forma socialmente justa, a uma prática alimentar adequada aos aspectos biológicos e sociais do indivíduo (BRASIL, 2017).

Em 2010, como resultado de um processo de mobilização social, foi aprovada a Emenda Constitucional nº 64 (BRASIL, 2010), que incluiu a alimentação no artigo 6º da Constituição Federal do Brasil. Portanto, a alimentação figura como um direito fundamental, independente do direito fundamental à saúde, mas a ele conectado. Sendo assim, o DHAA também é um dos direitos sociais garantidos pela Constituição Federal de 1988. É importante frisar que isso não necessariamente significa a garantia da realização desse direito na prática, o que permanece como um desafio a ser enfrentado. Para garantir a realização do DHAA, o Estado brasileiro tem as obrigações de respeitar, proteger, promover e prover a alimentação da população (BRASIL, 2007, p. 31), enquanto a população tem o direito de exigir que eles sejam cumpridos, por meio de mecanismos de exigibilidade.

3. PROTEÇÃO DA CRIANÇA E OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

A proteção da criança na ordem constitucional brasileira, além de emanar de regra explícita no art. 227, é derivada também de outros mandamentos contidos na lei maior.

A dignidade humana, fundamento da República Federativa do Brasil (art. 1º, III da CF), “deriva do entendimento de que toda pessoa tem um lugar na sociedade pelo simples fato de ser caracterizada como humana e devendo por isso ser respeitada” (AZEVEDO; VASCONCELLOS, 2020, p. 311), justificando, segundo Gaudêncio, a proteção dos hipervulneráveis através de sua aplicação “como solução para a tutela de pessoa consumidora no negócio jurídico em face do mínimo existencial” (2016, p. 155).

A solidariedade, por sua vez, objetivo fundamental da República (art. 3º, I da CF), demanda “uma (co)responsabilidade que se estabelece em um movimento dialético entre o indivíduo e a comunidade; assim, a base sobre a qual o princípio da solidariedade se sustenta é o próprio ser humano.” (AZEVEDO; VASCONCELLOS, 2020, p. 317)

Além disso, a igualdade, que pode ser derivada dos objetivos fundamentais (art. 3º, III e IV da CF) e é também direito fundamental (art. 5º, *caput* da CF), é balizadora das relações e, segundo Gaudencio, está relacionada ao princípio da vulnerabilidade, protetor da criança enquanto consumidora, eis que, diante da situação de diferença de armas entre consumidor criança e fornecedor, surge a necessidade de reequilíbrio a fim de atingir o direito fundamental à igualdade nas relações sociais e de consumo. (GAUDENCIO, 2016, p. 152)

Mais adiante, quando trata da família, da criança, do adolescente, do jovem e do idoso, a Constituição Federal confere proteção específica à criança, positivando duas importantes doutrinas: a da proteção integral e a da prioridade absoluta.

A proteção integral deriva do mandamento de que “é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança...” contido no *caput* do art. 227, determinando que, mais do que um direito a ser protegida, a criança tem a garantia de que esse direito corresponde a uma responsabilidade partilhada entre todos, que para efetivar tal proteção devem orientar a organização e atuação do Estado, da família e da sociedade, não sendo possível “seu afastamento, senão em choque com outro princípio da mesma grandeza.” (PIFFER; OLIVEIRA; DOMINONI, 2018, p. 105)

No que tange ao objeto do presente ensaio, essa proteção integral garante a necessidade de elaboração de instrumentos e políticas públicas “de enfrentamento a vulnerabilidades que atingem crianças e de adolescentes, tais como o incentivo ao hiperconsumismo decorrente do mercado capitalista global.” (CUSTÓDIO; MOREIRA, 2016, p. 119)

A doutrina da prioridade absoluta, por sua vez, diz respeito à prioridade na formulação de instrumentos e políticas públicas a efetivar seus direitos (CUSTÓDIO, 2008, p. 34).

Então, a proteção da criança enquanto consumidora passa pela garantia de dignidade, solidariedade, igualdade, prioridade e proteção integral, o que permite a restrição em relação a direitos daqueles com quem se relaciona a fim de efetivá-los, o que se justifica pela sua condição de pessoa em desenvolvimento. Assim, a fim de evitar danos e tendo em vista os valores da coletividade de proteção à infância, tem-se uma base razoável para a limitação de direitos (AZEVEDO; VASCONCELLOS, 2020, p. 315), propiciando o exercício do dever de cuidado, que “está em uma relação direta com o princípio da boa-fé, com o princípio da confiança, e com a máxima *neminem laedere*, todos arrematados pela dignidade da pessoa humana.” (PASQUALOTTO; RAMOS, 2017, p. 95)

Dessa forma, passa-se a abordar a publicidade de alimentos dirigida ao público infantil e suas consequências, para ao final abordar a forma como o Superior Tribunal de Justiça tem se posicionado a esse respeito.

4. PUBLICIDADE DE ALIMENTOS E OS DANOS AOS CONSUMIDORES HIPERVULNERÁVEIS

A publicidade infantil é proibida pela legislação brasileira, como conclusão decorrente da aplicação dos princípios constitucionais e legais aplicáveis ao tema.

O Código de Defesa do Consumidor, assim como o Marco Legal da Primeira Infância e a Resolução nº 163 do Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (Conanda), determinam a abusividade e a ilegalidade de qualquer tipo de comunicação mercadológica direcionada ao público infantil. O ordenamento jurídico pátrio concedeu maior proteção à criança, sujeito notoriamente mais vulnerável em relação aos demais. A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88) adotou, em seu artigo 227, a doutrina da proteção integral da criança. (HENRIQUES, 2006, p. 132;135)

A publicidade infantil se aproveita da hipervulnerabilidade do público infantil (D'AQUINO, 2017) e de sua dificuldade em discernir o que é entretenimento de mensagem publicitária para explorar comercialmente a criança. Ela distorce valores, estimula a cultura do descarte, causa doenças com o incentivo ao consumo de produtos alimentícios não saudáveis, entre outros malefícios. Nessa linha, conforme explica

Costa (2014, p. 19-20), a partir de estudos da área da neurobiologia é possível explicar a incapacidade da criança em compreender o papel persuasivo da publicidade.

Direcionar publicidade diretamente ao público infantil é uma estratégia das empresas anunciantes para utilizar as crianças como promotoras de vendas para suas famílias. A influência da publicidade na alimentação das crianças figura entre um dos fatores que levam ao aumento de peso infantil, juntamente ao aumento do consumo de alimentos altamente calóricos. Segundo a Comissão para Erradicar a Obesidade Infantil da Organização Mundial da Saúde (OMS) (WORLD HEALTH ORGANIZATION, 2015), crianças e adolescentes que convivem com uma exposição excessiva a alimentos com baixo valor nutricional, muitas vezes industrializados, apresentam maiores índices de sobrepeso e obesidade. O relatório elaborado pela comissão aconselha a restrição da publicidade de alimentos não saudáveis, assim como incentiva a prática de atividades físicas. O DataFolha, a pedido da ACT Aliança de Promoção da Saúde, divulgou uma pesquisa com a opinião de 2.573 pessoas entrevistadas em 160 municípios das cinco regiões do país sobre a publicidade infantil (ACT PROMOÇÃO DA SAÚDE, 2016). A maioria dos brasileiros, 60%, se manifestou contra “qualquer tipo” de **publicidade** para o **público infantil** (até 12 anos). A pesquisa também revelou que 62% dos entrevistados são contra publicidade de produtos à base de leite açucarado; 64% contra a de sucos industrializados; 67% contra a de salgadinhos e 72% contra a de refrigerantes. Com relação a venda de alimentos ultraprocessados em escolas, 64% se declararam contrários. (CRIANÇA E CONSUMO, 2016)

5. O PODER JUDICIÁRIO E SEU PAPEL NA GARANTIA DA PROTEÇÃO DAS CRIANÇAS

O debate acerca da publicidade de alimentos dirigida ao público infantil não é recente, tampouco incontroverso. Entretanto, nos tribunais superiores brasileiros não são muitos os casos que chegam para julgamento. Utilizando-se as palavras-chave “publicidade e alimentos e crianças”, retorna apenas um resultado, que será adiante abordado. Entretanto, existe ainda um segundo caso que aguarda a publicação do acórdão, sobre o qual também far-se-á referência.

O primeiro caso se refere à campanha denominada “É hora do Shrek”, em que mediante a apresentação de cinco embalagens de produtos da linha de biscoitos “Gulosos” mais o pagamento de R\$ 5,00 era possível adquirir um relógio de uma linha com quatro modelos disponíveis.

Após uma denúncia do Instituto Alana ao Ministério Público do Estado de São Paulo, houve o ajuizamento de uma Ação Civil Pública, que foi julgada improcedente em primeira instância e resultou em uma condenação ao pagamento de uma multa de R\$ 50.000,00 e ao pagamento de indenização por danos difusos no valor de R\$ 300.000,00. (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, 2013)

Contra tal decisão foi interposto Recurso Especial. O cerne da discussão é centrado na prática de venda casada por parte do fornecedor. Entretanto, em suas razões de decidir, o Relator do recurso, Min. Humberto Martins, afirmou claramente que “é abusivo o marketing (publicidade ou promoção de venda) de alimentos dirigido, direta ou indiretamente, às crianças”, ressaltando sua interferência no exercício do poder familiar. (BRASIL, 2016)

No ano seguinte a esse julgamento paradigmático, o STJ novamente se deparou com o tema, em Recurso que versava sobre campanha similar à anteriormente abordada. Aqui, o Relator, Min. Herman Benjamin, reportou-se ao caso acima, reforçando que o STJ reconhece “a abusividade de publicidade e propaganda de alimentos direcionadas às crianças, de forma direta ou indireta. Isso porque a decisão de comprar os gêneros alimentícios cabe aos pais, especialmente em épocas de grandes índices de obesidade infantil”. (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2017)

Percebe-se, assim, uma tendência firmada no sentido de considerar abusivo o direcionamento de publicidade de alimentos ao público infantil, o que ratifica a necessidade de proteção de seu direito a saúde, dignidade, solidariedade, igualdade e cuidado.

6. CONCLUSÃO

O direito à saúde, garantia constitucionalmente prevista, engloba, entre seus conceitos, o direito a uma alimentação adequada. Esse direito é especialmente sensível quando se fala em crianças, eis que, em que pese seus direitos a dignidade, proteção integral e prioridade absoluta, estão constantemente submetidas a mensagens comerciais que propagam uma alimentação rica em produtos ultraprocessados e pouco saudáveis.

Tais mensagens, em razão de suas peculiaridades e das características do receptor, são intrinsecamente abusivas, restando proibidas pelo ordenamento jurídico brasileiro, entendimento esse já consolidado em decisões proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça, demonstrando seu compromisso na proteção dos hipervulneráveis para que não tenham seus direitos mais fundamentais violados.

REFERÊNCIAS

ACT PROMOÇÃO DA SAÚDE. *Opinião sobre a regulação de alimentos ultra-processados*. Ago. 2016. Disponível em: <<https://tinyurl.com/y7mm5thq>>. Acesso em: 16 jun. 2020.

AZEVEDO, Fernando Costa de; VASCONCELLOS, Estela Maris Foster. Hipervulnerabilidade das crianças consumidoras: Uma reflexão à luz dos princípios da dignidade da pessoa humana e da solidariedade. *Revista Húmus*, São Luís, v. 10, p. 309-335, 2020.

BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcelos e; DENARI, Zelmo; FILOMENO, José Geraldo Brito; FINK, Daniel Roberto; GRINOVER, Ada Pellegrini; NERY JÚNIOR, Nelson; WATANABE, Kazuo. *Código brasileiro de defesa do consumidor*: comentado pelos autores do anteprojeto. 9 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

BRASIL. Conselho Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional. *III Conferência Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional*: Relatório final 2007. Disponível em: <<https://tinyurl.com/yc8fyne>>. Acesso em: 15 jun. 2020.

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <<https://tinyurl.com/czskwlw>>. Acesso em: 16 jun. 2020.

BRASIL. Emenda Constitucional n. 64, de 4 de fevereiro de 2010. *Planalto*. Disponível em: <<https://tinyurl.com/25moblr>>. Acesso em: 15 jun. 2020.

BRASIL. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. *Planalto*. Disponível em: <<https://tinyurl.com/d9vfz3>>. Acesso em: 15 jun. 2020

BRASIL. Ministério da Saúde. *Promoção da Alimentação Adequada e Saudável*. 25 maio 2017. Disponível em: <<https://tinyurl.com/y8l632ea>>. Acesso em: 15 jun. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.558.086. Recorrente: Pandurata Alimentos Ltda. Recorrido: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator: Min. Humberto Martins. Brasília, 10 mar. 2016. DJe 15 abr. 2016.

BURITY, Valéria; FRANCESCHINI, Thaís; VALENTE, Flavio; RECINE, Elisabetta; LEÃO, Marília; CARVALHO, Maria de Fátima. *Direito Humano à Alimentação Adequada no Contexto da Segurança Alimentar e Nutricional*. Brasília: ABRANDH, 2010.

COSTA, Jaderson Costa da. A publicidade e o cérebro da criança. In: PASQUALOTTO, Adalberto; ALVAREZ, Ana Maria Blanco Montiel (orgs.). *Publicidade e proteção da infância*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 17-34.

CRIANÇA E CONSUMO. *Maioria dos brasileiros é contra publicidade para crianças*. 27 out. 2016. Disponível em: <<https://tinyurl.com/ycjaouna>>. Acesso em: 16 jun. 2020.

CUSTÓDIO, André Viana. Teoria da proteção integral: pressuposto para a compreensão do direito da criança e do adolescente. *Revista do Direito*, Santa Cruz do Sul, p. 22-43, jan. 2008. Disponível em: <<https://tinyurl.com/y82gwbrx>>. Acesso em: 14 jun. 2020.

CUSTÓDIO, André Viana; MOREIRA, Rafael Bueno da Rosa. A proteção de crianças e adolescentes contra o modelo hiperconsumista no contexto do capitalismo brasileiro. In: COSTA, Marli M. M. da; LEAL, Mônia Clarissa Hennig (orgs.). *Políticas públicas e demandas sociais: Diálogos Contemporâneos II*. Porto Alegre: Imprensa Livre, 2016. p. 106-125.

D'AQUINO, Lúcia Souza. *Criança e publicidade: hipervulnerabilidade?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

GAUDENCIO, Aldo Cesar Figueiras. (Hiper)proteção contratual do consumidor: consolidação da defesa dos consumidores hipervulneráveis no direito brasileiro. *Revista de Direito, Globalização e Responsabilidade nas Relações de Consumo*, Brasília, v. 2, n. 1, p. 149-166, jan./jun. 2016.

HENRIQUES, Isabella Vieira Machado. *Publicidade abusiva dirigida à criança*. Curitiba: Juruá, 2006.

MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. [e-book]

OLIVEIRA, Rafael Niebuhr Maia de; PIFFER, Carla; DOMINONI, Rafael Francisco. Limitação da publicidade infantil no âmbito do direito do consumidor: uma análise a partir da liberdade de expressão e da proteção integral do menor. *Revista Húmus*, São Luís, v. 8, n. 22, p. 103-127, 2018.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. 1948. Disponível em: <<https://tinyurl.com/y9o5hkgw>>. Acesso em: 16 jun. 2020.

PASQUAL, Cristina Stringari. Publicidade dirigida à criança e o Código de Defesa do Consumidor: restrição ou proibição? In: LEAL, Rogério Gesta; GAVIÃO FILHO, Anizio Pires. *Coleção tutelas à efetivação de direitos indisponíveis*. Porto Alegre: FMP, 2016. p. 217-234.

PASQUALOTTO, Adalberto de Souza. Publicidade para crianças: liberar, proibir ou regular? *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 27, n. 116, p. 69-93, mar./abr. 2018.

PASQUALOTTO, Adalberto de Souza; SOARES, Flaviana Rampazzo. Consumidor hipervulnerável: análise crítica, substrato axiológico, contornos e abrangência. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 26, n. 113, p. 81-109, set./out. 2017.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Campanha da Sadia é considerada abusiva por incentivar consumo de alimentos calóricos pelas crianças*. 01 maio 2017. Disponível em: <<https://tinyurl.com/y8slglw2>>. Acesso em: 15 jun. 2020.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. Apelação Cível n. 0342384-90.2009.8.26.0000. Apelante: Ministério Público do Estado de São Paulo. Apelada: Pandurata Alimentos. Relator: Des. Ramon Mateo Júnior. São Paulo, 8 maio 2013. DJ 08 maio 2013.

WORLD HEALTH ORGANIZATION. *Constitution of the World Health Organization*. 1946. Disponível em: <<https://tinyurl.com/y8zln6rp>>. Acesso em: 17 jun. 2020.

WORLD HEALTH ORGANIZATION. *Interim Report of the Commission on Ending Childhood Obesity*. Genebra, 2015. Disponível em: <<https://tinyurl.com/yccvp3pk>>. Acesso em: 16 jun. 2020.



CONTROL DE CONVENCIONALIDAD DIFUSO DEL CONSEJO DE ESTADO COLOMBIANO: APLICACIÓN RESTRICTIVA

DIFFUSE CONVENTIONALITY CONTROL OF THE COLOMBIAN STATE COUNCIL: RESTRICTIVE APPLICATION

DIANA MARCELA PEÑA CUELLAR¹

ASTRID DANIELA VIDAL LASSO²

Resumen. Este estudio presenta un análisis jurídico de porque el Consejo de Estado desconoce los parámetros convencionales para restringir los derechos políticos del servidor público que ha sido elegido popularmente, de tal manera que, se tomó como referencia la jurisprudencia adoptada por la Corte IDH y se utilizó como parangón la sentencia proferida en el caso Gustavo Petro, sustrayendo de ellas las tesis jurisprudenciales y subreglas adoptadas. Del análisis efectuado se evidenció la adopción de categorías jurídicas por el Tribunal Interamericano, en la medida que los derechos políticos no son absolutos y pueden ser regulados por cada Estado parte, pero, dicha codificación debe estar sujeta al estándar con-

1 Colombiana, abogada especialista en Responsabilidad y Daño Resarcible de la Universidad Externado de Colombia y en Propiedad Industrial, Derecho de Autor y Nuevas Tecnologías de la misma casa de estudios. Docente de la Universidad de la Amazonia, Directora Regional Caquetá de la Asociación Colombiana de Derecho Procesal Constitucional y miembro activo de la Asociación Mundial de Justicia Constitucional. Maestrando en Justicia y Tutela de los Derechos Fundamentales con Énfasis en Derecho Procesal de la Universidad Externado de Colombia, Co-directora del Grupo de Investigación FIBIDE. E-mail: d.pena@udla.edu.co

2 Colombiana, abogada especialista en Responsabilidad y Daño Resarcible de la Universidad Externado de Colombia y en Derecho Laboral y Relaciones Industriales de las misma Universidad. Docente de la Universidad de la Amazonia, miembro activo de la Asociación Mundial de Justicia Constitucional. Maestrando en Justicia y Tutela de los Derechos Fundamentales con Énfasis en Derecho Procesal, Co- directora del Grupo de Investigación FIBIDE. E-mail: a.vidal@udla.edu.co

vencional signada tanto en la jurisprudencia como en el artículo 23.2. Por su parte, se denotó que el Consejo de Estado en ejercicio del control de convencionalidad difuso soporta la competencia de un órgano administrativo para sancionar con inhabilidad al servidor público elegido popularmente en casos de corrupción.

Palabras-clave: Elección popular, cuerpo administrativo, corrupción, derechos políticos.

Abstract. This study presents a legal analysis of because the Council of State does not know the conventional parameters to restrict the political rights of the public servant who has been popularly elected, in such a way that the jurisprudence adopted by the Inter-American Court was taken as a reference and was used as paragon the sentence given in the Gustavo Petro case, subtracting from them the jurisprudential theses and sub-rules adopted. The analysis carried out revealed the adoption of legal categories by the Inter-American Court, to the extent that political rights are not absolute and can be regulated by each State party, but such codification must be subject to the conventional standard set forth in both jurisprudence and in article 23.2. For its part, it was noted that the Council of State in exercise of diffuse conventionality control supports the competence of an administrative body to sanction with inability the popularly elected public servant in cases of corruption.

Keywords: Popular election, administrative body, corruption, political rights

Resumo. Este estudo apresenta uma análise jurídica sobre o porquê o Conselho de Estado desconhece os parâmetros convencionais, para restringir os direitos políticos do servidor público que tem sido escolhido popularmente, de modo que teve como referência a jurisprudência adotada pela Corte IDH e utilizou como comparação a sentença proferida no caso Gustavo Petro, na Colômbia. Subtraindo delas, as teses jurisprudências e sub-regras adotadas. De acordo com a análise, foi constatado que a adoção de categorias jurídicas pelo Tribunal Interamericano, na medida em que os direitos políticos não são absolutos, e podem ser regulados por cada Estado. Porém, a codificação deve estar sujeita ao padrão convencional, determinada tanto na jurisprudência como no artigo 23.2. Por sua vez, mostrou-se que o Conselho de Estado em exercício de controle de intencionalidade difusa, mantém a competência do Procurador Geral da Nação, para sancionar com inabilidade ao servidor público escolhido popularmente em casos de corrupção.

Palavras-chave: eleição popular, órgão administrativo, corrupção, direitos políticos

1. INTRODUCCIÓN

Los derechos políticos han sido concebidos como un derecho humano y como pilar fundamental en las sociedades democráticas, ya que permite el desarrollo efectivo de la democracia tanto participativa como representativa.

El derecho a elegir y ser elegido, está revestido de un carácter activo y pasivo, el activo comprende el derecho del sufragio desde la óptica de elegir y por su parte el pasivo se refiere a aquella situación de ser elegido.

En ese entendido, instrumentos internacionales como la Convención Americana de Derechos Humanos han configurado las reglas de codificación de los derechos políticos, tal como se observa en el artículo 23.2:

2. La ley puede reglamentar el ejercicio de los derechos y oportunidades a que se refiere el inciso anterior, exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal.

De esta forma, la Corte IDH en su papel de juez convencional ha proferido sentencias como, *Yatama Vs. Nicaragua*, *Castañeda Gutman Vs. México*, *Leopoldo López Vs. Venezuela*, entre otras, en las cuales ha referido expresamente cuales son las limitantes para la regulación de derechos políticos y quien tiene la facultad de propiciar restricciones a ese derecho.

Por otro lado, el Estado Colombiano a nivel interno ha regulado el asunto, incluso desde la Constitución Política, la cual establece, entre otras cosas, cómo puede hacerse efectivo este derecho y quién está facultado para destituir o inhabilitar a quien haya sido elegido popularmente, otorgándole dicha competencia al Procurador General de la Nación.

Bajo este panorama, en el 2017, el Consejo de Estado como órgano de cierre de la jurisdicción contenciosa administrativa y actuando como juez convencional, resolvió una demanda impetrada por el Alcalde Mayor de Bogotá en contra del acto administrativo proferido por el Procurador General de la Nación donde este último, le impuso como sanción disciplinaria la inhabilidad para ejercer cargos de elección popular. El Consejo de Estado, en ejercicio del control difuso de convencionalidad,

declaró la nulidad del acto que sancionatorio, sin embargo, dentro de su *ratio decidendi* afirmó que la facultad del Procurador para restringir derechos políticos de personas elegidas mediante voto popular solo opera en casos de corrupción.

Por lo anterior, la pregunta de investigación a resolver es ¿Por qué el Consejo de Estado desconoce los parámetros convencionales para restringir los derechos políticos del servidor público que ha sido elegido popularmente?

La investigación que se desarrolla es de tipo documental o bibliográfica, descriptiva y se realiza con base en un enfoque cualitativo, recurriéndose principalmente la utilización de fuentes primarias y secundarias empleando la técnica de fichaje bibliográfico y análisis de unidades documentales, basada en una recolección de información, especialmente de la Corte IDH, doctrina y artículos de investigación científica.

En términos de desarrollo metodológico, la investigación se estructura a través de dos objetivos específicos que, en su conjunto permitieron estudiar las razones por las cuales el control de convencionalidad realizado por el Consejo de Estado desatiende los parámetros convencionales y para ello se toma como referente la normatividad a nivel internacional, la interpretación realizada por la Corte Interamericana en sus sentencias y la interpretación efectuada por el Consejo de Estado.

2. DESARROLLO Y REFLEXIÓN

La Declaración Universal de Derechos humanos instituyó en su artículo 21), que todas las personas se encuentran en igualdad de condiciones y oportunidad para participar en la función pública de su país, así como también a elegir y ser elegido.

A raíz de lo anterior, los diversos sistemas de protección de derechos humanos han concebido en su codificación los derechos políticos como un derecho de protección revestido de carácter, universal, inalienable e indivisible, significando ello un destacado papel en las sociedades actuales, ya que su margen de acción y aplicación en las constituciones permite la materialización de un Estado Democrático.

Así las cosas, instrumentos internacionales como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, La Carta Democrática In-

teramericana y la Convención Americana de Derechos Humanos han consagrado y regulado este derecho.

Por su parte, la Convención Americana de Derechos Humanos³, dispuso en su artículo N° 23 lo concerniente a la protección de los derechos políticos. Dentro del alcance convencional, se tiene que este comprende la participación política bien sea a través de una democracia⁴ participativa o representativa⁵, de elegir y ser elegido⁶ y de tener acceso al sistema de gobierno en condiciones de igualdad⁷; aunado a ello, que la persona o funcionario revestido de autoridad para limitar esta clase de derechos es un juez penal.

A nivel interno –Colombia- con la constitución de 1991 se dispuso en el artículo 93 y 94 que los tratados internacionales de derechos humanos prevalecen en el ordenamiento interno. En tal sentido, el Estado Colombiano ratificó la Convención Americana de Derechos Humanos el 28 de mayo de 1973, significando entonces que aceptó ajustar su normatividad de conformidad con lo expresado en la Convención y que la misma tiene prevalencia sobre el marco jurídico nacional.

En tal sentido, la constitución colombiana estableció que los derechos políticos están concebidos como un derecho fundamental y por ende “todo ciudadano tiene derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político” (Constitución Política de Colombia, 1991). Es de mencionar, que de conformidad con el artículo 99 de la misma constitución, la ciudadanía colombiana es fundamental para ejercer el goce del derecho de sufragio, para ser elegido y para desempeñar cargos públicos que lleven anexa autoridad o jurisdicción.

3 Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.

4 Peña, D; Vidal, D. Jurisprudencia Constitucional: Consultas Populares Y Amazonia Como Sujeto De Derechos. Capítulo XIV La Constitucionalización del Ordenamiento Jurídico.

5 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Yatama Vs. Nicaragua. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C No. 127

6 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Castañeda Gutman Vs. México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de agosto de 2008. Serie C No. 184

7 *Ibidem*.

Así mismo, la ciudadanía puede llegar a perderse por renunciar a ella o por decisión judicial⁸; no obstante, la constitución también señala en diversos artículos como el 172, 177 y 191, que los derechos políticos para elegir o ser elegido presentan restricciones por nacionalidad y edad.

Ahora, el artículo 277 de la mencionada constitución señala que el Procurador General de la Nación tiene en sus funciones la obligación de:

6). Ejercer vigilancia superior de la conducta oficial de quienes desempeñen funciones públicas, inclusive las de elección popular; ejercer preferentemente el poder disciplinario; adelantar las investigaciones correspondientes e imponer las respectivas sanciones conforme a la Ley (subraya propia)

Además, el artículo 298 constitucional le otorgó al Procurador⁹ la competencia para desvincular del cargo al servidor público, es decir, a quien también fue elegido mediante elección popular.

Descendiendo a las leyes colombianas, la Ley 734 de 2002 -Código Disciplinario Único- contempla en su artículo 44 las clases de sanciones para los servidores públicos, entre las cuales se destaca la destitución e inhabilidad general, suspensión en el ejercicio del cargo e inhabilidad especial, suspensión del cargo, entre otras.

En dicho orden de ideas, la nacionalidad, la edad, la pérdida de la categoría de ciudadano y la decisión judicial, no es la única forma de restricción a los derechos políticos en Colombia puesto que también se facultó a un órgano administrativo como el ministerio público en cabeza del Procurador General para restringir el ejercicio de los derechos políticos de las personas electas para ocupar cargos de elección popular.

Por otro lado, frente a la convencionalidad en derechos políticos, vale la pena indicar que el control de convencionalidad está compuesto por dos ámbitos: 1) Control Concentrado y 2) Control Difuso.

8 Colombia. Constitución Política, artículo 98. La ciudadanía se pierde de hecho cuando se ha renunciado a la nacionalidad, y su ejercicio se puede suspender en virtud de decisión judicial en los casos que determine la ley. Quienes hayan sido suspendidos en el ejercicio de la ciudadanía, podrán solicitar su rehabilitación. PARAGRAFO. Mientras la ley no decida otra edad, la ciudadanía se ejercerá a partir de los dieciocho años.

9 Colombia. Constitución Política, artículo 275. El Procurador General de la Nación es el supremo director del Ministerio Público. artículo 276. El Procurador General de la Nación será elegido por el Senado, para un período de cuatro años, de terna integrada por candidatos del Presidente de la República, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado.

El primero de ellos se lleva a cabo por la Corte IDH, puesto que, es el juez competente para la identificación de los estándares interpretativos de la convención americana, los cuales permiten la comprensión del contenido y el alcance de los derechos y obligaciones convencionales que se imponen a los Estados parte.

En cuanto al segundo, desde el año 2006, la Corte IDH con la resolución del caso *Almonacid Arellano vs Chile*, determinó que los jueces a nivel interno les asiste el deber y obligación de convertirse en jueces convencionales analizando la compatibilidad de las normas nacionales con la Convención Americana de Derechos Humanos.

En ese orden de ideas, el Consejo de Estado Colombiano para el año 2014 conoció del medio de control de nulidad y restablecimiento de derecho interpuesto por el Alcalde Mayor de Bogotá el señor Gustavo Francisco Petro Urrego – persona electa mediante voto popular-.

La razón de la demanda consistió en que la sala disciplinaria de la Procuraduría General de la Nación como órgano de control y autorizado por la constitución, investigó la adopción de la política pública de implementación del programa basuras cero y le impuso a Gustavo Petro una sanción disciplinaria de quince años de inhabilidad para acceder a cargos públicos, restringiendo con ello sus derechos políticos.

El Consejo de Estado decidió¹⁰ declarar la nulidad del acto administrativo que impuso la sanción disciplinaria, con base en que desde su rol de juez convencional y a la luz del artículo 23 de la convención, se trató de una sanción que limitó los derechos políticos de quien fue elegido por voto popular habida cuenta que las faltas imputadas no fueron calificadas como actos de corrupción.

Así las cosas, el sentir del Consejo de Estado es que la Procuraduría General de la Nación - órgano administrativo- tiene jurisdicción y competencia para llevar a cabo restricción de derechos políticos, siempre y cuando estos obedezcan a actos de corrupción.

Del anterior razonamiento, resulta prudente traer a colación que la Corte Interamericana en diversas sentencias¹¹ ha expresado que los de-

10 Colombia. Consejo de Estado. Sala Plena De Lo Contencioso Administrativo. Sentencia con radicado 110010325000201400360 N° interno (1131-2014).

11 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso *Yatama Vs. Nicaragua*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C No. 127. Caso *Castañeda Gutman Vs. México*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de agosto de 2008. Serie C No. 184. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso *López Mendoza Vs. Venezuela*. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2011.

rechos políticos no son absolutos y pueden ser restringidos, al respecto, en el caso *Yatama Vs. Nicaragua*¹², se estableció un estándar de restricción el cual debe observar los principios de legalidad, necesidad y proporcionalidad en una sociedad democrática¹³.

Ahora bien, en el caso *Castañeda Gutman Vs. México*¹⁴, se indicó:

El párrafo 2 del artículo 23 de la Convención Americana establece que la ley puede reglamentar el ejercicio y las oportunidades a tales derechos, exclusivamente en razón de la “edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal”. La Convención Americana establece lineamientos generales que determinan un contenido mínimo de los derechos políticos y permite a los Estados que dentro de los parámetros convencionales regulen esos derechos de acuerdo a sus necesidades históricas, políticas, sociales y culturales, las que pueden variar de una sociedad a otra, e incluso en una misma sociedad, en distintos momentos históricos.

En tal entendido, la Corte reitera que no se encuentra prohibida la regulación de los derechos políticos; no obstante, la legalidad de la restricción y ejercicio de los mismos derechos no pueden transgredir los parámetros convencionales del numeral 2 del artículo 23¹⁵.

Así mismo, la Corte IDH actuando como juez convencional profirió la sentencia *Leopoldo López Mendoza vs Venezuela*¹⁶, en donde

Serie C No. 233. Caso *San Miguel Sosa y otras Vs. Venezuela*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de febrero de 2018. Serie C No. 348.

12 *Ibidem*

13 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Cuadernillo De Jurisprudencia De La Corte Interamericana De Derechos Humanos N° 20: : Derechos políticos-- San José, C.R. : Corte IDH, 2018. Disponible en <http://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/cuadernillo20.pdf>

14 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso *Castañeda Gutman Vs. México*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de agosto de 2008. Serie C No. 184.

15 Convención Americana de Derechos Humanos. artículo 23. Derechos Políticos (...)2. La ley puede reglamentar el ejercicio de los derechos y oportunidades a que se refiere el inciso anterior, exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal.

16 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso *López Mendoza Vs. Venezuela*.

afirmó que la aplicación de sanciones de inhabilitación para el ejercicio de la función pública por vía administrativa no es posible así se trate de actos de corrupción, de tal manera que dicho argumento no es de recibo convencionalmente para restringir los derechos políticos, se señaló por la Corte IDH:

El artículo 23.2 de la Convención determina cuáles son las causas que permiten restringir los derechos reconocidos en el artículo 23.1, así como, en su caso, los requisitos que deben cumplirse para que proceda tal restricción. En el presente caso, que se refiere a una restricción impuesta por vía de sanción, debería tratarse de una “condena, por juez competente, en proceso penal”. Ninguno de esos requisitos se ha cumplido, pues el órgano que impuso dichas sanciones no era un “juez competente”, no hubo “condena” y las sanciones no se aplicaron como resultado de un “proceso penal”, en el que tendrían que haberse respetado las garantías judiciales consagradas en el artículo 8 de la Convención Americana.

De lo avizorado, se colige que la Corte IDH ha fijado parámetros de convencionalidad para la restricción de derechos políticos de conformidad con el artículo 23 y que, bajo ese entendido, cuando el Consejo de Estado, admite la facultad del Procurador General de la Nación – Órgano administrativo – de sancionar con destitución o inhabilidad a una persona elegida popularmente cuando ha cometido actos de corrupción, implica la restricción de derechos políticos desde la óptica del sufragio pasivo, realizando de esa manera un control difuso de convencionalidad aparente que desconoce los estándares interamericanos.

3. CONCLUSIÓN

a. La Corte Interamericana en su control concentrado de convencionalidad ha determinado el alcance de protección de los numerales 1 y 2 del artículo 23.

Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2011. Serie C No. 233. La Corte debe determinar si las sanciones de inhabilitación impuestas al señor López Mendoza por decisión de un órgano administrativo y la consiguiente imposibilidad de que registrara su candidatura para cargos de elección popular son o no compatibles con la Convención Americana.

b. Los derechos políticos no son absolutos y pueden ser reglados por los Estados parte, pero, dicha regulación debe respetar los estándares de convencionalidad y solo podrán obedecer a la “edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal”¹⁷.

c. En el ordenamiento jurídico interno de la Republica de Colombia se le otorgó al Procurador General de la Nación, como órgano administrativo, la facultad para imponer sanción de destitución e inhabilidad a las personas elegidas popularmente.

d. El Consejo de Estado realizó un aparente control de convencionalidad en el caso Gustavo Petro vs Procuraduría General de la Nación, puesto que, su tesis jurisprudencial es que el Procurador sí ostenta la facultad de sancionar con destitución o inhabilidad a una persona elegida popularmente cuando son actos de corrupción.

BIBLIOGRAFÍA

Congreso de Colombia. Ley 734 de 2002. Diario Oficial No. 44.708 de 13 de febrero de 2002.

Congreso de Colombia. Ley 1952 de 2019. Diario Oficial No. 50.850 de 28 de enero de 2019.

Constitución Política de Colombia.

Convención Americana de Derechos de Humanos

Colombia. Consejo de Estado. Sala Plena De Lo Contencioso Administrativo. Sentencia con radicado 110010325000201400360 N° interno (1131-2014).

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Castañeda Gutman Vs. México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de agosto de 2008. Serie C No. 184

17 Ibídem

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso López Mendoza Vs. Venezuela. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2011. Serie C No. 233.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso San Miguel Sosa y otras Vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de febrero de 2018. Serie C No. 348.

Corte IDH. Caso Yatama Vs. Nicaragua. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C No. 127

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Cuadernillo De Jurisprudencia De La Corte Interamericana De Derechos Humanos N° 20: : Derechos políticos-- San José, C.R. : Corte IDH, 2018. Disponible en <http://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/cuadernillo20.pdf>

Dalla, A. Los derechos políticos en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. 2011. Disponible <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r30080.pdf>

Martins, H. Estudos de Direito Constitucional Judicial. Edición FMP. 2019. Disponible <https://www.fmp.edu.br/estudos-de-direito-constitucional-judicial/>

Peña, D; Vidal, D. La Constitucionalización del Ordenamiento Jurídico. Capítulo XIV, Editorial, VC Editores, 2019.



O DIREITO AUTORAL COMO DIREITO DE PERSONALIDADE

COPYRIGHT AS A PERSONALITY RIGHT

O'HARA DE OLIVEIRA REIS ¹

Resumo: A presente pesquisa, tem por temática fundamental, o estudo do instituto do direito autoral. O direito este que encontra regulamentação, no ordenamento jurídico brasileiro, na Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998, a qual normatiza, dentre outros aspectos, os direitos dos autores sobre suas obras. O objetivo essencial a que se visa pesquisar dirá com a decomposição do instituto, desde sua gênese histórica, com suas modificações através do tempo, até o presente tratamento dispensado pelo direito brasileiro e pelos doutrinadores pátrios o tema. O ponto de partida contemplará os direitos autorais como informadores dos direitos de personalidade. Nesse especial contexto confrontam-se os elementos informadores de dois institutos jurídicos protegidos, a exemplo do direito de utilização do caráter patrimonial da obra autoral, frente à sua característica de direito de personalidade, os quais possuem o viés extrapatrimonial.

Palavras-chave: Direito autoral. Direitos da personalidade. Direitos patrimoniais e morais. Proteção jurídica.

Abstract: This research has, for fundamental theme, the study of the copyright institute. This right will find regulations, in Brazilian legal system, in the Law N°. 9,610, of February 19, 1998, which regulates, among other things, the rights of authors in their works. The essential objective of that research aims to tell with the decomposition of the institute, from its historical genesis, with its changes through time to the present treatment of the Brazilian Law and patriotic writers about this theme. The starting point will include the copyright as informers of personal rights. In this

1 Advogada. Graduada pela Fundação Escola Superior do Ministério Público. Especialista em Direito Público pela Fundação Escola Superior do Ministério Público. Pós-Graduanda em Direito Civil e Processo Civil pela Fundação Escola Superior do Ministério Público. E-mail: ohara.reis@gmail.com .

particular context confronted informants elements of two protected legal institutions, such as the right to use the asset character of the copyright work, front of his personality characteristic of law, which have the off-balance sheet bias.

Keywords: Copyright. Personality rights. and moral rights. Legal protection.

1. INTRODUÇÃO

A presente pesquisa pretende analisar, o cenário dos direitos de personalidade dos autores sobre suas obras. Os direitos autorais são provenientes do intelecto de quem compõe a obra, e, por pertencerem à propriedade intelectual do autor, são direitos que carecem de proteção e recebem amparo legal.

O avanço das tecnologias e a migração do consumo de obras através de plataformas digitais facilitaram aos autores a comercialização de suas obras, porém para além do ato de comercialização e dos direitos patrimoniais do autor, é necessário atentar-se ao caráter personalíssimo desses direitos.

O objetivo do presente artigo é aprofundar as esferas atingidas quando da violação dos direitos autorais, bem como relatar a evolução desses direitos, desde o seu reconhecimento, até os dias atuais, traçando-se a sua evolução jurídica e sua classificação, como um direito fundamental com amparo constitucional.

Sob o enfoque da natureza jurídica desses direitos, serão abordadas suas características, dentro do regime jurídico atual, bem como o amparo legal desses direitos frente à Lei n.º 9.610/98, e aos dispositivos constitucionais.

2. CONCEITO DE DIREITO AUTORAL

O objetivo central do trabalho tem como escopo a proteção constitucional dos direitos autorais no Brasil e seus atributos que o transformam em um direito de caráter fundamental. Para tanto, torna-se indispensável, delinear o conceito de direito autoral bem como as terminologias que o acompanham, para que se possa aprofundar a análise sobre a categoria desses direitos.

Os Direitos Autorais são protegidos pela Constituição Federal, dentre o rol de direitos considerados de caráter fundamental. O artigo 5º,

XXVII², prevê em sua redação que aos autores, pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar.

Devido a sua importância e aos inúmeros direitos que se fazem conexos aos direitos de autor, o legislador preocupou-se na criação de uma legislação específica que consolide o tema. Neste sentido, a Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1988, denominada Lei de Direitos Autorais, regula os Direitos Autorais, entendendo sob esta denominação os direitos de autor e os que lhe são conexos.

A referida legislação³, trouxe, claramente, a definição do conceito de autor, conforme prevê o artigo 11, *in verbis*:

Art. 11: Autor é a pessoa física criadora de obra literária, artística ou científica.

Verifica-se que conforme conceituação estabelecida pelo legislador, estabelece, como figura do autor, a pessoa física que desempenha o ato de criação da obra literária, artística ou científica. Diante desta definição legal, verifica-se que o conceito está atrelado ao ato de criação da pessoa física, sendo pressuposto básico ao ato de criação, a existência das obras, sejam elas de qualquer natureza.

A doutrina de direito autoral conceitua como obra intelectual, toda a criação resultante do espírito humano, revestindo-se de originalidade e inventividade, ou seja, possui um caráter único, sobre um suporte material qualquer. Diante disso, surge o entendimento de que vinculado ao conceito de obra, está o direito de personalidade do autor.

Nesse sentido o objeto de proteção deve ser analisado de acordo com algumas premissas consideradas fundamentais. No entendimento do autor Otávio Afonso (2009, p. 13 e 14), o objeto de proteção deve ser o resultado da criação artística do indivíduo, ou seja, a proteção deve estar vinculada ao ato de criação. Sendo assim, a proteção dos direitos do autor, deve ser reconhecida independentemente do gênero de sua obra, forma de expressão, mérito ou destino. Entretanto, para que o produto da criação do espírito humano seja objeto de tutela, é imprescindível as características de originalidade da obra.

A doutrina nacional utiliza diversas maneiras para conceituar o direito autoral, mas o consenso entre elas é de que o direito autoral repre-

2 Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, art. 5º, XXVII.

3 Lei nº 9.610/98, art. 11 – Lei dos Direitos Autorais.

senta um conjunto de direitos destinados a regular as relações jurídicas decorrentes da criação de obras intelectuais protegidas, sejam elas de ordem moral ou patrimonial (FIGUEIREDO, 2018, p. 17).

2.1. A NATUREZA JURÍDICA DO DIREITO AUTORAL

A legislação de Direitos Autorais do Brasil responsável pela regulamentação dos direitos do autor está prevista na Lei n.º 9.610 de 1998. O referido diploma regulamenta dos direitos do autor e os que lhe são conexos.

Entretanto, além de definir os conceitos de autor e de obras o diploma legal afirma o caráter moral e patrimonial dos direitos do autor, atribuindo-lhes características *sui generis*. Diante dessa característica, o legislador oferece ao autor a possibilidade de gozar dos direitos patrimoniais de sua obra, bem como define e protege os direitos morais do autor.

Da estreita dicção do artigo 3º da Lei de Direitos autorais, identifica-se que o legislador atribuiu aos direitos do autor a natureza de bem móvel⁴.

Com relação a natureza jurídica dos direitos autorais, debatia-se, no século passado, a existência de duas correntes. A corrente monista, apontava que a natureza do direito autoral era única: a de direito de personalidade, pois fazia referência a emanção exclusiva do espírito do autor. Já a corrente dualista, partia da premissa que o direito autoral possuía natureza dúplice: a de direito moral e a de direito patrimonial, de modo simultâneo (ABRÃO, 2002, p. 34).

Todavia, a teoria dualista é a mais apropriada para justificar que os direitos autorais fazem parte de uma categoria de direitos chamada *sui generis*. Entende-se que de acordo com essa teoria, os direitos morais, pessoais ou de personalidade, devem prevalecer sobre os patrimoniais (COSTA, 2019, p. 229).

Nesse sentido, conforme o entendimento da autora Liliana Minardi Paesani (2008, p. 78), pode-se concluir que a Lei de Direitos Autorais, destacou o caráter autônomo e dualista desses direitos, caracterizando-os como morais e patrimoniais, tendo como objetivo a proteção da personalidade do autor bem como ao direito de exploração econômica de sua obra.

A partir do entendimento da existência da natureza dúplice dos direitos autorais, faz-se necessário diferenciar esses dois institutos, sendo que os direitos morais do autor estão intimamente vinculados à atividade criadora e tem como objetivo a proteção extrapatrimonial da obra. Já os direitos de ordem patrimonial, relacionam-se aos direitos vinculados a exploração econômica da obra.

4 Lei nº 9.610/98 Art. 3º: Os direitos autorais reputam-se, para os efeitos legais, bens móveis.

No que tange aos direitos morais, afirmam-se que esses são intransferíveis, até mesmo, a partir da comercialização dos direitos patrimoniais da obra. Com relação aos direitos patrimoniais, Eliane Abrão (2002, p. 62), afirma que são aqueles direitos que, após a publicação da obra, acrescem-se aos direitos morais, pois ligam o autor a exploração econômica de sua obra.

Diante dessa concepção, tem-se que o aspecto moral dos direitos autorais tem como escopo atribuir personalidade ao autor criador da obra intelectual, e proteger não só a ele próprio, mas também a obra objeto de criação visto que um é consequência natural do outro.

Há dois sistemas que estruturam os direitos de autor, o anglo-americano e o de origem francesa. O sistema anglo-americano, nominado como *copyright*, visa proteger a obra e a sua possibilidade de reprodução. O sistema adotado pelo Brasil, de origem francesa, denominado *droit d'auteur*, tem como objetivo a proteção dos direitos do criador da obra (FIGUEIREDO, 2018, p. 17).

3. CONTEXTO CONSTITUCIONAL DOS DIREITOS AUTORAIS E A NATUREZA DE DIREITO FUNDAMENTAL

A proteção constitucional dos direitos autorais no Brasil, inicia-se na constituição de 1891, que garantiu aos autores proteção de suas obras, sejam elas literárias ou artísticas (DIAS, 2000, p. 23).

Desde então os diplomas constitucionais posteriores passaram a prever a proteção desses direitos, com exceção da Constituição de 1937, tendo em vista os períodos sombrios de censura e autoritarismo do período, em que o precioso direito de Liberdade de Expressão fora suprimido, com o objetivo de garantir a paz, a ordem e a segurança pública (PARANAGUÁ, BRANCO, 2009, p. 46).

A Constituição de 1946 incluiu os direitos autorais dentre os direitos fundamentais, garantindo aos autores o direito exclusivo na reprodução de suas obras literárias, artísticas e científicas, transformando-os em direitos fundamentais. A Constituição de 1967 manteve a previsão dos direitos autorais como caráter de direito fundamental e a Emenda Constitucional de 1969, acresceu aos autores o direito de ter transmissibilidade de seus direitos autorais, regulada e protegida por lei especial.

Os diplomas posteriores mantiveram a característica de Direito Fundamental dos Direitos Autorais e na constituição vigente os direitos

autorais estão previstos no rol de direitos do artigo 5ª, oferecendo ao autor o direito exclusivo de utilizar, publicar e reproduzir suas obras.

Destaca-se que, atualmente, além de considerar-se um direito inerente à pessoa, o legislador preocupou-se em garantir ao autor a possibilidade de gozar do aspecto econômico da obra. Frente a isso, dar-se aos autores o direito de fiscalização e de auferir proveitos econômicos de seu objeto de criação.

4. OS DIREITOS DE PERSONALIDADE DO AUTOR

Diante dos conceitos expostos, afirma-se que os direitos autorais possuem características de direitos personalíssimos. Justifica-se esse entendimento visto que a autoria da obra está vinculada ao intelecto do autor. No mesmo sentido, a legislação de direitos autorais descreve que a obra objeto da composição se refere à emanção do espírito de quem a compõe.

Insta salientar, que a utilização da obra para obtenção de lucros patrimoniais, não compromete a transferência de direitos de personalidade do autor, visto que se trata de um elemento imaterial que não é objeto de transferência no ato de compra e venda, ou seja, tratam da personalidade do autor.

Os direitos de personalidade, também chamados de direitos pessoais, possuem característica de direitos fundamentais e por tanto tem como escopo principal a garantia da dignidade da pessoa humana. Nesse sentido, é necessário destacar que a obra autoral não é um simples produto a ser comercializado, mas sim, a manifestação dos sentimentos do autor.

Há autores que entendem que a comercialização deste conteúdo pode ser considerada como a comercialização de sua personalidade, pois o objeto da negociação é uma ideia externada pelo autor.

O Código Civil caracteriza os direitos de personalidade como direitos intransmissíveis e irrenunciáveis e assegura a possibilidade de reclamação por perdas e danos a todos os que tiverem os seus direitos violados.

Os autores Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2018, p. 88) entendem que a preocupação do legislador ao tratar dos direitos de personalidade no Código Civil de 2002, é a ideia a nortear a disciplina dos direitos de personalidade a de uma esfera extrapatrimonial do indivíduo, em que o sujeito tem reconhecidamente tutelada pela ordem jurídica uma série indeterminada de valores não redutíveis pecuniariamente.

Tais direitos são absolutos, extrapatrimoniais, intransmissíveis, imprescritíveis, inalienáveis, impenhoráveis, vitalícios e necessários. Embora sejam intransmissíveis, gozam de proteção após a morte do titular.

Sendo assim, no caso de violação da personalidade do autor, eventual indenização que se receba diante a ofensa aos seus direitos de personalidade, não se vincula ao aspecto patrimonial da obra, mas, sim, à proteção da pessoa do autor.

Flávio Tartucce (2019, p. 181), entende que embora inalienáveis, inacessíveis e intransacionáveis, há possibilidade de cessão relativa de direitos de personalidade e cita como exemplo a cessão patrimonial dos direitos do autor. Entretanto, destaca que os aspectos patrimoniais dos direitos de personalidade podem ser transmitidos, desde que de forma limitada.

Os bens jurídicos nos quais incidem os direitos de personalidade não são suscetíveis de avaliação pecuniária, embora possam alguns constituir objeto de negócio jurídico patrimonial e a ofensa ilícita a qualquer deles se tenha como pressuposto de fato do nascimento da obrigação de indenizar, ainda quando se trate de puro dano moral (GOMES, 2019, p. 109).

Associando a problemática da proteção moral dos direitos dos autores, é possível afirmar, portanto, que a violação dos direitos de personalidade do autor deve ser objeto de responsabilização civil do ofensor e reparação de danos.

Entretanto, não se pode auferir caráter patrimonial aos direitos morais do autor, visto que o bem jurídico a ser tutelado, neste caso, são os direitos considerados imateriais e inatos à pessoa humana.

Conforme entente Carlos Alberto Bittar (2005, p. 188), a atividade de criação é o exercício de emanção da personalidade do autor. Diante disso, os direitos morais, são os vínculos que unem o autor com a sua obra, e nascem com a simples materialização e criação da mesma, produzindo os efeitos por toda a sua existência e mantendo o vínculo vitalício da obra com o criador.

5. CONCLUSÃO

Conclui-se, no entanto, que os direitos autorais possuem proteção especial pela Lei de Direitos Autorais - que regula, tanto os direitos do autor, quanto os direitos conexos, vinculados à reprodução da obra e, também, possuem caráter de direito fundamental. O Código Civil de

2002 também se preocupou em regulamentar a matéria, no capítulo dos direitos de personalidade, garantindo ao titular da obra a proteção e reparação sobre os seus direitos de personalidade.

A partir dos conceitos dos autores pesquisados, conclui-se que os direitos autorais são os direitos que permitem ao autor em usufruir dos benefícios patrimoniais que sua criação pode resultar, bem como o direito de manter a sua obra intacta, respeitando a vontade do autor, no momento da criação, e o seu direito de paternidade em relação à obra criada, sendo estes os direitos de personalidade.

Sendo assim, verifica-se que os direitos autorais estão incluídos dentro de uma categoria de direitos *sui generis*, sendo objeto de proteção, tanto os direitos reais, quanto os direitos morais, visto que tais direitos estão intimamente ligados e constituem a característica autônoma dos direitos autorais.

6. REFERÊNCIAS

ABRÃO, Eliane Yachouh. Direitos de autor e direitos conexos. São Paulo: Editora do Brasil, 2002.

BITTAR, Carlos Alberto. Direito de autor. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988.

BRASIL. Lei n.º 9.610 de 19 de fevereiro de 1998 - Lei dos Direitos Autorais.

BRASIL. Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil Brasileiro.

COSTA, NJC. Direito autoral no Brasil. São Paulo; Editora Saraiva, 2019. 9788553611089. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553611089/>. Acesso em: 16 jun 2020

DIAS, Maurício Cozer. Utilização musical e direito autoral. Campinas: Bookseller, 2000.

FIGUEIREDO, Gclfbcpemkd. Direito autoral . Porto Alegre; Grupo A, 2018. 9788595023383. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788595023383/>. Acesso em: 16 jun 2020

GOMES, Orlando. Introdução ao Direito Civil . Rio de Janeiro; Grupo GEN, 05/2019. 9788530986810. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530986810/>. Acesso em: 16 jun 2020

OTÁVIO, A. Direito Autoral: Conceitos Essenciais. Barueri, São Paulo; Editora Manole, 01/2009. 9788520442791. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788520442791/>. Acesso em: 15 jun 2020. P. 13 e 14

PARANAGUÁ, Pedro; BRANCO, Sérgio. Direito autoral. Rio de Janeiro : Editora. FGV, 2009.

PAESANI, Liliana Minardi. Direito e internet: liberdade de informação, privacidade e responsabilidade civil. São Paulo: Atlas, 2008.

TARTUCE, Flávio. Direito Civil - v. 1 - Lei de Introdução Parte Geral, 15ª edição . Rio de Janeiro; Grupo GEN, 12/2018. 9788530984052. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530984052/>. Acesso em: 16 jun 2020.

STOLZE, GP Manual de direito civil; volume único. São Paulo; Editora Saraiva, 2018. 9788553172764. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553172764/>. Acesso em: 16 jun 2020.



**OS FUNDOS DOS DIREITOS DA CRIANÇA E DO
ADOLESCENTE: A GESTÃO ORÇAMENTÁRIA DOS
CONSELHOS DE DIREITOS PARA A FORMULAÇÃO
E IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS NA
ÁREA DA INFÂNCIA**

**THE FUNDING OF CHILDREN'S AND ADOLESCENT'S
RIGHTS: THE MANAGEMENT OF RIGHTS COUNCILS
BUDGET FOR THE DEVELOPMENT AND IMPLEMENTATION
OF PUBLIC POLICIES IN THE CHILDHOOD AREA**

*HIGOR NEVES DE FREITAS¹
MELINE TAINAH KERN²*

Resumo: O Fundo dos Direitos da Criança e do Adolescente está vinculado administrativamente aos Conselhos de Direitos, órgão responsável pela fixação de critérios para utilizar seus recursos, que servem para a

-
- 1 Mestrando em Direito pelo Programa de Pós Graduação em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC) com Bolsa Prosuc Capes Modalidade I. Graduado em Direito pelo Centro Universitário da Região da Campanha (URCAMP). Integrante do Grupo de Pesquisa Políticas Públicas de Inclusão Social e do Grupo de Estudos em Direitos Humanos de Crianças, Adolescentes e Jovens do PPGD/UNISC. Endereço eletrônico: freitashigor_@hotmail.com.
 - 2 Mestranda em Direito com Bolsa Prosuc Capes Modalidade I na Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC. Graduada em Direito pela UNISC. Integrante do Grupo de Pesquisa Políticas Públicas de Inclusão Social e do Grupo de Estudos em Direitos Humanos de Crianças, Adolescentes e Jovens do PPGD/UNISC. Pesquisadora na área de direitos humanos, especialmente de crianças, adolescentes e jovens. Endereço eletrônico: meline_kern@hotmail.com.

formulação e implementação de políticas públicas na área da infância. O objetivo da pesquisa é compreender o estabelecimento e a gestão do Fundo dos Direitos da Criança e do Adolescente. Como objetivos específicos, se buscou sistematizar os Conselhos de Direitos da Criança e do Adolescente e verificar o estabelecimento e a gestão do Fundo dos Direitos da Criança e do Adolescente. Como problema de pesquisa, questiona-se: considerando a atuação dos Conselhos de Direitos da Criança e do Adolescente, como se estabelece a gestão do Fundo dos Direitos da Criança e do Adolescente? O método de abordagem é o dedutivo e a técnica de pesquisa é a bibliográfica e documental.

Palavras-chave: Conselhos de Direitos. Fundo dos Direitos da Criança e do Adolescente. Políticas Públicas.

Abstract: The Child and Adolescent Fund is administratively linked to Rights Council, which is the body responsible for use your resources, that serve for the formulation and implementation of public policies in the childhood's area. The general goal is to understand the establishment and management of the Child and Adolescent Fund. The specific goals are to systematize the Children's Rights Council and to verify the establishment and management of the Child and Adolescent Fund. As a research problem, it is questioned: consider the acting of the Children's Rights Council, how is the management the Child and Adolescent Fund? The approach method is deductive and the procedure method is monographic, with the use of bibliographic and documental research techniques.

Keywords: Children's Rights Council. Child and Adolescent Fund. Policies.

1. INTRODUÇÃO

Na Constituição de 1988, se estabeleceu a criação de Conselhos de Direitos como órgãos democráticos para a decisão acerca de políticas públicas. Na área da infância, existem os Conselhos de Direito da Criança e do Adolescente que são responsáveis pela gestão e orientação das políticas públicas. Entre suas atribuições, existe a gestão do Fundo dos Direitos da Criança e do Adolescente, por meio da fixação de seus recursos, que são usadas na formulação e implementação de políticas públicas.

A pesquisa buscou compreender o estabelecimento e a gestão do Fundo dos Direitos da Criança e do Adolescente. Como objetivos especí-

ficos, se buscou sistematizar o sistema de garantia de direitos, analisar os Conselhos de Direitos da Criança e do Adolescente, bem como verificar o estabelecimento e a gestão do Fundo dos Direitos da Criança e do Adolescente, considerando os Conselhos de Direitos da Criança e do Adolescente.

Como problema de pesquisa, questiona-se: considerando a atuação dos Conselhos de Direitos da Criança e do Adolescente, como se estabelece a gestão do Fundo dos Direitos da Criança e do Adolescente?

O método de abordagem é o dedutivo e a técnica de pesquisa é a bibliográfica e documental.

2. OS CONSELHOS DE DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

Desde 1988, ocorreu um processo de construção de conselhos nacionais de políticas públicas, que se baseia em críticas ao padrão predominante entre a situação da sociedade e do Estado, que se marca pelo processo de “falta de democratização do processo decisório e à ineficiência da máquina pública” (DA SILVA et al., 2009, p. 379). As sociedades complexas exigem espaços públicos independentes das estruturas e instituições governamentais e também de sistemas partidários. Os espaços autônomos representariam formas de poder, inserindo a sociedade civil e os movimentos sociais nesses espaços (GOHN, 1997). A democracia participativa propõe conselhos deliberativos que são formados por membros do poder executivo e por instituições de sociedade civil para que seja possível exercer a cidadania (GOHN, 2001).

A prática dessa cidadania depende de um espaço de esfera pública no qual os indivíduos possam agir de forma coletiva e se empenhar sobre deliberações que afetam a comunidade. A cidadania participativa é essencial para obter ações políticas efetivas, desde que os indivíduos possam analisar os impactos de decisões políticas que possam afetar o bem-estar da sociedade (VIEIRA, 2001). Os espaços públicos reúnem tanto a presença do governo, quanto da sociedade civil, estabelecendo atribuições que transitam entre uma cogestão, a deliberação e a organização de agendas políticas (DA SILVA et al., 2009).

A “experiência histórica brasileira demonstrou que a concentração de recursos públicos nas esferas mais elevadas sempre apresentou alto custo, baixo nível de eficiência, demora no atendimento” (CUSTÓ-

DIO; VERONESE, 2013, p. 169) e ainda “dava margem para o desvio de recursos, o clientelismo e corrupção” (CUSTÓDIO; VERONESE, 2013, p. 169). Isso permite que grupos organizados possuam uma representatividade no processo decisório das políticas públicas. Busca-se, assim, identificar as “competências institucionais dos diversos conselhos de modo a avaliar em que medida refletem possibilidades substantivas de influenciar tais políticas” (DA SILVA et al., 2009, p. 381).

Assim, os Conselhos de Direitos se estabelecem como orientadores das políticas públicas e Conselho Gestor para a infância no âmbito municipal, estadual e federal, nos termos do princípio da descentralização político-administrativa, da participação popular e da municipalização. Portanto, os Conselhos de Direitos da Criança e do Adolescente se definem como um órgão de caráter autônomo e deliberativo, estabelecendo não apenas uma atuação meramente consultiva. Pelo contrário, a gestão da administração pública está estritamente vinculada às exigências do Conselho no tocante ao investimento em políticas públicas (LIMA; VERONESE, 2011).

As políticas públicas do Direito da Criança e do Adolescente são desenvolvidas de forma descentralizada, o que pressupõe uma relação de proximidade com a sociedade e uma participação comunitária. Dessa forma, as políticas se desenvolvem em âmbito municipal, pois a relação de proximidade com o destinatário final gera uma maior possibilidade de êxito (CUSTÓDIO; MOREIRA, 2018). A operacionalização dos órgãos do sistema de garantia de direitos prima pela realidade local, pois existe uma perspectiva de municipalização do atendimento de forma integrada e compartilhada, com a operação entre os atores (MOREIRA, 2020).

Compete aos Conselhos de Direito da Criança e do Adolescente “deliberar e controlar o conjunto de políticas públicas básicas, dos serviços especializados e de todas as ações governamentais e não governamentais direcionadas para o atendimento da criança e adolescente” (VERONESE; CUSTÓDIO, 2013, p. 170).

Os Conselhos Municipais reforçam o poder local, possibilitando condições de diagnósticos capazes de compreender a situação da realidade local de forma quantitativa e qualitativa, o que permite a formulação e implementação de políticas públicas capazes de atingir os problemas que envolvem a realidade local. Como características dos conselhos, quanto à formulação e implementação de políticas públicas e ainda fiscalização das ações governamentais, verifica-se um papel deliberativo e uma autonomia para suas decisões, que vinculam os membros o Poder Executivo (SOUZA, 2016).

Assim, os Conselhos de Direitos são os órgãos responsáveis pela gestão e pela orientação das políticas públicas na área da infância, tendo a participação da sociedade civil e de membros do poder executivo, o que pressupõe uma participação democrática e um poder de escolha do cidadão nas políticas públicas.

3. O FUNDO DOS DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE E A GESTÃO ORÇAMENTÁRIA DOS CONSELHOS DE DIREITOS NA FORMULAÇÃO E IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS NA ÁREA DA INFÂNCIA

Considerando que atuam como órgãos responsáveis por garantir o investimento e a execução das políticas públicas na área da infância, possuem uma importância extrema, pois atuam diretamente no desenvolvimento e na criação de projetos, ações estratégicas e programas para atingir as crianças, os adolescentes e suas famílias (LIMA; VERONESE, 2011). Além da competência de orientação e elaboração de programas nos termos da realidade local, há ainda a atribuição de gestão do Fundo dos Direitos da Criança e do Adolescente foi desenvolvido como forma de viabilizar as ações desenvolvidas pelo órgão. Esse fundo especial pode ser definido como uma espécie de aporte do recurso financeiro, que é formado por receitas específicas e objetiva a “aplicação na aquisição de bens e na execução de serviços vinculados diretamente à política de atendimento” (SOUZA; SERAFIM, 2019, p. 107).

Esse fundo se desenvolveu em todos os níveis, nos termos da Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964, que define:

Art. 71. Constitui fundo especial o produto de receitas especificadas que, por lei, se vinculam à realização de determinados objetivos ou serviços, facultada a adoção de normas peculiares de aplicação (BRASIL, 1964).

O Fundo dos Direitos da Criança e do Adolescente tem como marco a resolução 137 do CONANDA, de março de 2010, que dispõe sobre os parâmetros para o funcionamento e a criação dos Fundos nas

esferas municipais, estaduais e federal. A manutenção é vinculada aos respectivos Conselhos dos Direitos da Criança e do Adolescente, sendo umas das diretrizes da política de atendimento que está prevista no inciso IV do artigo 88 do Estatuto da Criança e do Adolescente (BRASIL, 1990).

Os Fundos de Direitos não possuem qualquer personalidade jurídica própria, tampouco se constituem em órgãos, apenas estão vinculados administrativamente aos Conselhos de Direitos, que é responsável pela fixação dos critérios de utilização dos recursos financeiros na área da infância, bem como pelos balancetes mensais e ainda anuais (SOUZA; SERAFIM, 2019). O poder executivo pode designar servidores para atuar como gestor e orientador das despesas desses fundos, os quais vão ter autoridade para autorizar pagamento e a utilização dos recursos previstos (CONANDA, 2010).

As receitas que constituem os fundos podem se originar em doações orçamentárias, ou seja, os valores que são destinados ao fundo nas leis orçamentárias pelo Poder Executivo, ou ainda os créditos adicionais, mediante as autorizações legislativas, que podem ser suplementares, especiais ou extraordinárias. Os créditos especiais que compõem o Fundo de Direitos podem ter diversas origens, quais sejam, “as doações realizadas por pessoas físicas ou jurídicas, nacionais ou internacionais, nos termos da lei e das regulamentações da Receita Federal, uma vez que podem ser deduzidas do Imposto de Renda” (SOUZA; SERAFIM, 2019, p. 108).

Essas doações são importantes fontes de renda para o desenvolvimento de políticas públicas na área da infância no espaço no qual residem as pessoas físicas ou ainda sejam sede das pessoas jurídicas doadoras (SOUZA; SERAFIM, 2019). Além disso, pode se incluir multas judiciais de Termos de Ajustamentos de Conduta que foram propostos pelo Ministério Público. As “transferências intergovernamentais e os resultados de rentabilidade nas aplicações também podem compor o fundo” (VERONESE; CUSTÓDIO, 2013).

[...] direcionando-se para a infância e adolescência, a extrafiscalidade é uma das formas de incentivar políticas públicas, além de que a possibilidade de dedução no imposto de renda das doações realizadas aos FIA é um incentivo para que os contribuintes realizem as mesmas, podendo verificar na prática quais ações em prol de crianças e adolescentes serão realizadas com as doações e assim realizar-se-á justiça social, efetivando direitos e concretizando cidadania. (COPATTI; CUSTÓDIO, 2010, p. 257)

Assim, se atinge múltiplas fontes de recursos que são oriundos, muitas vezes, dos compromissos tributários de pessoas jurídicas e físicas, não existindo a taxação das fontes de recursos admitidas, o que possibilita a ampliação dessas fontes de recursos e, em consequência disso, um maior investimento na área da infância por meio de formulação e de implementação de políticas públicas.

O Conselho de Direitos da Criança e do Adolescente possui a competência de fixar todos os critérios que envolvem a utilização desses recursos por meio de planos de aplicação. Assim, destinam-se “prioritariamente, ao diagnóstico, ao planejamento, ao monitoramento e à avaliação das políticas públicas, possibilitando ao Conselho de Direitos a realização efetiva de seu papel institucional” (VERONESE; CUSTÓDIO, 2013, p. 173), cabendo ao Ministério Público essa fiscalização, o que desenvolve uma integração operacional desse sistema.

Ressalte que os Conselhos de Direitos da Criança e do Adolescente necessitam uma articulação e o estabelecimento de planos de execução de políticas públicas na área da infância para receber os recursos do Fundo. Assim, há uma participação democrática no orçamento para garantir a promoção e efetivação de políticas públicas, nos termos do princípio da prioridade absoluta (LIMA; VERONESE, 2011, p. 166). Portanto, cabe aos Conselhos de Direitos elaborar as ações anuais e plurianuais, contendo os programas e as ações estratégicas a serem implementados como políticas públicas, bem como metas, levando-se em consideração os diagnósticos realizados (CONANDA, 2010).

O Fundo dos Direitos da Criança e do Adolescente deve ser usado como recurso capaz de mobilizar e sensibilizar a sociedade na participação no processo de formulação e implementação de políticas públicas para crianças e adolescentes e também na fiscalização dos recursos aplicados (CONANDA, 2010). Desse modo, a partir da utilização desses recursos por um conselho gestor, em uma perspectiva participativa e democrática, possibilita-se uma aproximação da sociedade e um poder de escolha do cidadão, que atua diretamente na utilização e na fiscalização dos recursos oriundos dos Fundos de Direitos da Criança e do Adolescente.

Dessa forma, por meio dos recursos desse fundo é possível uma articulação dos órgãos do sistema de garantia de direitos para a efetivação das políticas públicas que garantam não apenas o atendimento das crianças e adolescentes, como ainda o enfrentamento das vulnerabilidades e fragilidades que são produzidas pelo sistema capitalista globalizado que fortalece a desigualdade social e, assim, acaba gerando violações de direitos.

4. CONCLUSÃO

Desde 1988, houve um processo de construção de conselhos nacionais de políticas públicas como espaços públicos independentes de estruturas e instituições governamentais. Esses espaços possuem a participação da sociedade civil e de membros do poder executivo e são responsáveis por concretizar a prática de cidadania, pois são nesses espaços em que ocorrem discussões sobre a formulação das políticas públicas. Os Conselhos do Direitos da Criança e do Adolescente são gestores e responsáveis pelas políticas públicas nos âmbitos municipais, estaduais e federal. Assim, ocorre a orientação e o controle de políticas públicas sociais básicas e ações estratégicas para o enfrentamento de violações de direitos.

Respondendo ao problema de pesquisa proposto, a pesquisa destaca o Conselho de Direito, além de órgão responsável pela gestão e orientação das políticas públicas na área da infância, como detentor da competência de gestão do Fundo dos Direitos da Criança e do Adolescente, que foi desenvolvido como forma de viabilizar as ações que são desenvolvidas pelo órgão. O fundo é uma espécie de aporte financeiro, resultado de dotações orçamentárias, créditos adicionais e ainda os créditos especiais, que são doações realizadas, que podem ser deduzidas do Imposto de Renda. Além disso, há a possibilidade também de se incluir multas judiciais e os resultados de aplicações. Assim, os Conselhos de Direitos, como gestor desse fundo, fixa os critérios para a utilização dos valores por meio de planos de aplicações, o que permite uma participação democrática com a finalidade de efetivar as políticas públicas na área da infância por meio de uma escolha do cidadão, tanto nos planos de utilização, como também na fiscalização.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Estatuto da Criança e do Adolescente. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069compilado.htm> Acesso em: 09 mar. 2020.

BRASIL. Lei nº 4.320 de 17 de março de 1964. Lei de Normas Gerais de Direito Financeiro. 1964. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069compilado.htm> Acesso em: 09 jun. 2020.

CONANDA. Resolução nº 137 do CONANDA. 2010. Disponível em: <<https://www.direitosdacrianca.gov.br/conanda/resolucoes/137-resolucao-137-de-21-de-janeiro-de-2010/view>> Acesso em: 09 mar. 2020.

CUSTÓDIO, André Viana; MOREIRA, Rafael Bueno da Rosa Moreira Estratégias Municipais para o Enfrentamento da Exploração Sexual Comercial de Crianças e Adolescentes. In: XXVII Encontro Nacional do CONPEDI, 27, 2018, Salvador. Anais eletrônicos. Salvador: UFBA, 2018.

CUSTÓDIO, André Viana; Copatti, L. C. . **Imposto de Renda e as doações ao Fundo da Infância e Adolescência como incentivo à efetivação de direitos e à cidadania. Direito & Paz, v. 1, p. 235-261, 2010.**

DA SILVA, Frederico Barbosa; JACCOUD, Luciana; BEGHIN, Nathalie. Políticas sociais no Brasil: participação social, conselhos e parcerias. In: Frederico Barbosa da Silva; Guilherme C. Delgado Jorge Abrahão de Castro; José Celso Cardoso Jr.; Mário Theodoro; Nathalie Beghin (organizadores). *Questão social e políticas sociais no Brasil contemporâneo*. Brasília: IPEA, 2005.

GOHN, Maria da Glória. *Conselhos gestores e participação sociopolítica*. São Paulo: Cortez, 2001.

GOHN, Maria da Glória. *Teorias dos movimentos sociais: paradigmas clássicos e contemporâneos*. São Paulo: Edições Loyola, 1997.

LIMA, Fernanda da Silva; VERONESE, Josiane Rose Petry. *Mamã África, cheguei ao Brasil: os direitos da criança e do adolescente sob a perspectiva racial*. Florianópolis: Ed. UFSC, 2011.

MOREIRA, Rafael Bueno da Rosa. *As estratégias e ações de políticas públicas para a erradicação da exploração sexual comercial nos municípios brasileiros no contexto jurídico e político da teoria da proteção integral dos direitos da criança e do adolescente*. 2020. 291 f. Tese (Doutorado em Direito), Programa de Pós-graduação em Direito, Universidade de Santa Cruz do Sul, Santa Cruz do Sul, 2020.

SOUZA, Ismael Francisco de. O reordenamento do programa de erradicação do trabalho infantil (PETI): estratégias para concretização de políticas públicas socioassistenciais para crianças e adolescentes no Brasil. 2016. 277 f. Tese (Doutorado em Direito), Programa de Pós-graduação em Direito, Universidade de Santa Cruz do Sul, Santa Cruz do Sul, 2016.

VERONESE, Joseane Rose Petry; CUSTÓDIO, André Viana. Trabalho Infantil Doméstico. São Paulo: Saraiva, 2013.

VIEIRA, Liszt. Os argonautas da cidadania: a sociedade civil na globalização. Rio de Janeiro/São Paulo: Record, 2001.



EM TEMPOS DE PAZ, TEMPOS DE INTEGRIDADE: ECOCÍDIO, ESTATUTO DE ROMA E O DIREITO COMO INTEGRIDADE

IN PEACE TIMES, INTEGRITY TIMES: ECOCIDE, ROME STATUTE AND LAW AS INTEGRITY

VITOR FONTANA DE ÁVILA¹

Resumo: Ecocídio é uma atividade criminosa na qual a existência de seres vivos é ameaçada em grande extensão, tomando proporções genocidas para a fauna, a flora e, conseqüentemente, um assassinato em massa de vidas humanas. Como se demonstrará, há um nexos, uma relação intrínseca entre atividades de destruição em massa do ecossistema e condutas genocidas. Esse crime – Ecocídio – é reconhecido em tempos de guerra pelo Estatuto de Roma como um modo de prática genocida, porém, não encontra tipicidade quanto a tempos de paz, dando a impressão de ausência de coerência e integridade na legislação do Direito Penal Internacional no tratamento dessa questão. Assim, tomando como referencial teórico a concepção de Filosofia Política e Teoria do Direito de Ronald Dworkin, para quem o Direito deve ser visto como Integridade, o artigo problematiza se a percepção quanto à ausência de integridade do Esta-

1 Aluno integrante do PPGD/FMP Mestrado Acadêmico em Direito, na Fundação Escola Superior do Ministério Público. Integrante do grupo de pesquisa CNPQ *O terrorismo contemporâneo: conformação histórica e regulamentação jurídica*, sob orientação do Dr. Bruno Heringer Jr., vinculado à linha de pesquisa *Tutelas à efetivação de direitos públicos incondicionados*. Integrante dos grupos de pesquisa CNPQ *Colisão de Direitos Fundamentais e o Direito como Argumentação*, sob orientação do Prof. Dr. Anízio Pires Gavião Filho; *Teoria do Direito: da academia à prática*, sob orientação do Prof. Dr. Francisco José Borges Motta, ambos grupos vinculados à linha de pesquisa *Tutelas à efetivação de direitos transindividuais*. Especialista *latu sensu* em Direito Público, na Escola Verbo Jurídico/Centro Universitário Leonardo da Vinci. Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais, na Universidade Franciscana. Advogado. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8371305660618338>. E-mail: vitor.f.avila@hotmail.com

tuto de Roma procede, analisando os princípios fundamentais da Carta das Nações Unidas junto ao Estatuto de Roma, dentro dos pressupostos de Ronald Dworkin principalmente. No caso, é visto que a Integridade é uma virtude política e demanda, também, a integridade quanto à legislação como um todo, tal como um romance em cadeia, a fim de que o Direito seja legislado e levado a sério em toda a sua extensão.

Palavras-chave: Direito como Integridade; Ecocídio; Estatuto de Roma; Ronald Dworkin.

Abstract: Ecocide is a criminal activity in which the existence of living beings is threatened to a great extent, taking on genocidal proportions for fauna, flora, and, consequently, a mass murder of human lives. As will be shown, there is a nexus, an intrinsic relationship between activities of mass destruction of the ecosystem, and genocidal behavior. This crime - Ecocide - is recognized in times of war by the Rome Statute as a mode of genocidal practice, however, it is not typical of times of peace, giving the impression of lack of coherence and integrity in the legislation of International Criminal Law in the treatment this issue. Thus, taking Ronald Dworkin's conception of Political Philosophy and Theory of Law as a theoretical reference, for whom Law should be seen as Integrity, the article questions whether the perception of the lack of integrity of the Rome Statute proceeds, analyzing the fundamental principles of the United Nations Charter with the Rome Statute, mainly within the assumptions of Ronald Dworkin. In this case, it is seen that Integrity is a political virtue and also demands integrity regarding legislation as a whole, such as a chain novel, so that the Law is legislated and taken seriously in all its extension.

Keywords: Ecocide; Law as Integrity; Rome Statute; Ronald Dworkin.

1. INTRODUÇÃO

O artigo que se propõe é um primeiro resultado dos trabalhos do Grupo de Pesquisa *Teoria do Direito: da Academia à Prática*, sob a coordenação do Prof. Dr. Francisco José Borges Motta, vinculado ao CNPQ na linha de pesquisa *Tutelas à Efetivação de Direitos Públicos Transindividuais* do Programa de Pós-Graduação Mestrado Acadêmico em Direito da Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público.

O Ecocídio é estudado academicamente, pelo menos, desde 1970. O Estatuto de Roma, convencionado em 2002 e do qual o Brasil é signatário, reconhece esse evento como um tipo penal específico, porém, em tempos de guerra. Contudo, em tempos de paz, o Ecocídio não existe em termos jurídicos do Estatuto de Roma. A ausência de previsão jurídica em nível de Direito Penal Internacional permite a impunidade de agentes infratores da vida humana e do meio ambiente saudável e equilibrado.

Na teoria de Ronald Dworkin, debater esse assunto – Ecocídio em tempos de paz – com base na tese dworkiana do Direito como Integridade traz uma luz valiosa para a discussão. Integridade, para Dworkin, é uma virtude política, na qual a equidade, a justiça e o devido processo legal adjetivo são aplicados coerentemente, na legislação e no exercício jurisdicional.

Assim, tendo esse referencial teórico, a integridade política, incluindo convenções internacionais referente a Direito Penal Internacional, demonstrará sua importância para um Direito como integridade em relação ao Ecocídio em tempos de paz, num contexto claro de direitos transindividuais e, portanto, que dizem respeito à coletividade internacional.

2. ECOCÍDIO: TRATAMENTO ACADÊMICO E LEGISLATIVO

O Estatuto de Roma, feito em 17 de julho de 1998 e com efeitos iniciados a partir da vigência estipulada no dia 1º de julho de 2002, do qual o Brasil é signatário por meio do Decreto Legislativo nº 112/2002, executado e cumprido inteiramente a partir de 25 de setembro de 2002, com a promulgação de Decreto Executivo nº 4.388, estipulou um Direito Penal Internacional de caráter suplementar às jurisdições penais nacionais, naquilo que for de competência do órgão criado por essa convenção internacional, qual seja, o Tribunal Penal Internacional, com sede em Haia, Holanda. Os crimes são os de maior gravidade e com alcance internacional, quais sejam: a) genocídio; b) crimes contra a humanidade; c) crimes de guerra; d) crime de agressão. Contudo, há uma discussão antiga, contemporânea da Guerra do Vietnã: há atividades ilícitas contra o ecossistema e que causariam assassinatos em massa de seres humanos, mesmo em tempos de paz, que não são ainda contemplados pelo Estatuto de Roma. A tal evento foi-lhe dado o termo *Ecocídio*.

Etimologicamente, *Ecocídio* é a junção de duas palavras de idiomas diferentes: o grego *oikos*, que significa *casa, lar*, e o latim *caedere*,

cujo sentido é *destruir, matar*. Assim, Ecocídio é, em um sentido *lato*, a destruição deliberada do meio ambiente natural (MEHTA, 2014, p. 4).

No caso do Estatuto de Roma – incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro pelo Decreto nº 4.388, de 25 de setembro de 2002 – por exemplo, não há um conceito abrangente. Na verdade, com referência ao artigo 8º, § 2º, inciso b), alínea IV, o ecocídio ali está intimamente relacionado com atividades criminosas em guerras (conflitos bélicos), isto é, um conceito é muito mais simples, pois, trata-se de

[...] lançar intencionalmente um ataque, sabendo que o mesmo causará perdas acidentais de vidas humanas ou ferimentos na população civil, danos em bens de caráter civil ou prejuízos extensos, duradouros e graves no meio ambiente que se revelem claramente excessivos em relação à vantagem militar global concreta e direta que se previa (BRASIL, 2002).

No entender de Sailesh Mehta e Prisca Merz, porém, Ecocídio é um crime e é um crime contra a paz, não somente porque pode ocorrer em guerras, mas, sim, pelo ataque contra o planeta Terra como um todo, infligindo contra a pacífica e serena convivência entre todas as espécies em ecossistema (MEHTA, 2015, p. 3).

No mesmo sentido, Bruno Heringer e Raquel Sparemberger destacam em seu artigo científico a respeito do Ecocídio, que a história da humanidade, infelizmente,

[...] é também a história progressiva e talvez irremediável degradação do ambiente natural.

[...] ao menos a partir da Revolução Industrial do século XVIII, a atividade humana alcançou uma dimensão inusitada, com potencial cada vez maior para afetar a natureza a partir de suas meras externalidades: poluição do ar e do solo, aquecimento global, desertificação, esgotamento das fontes de energia, destruição de florestas, extermínio da fauna, contaminação de águas, entre tantas outras, são muitas vezes resultado da produção econômica que sustenta o modo de vida humano.

[...] as consequências da atividade humana acabam afetando, mesmo que de maneira não intencional, mais diretamente os agrupamentos mais vulneráveis, como os povos indígenas, a população pobre, as minorias marginalizadas, os habitantes da periferia do planeta. Com a perda ou a contaminação de seus territórios, tais coletividades vêm sofrendo o risco de aniquilação física ou cul-

tural, com dimensões verdadeiramente genocidas (HERINGER JÚNIOR; SPAREMBERGER, 2017, p. 1112-1113).

Portanto, surge grande problema, como Franz Broswimmer descreve já no início de seu estudo sobre o Ecocídio: de um lado, a humanidade está em franca aceleração de extinção em massa de espécies, o que já é, por si só, atitude condenável, porém, é agravada de fato pelo fato de que a humanidade não conhece – ou, ainda não foi conhecido – outro local possível para viver. De outro lado, a biodiversidade da Terra e sua importância essencial prosseguem pouco estudadas e minimamente apreciadas. A situação é tão grave que o planeta Terra está perdendo, diariamente, *100 (cem) espécies ou mais*, por motivos de ação humana de degradação ambiental que acaba resultando na extinção de uma ou mais espécies (BROSWIMMER, 2002, p. 1).

Aqui se encontra a vinculação com o Genocídio, onde, muito mais que mero neologismo – como o Ecocídio – e mais do que simples identificação com o mesmo sufixo advindo do latim, *caedere*, trata-se de uma atividade imoral de homicídio em massa da raça humana – *genos*, em grego, significa *raça* ou *tribo*. Portanto, *Genocídio* é uma destrutiva intenção de eliminar grupos nacionais com base na sua identidade coletiva. Esse neologismo foi cunhado por um advogado polonês e de origem judia, Raphael Lemkin (JONES, 2006, p. 8). Seu conceito de Genocídio é semelhante ao que se encontra no Estatuto de Roma citado acima. No artigo 2º, *caput*, Genocídio é um crime onde atos são “[...] cometidos com a intenção de destruir no todo ou em parte, um grupo nacional, étnico, racial ou religioso” (BRASIL, 1952).

Franz Broswimmer traça o paralelo entre Ecocídio e Genocídio de maneira bem clara, citando a Segunda Guerra Mundial como fato histórico que contém exemplos de ecocídios realizados desde as bombas atômicas lançadas em Hiroshima e Nagasaki, logo, um fenômeno já conhecido desde a Segunda Guerra Mundial (BROSWIMMER, 2002, p. 75-76). Sobre essa relação aproximada ou, até mesmo, interligada, entre Ecocídio e Genocídio, Martin Crook e Damien Short relatam que esse nexos Ecocídio-Genocídio é discutido, pelo menos, desde início de 1970, quando o termo *Ecocídio* foi introduzido na Conferência sobre Guerra e Responsabilidade Nacional, ocorrida em Washington (CROOK, 2014, p. 307).

No pensamento de William Schabas, o nexos Ecocídio-Genocídio é possível, no seguinte sentido: “Threats to the integrity of the environment can conceivably imperil the survival of a group or people. If asso-

ciated with the intent to destroy the group, the definition of genocide may apply” (SCHABAS, 2000, p. 201).

A Guerra do Vietnã é um claro exemplo de atividades tanto ecocidas como genocidas. Nesse sentido, Bruno Heringer Júnior menciona que, durante esse conflito, em meados de 1965

[...] americanos ficavam frustrados com a impossibilidade de localizar os adversários e fazê-los lutar do modo convencional. Portanto, resolveram adotar a estratégia de inviabilizar aos guerrilheiros a segurança de seus esconderijos, para o que passaram a devastar a vegetação e as colheitas e a remover os campesinos de suas terras, de modo a impedir que prestassem apoio aos soldados inimigos. A evacuação dos nativos era seguida da destruição de suas casas e mantimentos e do seu encaminhamento para abrigos cercados, o que somente serviu para elevar o ressentimento contra o governo e transferir lealdades à FLN. As áreas atingidas, então, eram oficialmente declaradas *free fire zones*, em razão do que se reconhecia que ali não existiam forças aliadas nem grupos civis, de modo que qualquer um poderia ser livremente abatido (*the mere gook rule*). Além disso, essas zonas eram bombardeadas com napalm (gasolina gelatinosa combinada com fósforo e outros produtos químicos que queima entre 800 e 3.000 graus centígrados) e herbicidas (entre os quais, o agente laranja), ações que provocaram a destruição de matas e plantações e contaminaram o solo. Não bastasse tudo isso, os Estados Unidos ainda atacaram diques e represas, com o objetivo de inundar cidades e afetar o suprimento de água. As atrocidades assumiram proporções enormes. O morticínio era estimulado pela estratégia do *body counts*, representado pelo número de corpos deixados nos campos de batalha (HERINGER JÚNIOR, 2017, p. 1129, 1130, grifo do autor).

Assim, necessário é dar um passo adiante, *integralizar* o Direito para que toda e qualquer atividade ecocidas, mesmo em tempos de paz, seja contemplada pela legislação internacional, de maneira que o Direito conceda proteção jurídica ao Meio Ambiente em todas as circunstâncias legitimamente possíveis. Agora e no amanhã, é necessário ver o *Direito como Integridade*.

3. O DIREITO COMO INTEGRIDADE EM UMA CASCA DE NOZ

A integridade está intrinsecamente vinculada ao Direito na teoria de Ronald Dworkin. Isso porque ele toma como pressuposto que o Direito é uma atividade de interpretação, não somente dos juristas quando estão em exercícios hermenêuticos relativos a documentos ou leis, mas, em caráter geral, por estar o Direito em vínculo profundamente político, ou seja, é concebido de forma inteiramente política (DWORKIN, p. 217). Se assim é, Dworkin sustenta que as pessoas se percebem em meio a fatos sociais e realizam uma *atividade interpretativa*, de maneira que, pressupondo valor de uma conduta e que a prática em interpretação leva a certa finalidade, na união desses dois pressupostos, impõe-se um *significado*. Nesse *significado*, há uma nova atitude interpretativa para reestruturar alguma instituição de acordo com o significado anterior, assim, a substância e a valoração do momento se confundem no horizonte hermenêutico (MOTTA, 2009, p. 75). E isso está intimamente vinculado ao que Dworkin pretende tratar contra os *juízes pragmáticos*: não há uma coerência de princípio na prática jurídica na interpretação. Essa incoerência revela compromissos morais – visões de mundo – que cada jurista possui face um *hard case*, por exemplo. Portanto, cada jurista também cria uma filosofia política por trás de uma teoria do Direito, no qual, mesmo havendo divergências, não se encontra uma maneira de compreender o Direito de forma coerente. Aqui entra a ideia de integridade no Direito (ou Direito como Integridade) de Ronald Dworkin: se virtudes fundamentais de uma comunidade política, como devido processo legal adjetivo, justiça e equidade, são interpretados de forma diversa em casos diferentes e momentos jurídicos diferentes, necessário é entender o Direito como Integridade, isto é, a exigência de que o Direito garanta a todos, de exata maneira, o mesmo tratamento por princípio, mesmo que haja divergência entre os cidadãos a respeito de algumas questões a serem tratadas (DWORKIN, 1999, p. 199; 201; 202).

Assim, nas próprias palavras de Dworkin, integridade é um ideal político

[...] quando exigimos o mesmo do Estado ou da comunidade considerados como agentes morais, quando insistimos em que o Estado aja segundo um conjunto único e coerente de princípios mesmo quando seus cidadãos estão divididos quanto à natureza exata dos princípios de justiça e equidade [sic] corretos. Tanto no caso individual quanto no político, admitimos a possibilidade de

reconhecer que os atos das outras pessoas expressam uma concepção de equidade [sic], justiça ou decência mesmo quando nós próprios não endossamos tal concepção. Essa capacidade é uma parte importante de nossa capacidade mais geral de tratar os outros com respeito, sendo, portanto, um requisito prévio de civilização (DWORKIN, 1999, p. 202).

Por conseguinte, se a integridade pode ser vista como uma virtude política, tal como a justiça e a equidade, o argumento será não somente em questões de Pragmatismo, porém, quanto a respeito do Direito como um todo, de maneira tal que “mais que qualquer superstição de elegância, é a vida do direito tal qual o conhecemos” (DWORKIN, 1999, p. 203).

Quanto à integridade, Ronald Dworkin distingue dois princípios: a integridade na legislação e a integridade no julgamento. Aquele primeiro “[...] pede aos que criam o direito por legislação que o mantenham coerente quanto aos princípios”, isto é, “[...] que a comunidade como um todo pode se engajar nos princípios de equidade [sic], justiça ou devido processo legal adjetivo [...]” (DWORKIN, 1999, p. 203; 204). O segundo princípio, a integridade no julgamento, isto é, “pede aos responsáveis por decidir o que é a lei, que a vejam e façam cumprir como sendo coerente nesse sentido” (DWORKIN, 1999, p. 203).

Agora, retoma-se a discussão com o Ecocídio no tópico anterior, de maneira que veremos a confluência entre a concepção de Direito como Integridade de Ronald Dworkin e a questão pendente do Ecocídio reconhecido mesmo em tempos de paz. Logicamente, o princípio de integridade que interessa para a discussão final é a integridade política no tocante a legislação, de maneira que o Estatuto de Roma será visto em seus próprios pressupostos e verificado quanto à sua Integridade, também nos ideais políticos mencionados acima: equidade, justiça e devido processo legal adjetivo.

O Ecocídio – penalmente reconhecido unicamente em contexto de conflitos bélicos, não em tempos de paz – deve ser visto num Direito não como *modelo de regras para regras* mas, como Francisco Motta aponta, com princípios, os quais não se opõem, antes, possuem

uma relação de complementaridade. Tanto os princípios como as regras integram o Direito, sendo, ambos, padrões de julgamento vinculantes, a serem interpretados no contexto de um empreendimento que, como um todo, é moralmente coerente. [...] O autor norte-americano sugere, assim, que os princípios ‘subjazem’ às re-

gras positivas do Direito, operando ‘uma ponte entre a justificação política da doutrina segundo a qual os casos semelhantes devem ser decididos da maneira e aqueles casos difíceis nos quais não fica claro o que essa doutrina geral requer’ (MOTTA, 2014, p. 110).

Por qual motivo é importante essa distinção? Porque, diante de regras, se está diante de “determinações jurídicas aplicáveis à moda do *tudo ou nada*” (MOTTA, 2014, p. 179, grifo do autor). No tocante ao princípio *nullum crimen sine lege* (nenhum crime sem lei), é uma regra dentro da convenção internacional – isto é, o Estatuto de Roma – e, por sua vez, é uma garantia judicial de que

nenhuma pessoa será considerada criminalmente responsável, nos termos do presente Estatuto, a menos que a sua conduta constitua, no momento em que tiver lugar, um crime da competência do Tribunal.

A previsão de um crime será estabelecida de forma precisa e não será permitido o recurso à analogia. Em caso de ambigüidade, será interpretada a favor da pessoa objeto de inquérito, acusada ou condenada (BRASIL, 2002).

Ou seja, a regra formulada acima demonstra uma vinculação política dos Estados Membros do Estatuto de Roma quanto a legislação no sentido de que é justo, equânime e próprio de um devido processo que ninguém seja processado por um crime *ex post facto*, mas, que anteriormente seja determinado por normatividade jurídica – no caso, o artigo 22 supra mencionado, do Estatuto de Roma.

Dito isso, encontra-se uma dificuldade, não no reconhecimento dessa regra como regra, contudo, antes disso, isto é, dentro daquilo que fundamenta o Estatuto de Roma e no que os demais Estados Membros estão vinculados pois os Estados Partes convieram no Estatuto de Roma com fundamento de ideais políticos acima descritos, os quais nortearam a construção do Estatuto de Roma. E, desses ideais, há a retribuição àquilo que ameaça à *paz*, a *segurança* e o *bem-estar* da humanidade.

Portanto, dentro da ideia de integridade do Direito e do Ecocídio, o Estatuto de Roma parece pressupor que somente em tempos de guerra haveria ameaça à humanidade, quanto a sua paz, segurança e bem-estar. Na verdade, o conflito bélico surge após o ressentimento. Como mencionado acima por Bruno Heringer Júnior e Raquel Sparemberger, há sim o risco, mesmo em tempos de paz, de que povos indígenas, populações

menos abastadas, minorias sofrendo na marginalidade, habitantes de locais periféricos ao redor do mundo, todos esses vêm sofrendo, em seus territórios, com a contaminação de seus territórios, destruindo vidas e culturas, algo que, sim, claramente remete a atividades genocidas (HERINGER JÚNIOR; SPAREMBERGER, 2017, p. 1112-1113). Talvez não a um só tempo, porém, de forma prolongada, certamente.

4. CONCLUSÃO

O artigo tentou abordar a problemática sobre o Ecocídio em tempos de paz tomando, como referencial teórico, o pensamento de Ronald Dworkin, especialmente quanto a sua tese de Integridade como nova concepção de Direito.

De início, o trabalho expôs o conceito de Ecocídio, fenômeno social que, ao atacar o ecossistema, acaba por eliminar em massa a vida de incontáveis seres humanos. O conceito é acadêmico e o Estatuto de Roma traz um conceito de Ecocídio, contudo, sucinto e unicamente vinculado a contexto de conflito militar.

Posteriormente, foi abordada a teoria de Ronald Dworkin, na qual a Integridade é uma nova concepção de Direito, pressupondo a atividade jurídica como atividade hermenêutica. A Integridade surge para resolver essa questão como uma virtude política, na qual a justiça, equidade e devido processo legal estão interligadas e norteiam, dentro da comunidade política, a devida prestação jurisdicional e legislativa.

Tomando o exposto acima, conclui-se que ainda é necessário enriquecer a convenção do Estatuto de Roma de tipificação penal do Ecocídio, para que atos lesivos ao ecossistema e à vida humana como espécie sejam punidos coerentemente com o Direito, a fim de que os princípios, pelos quais tanto a Carta das Nações Unidas como o Estatuto de Roma estão fundamentados, sejam realizados por todos os Estados Partes, em benefício da humanidade.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Decreto nº 4.388, de 25 de Setembro de 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4388.htm. Acesso em 09 jul. 2019.

BRASIL. Decreto nº 19.841, de 22 de Outubro de 1945. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/D19841.htm. Acesso em 11 jul. 2019.

BROSWIMMER, Franz J. *Ecocide – a short history of the mass extinction of species*. Sterling, EUA: Pluto Press, 2002.

CROOK, Martin; SHORT, Damien. Marx, Lemkin and the genocide–ecocide nexus. *The International Journal of Human Rights*, Vol. 18, nº 3, p. 298-319. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1080/13642987.2014.914703>. Acesso em 10 jul. 2019.

DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

HERINGER JÚNIOR, Bruno; SPAREMBERGER, Raquel Fabiana Lopes. O Nexo ecocídio-genocídio: a destruição do ambiente natural como causa e como método de eliminação de grupos humanos. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, ano 3, nº 6, p. 1111-1141, 2017.

JONES, Alan. *Genocide – a comprehensive introduction*. New York, EUA: Routledge, 2006.

MEHTA, Sailesh; MERZ, Prisca. Ecocide – a new crime against peace? *Environmental Law Review*, Vol. 17, nº 1, p. 3-7, mar. 2015. Disponível em: <https://heinonline.org/HOL/P?h=hein.journals/envirlr17&i=1>. Acesso em 09 jul. 2019.

MOTTA, Francisco José Borges. *Levando o direito a sério: uma exploração hermenêutica do protagonismo judicial no processo jurisdicional brasileiro*. 2009. Disponível em: <http://www.repositorio.jesuita.org.br/bitstream/handle/UNISINOS/2447/FranciscoMottaDireito.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em 11 jul. 2019.

MOTTA, Francisco José Borges. *Ronald Dworkin e a construção de uma teoria hermenêuticamente adequada da decisão jurídica democrática*. 2014. Disponível em: <http://www.repositorio.jesuita.org.br/bitstream/handle/UNISINOS/3148/0000142C.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em 11 jul. 2019.

SCHABAS, William A. *Genocide in International Law – The Crimes of Crimes*. Cambridge, Inglaterra: Cambridge University Press, 2000.

SHELTON, Dinah L. *Encyclopedia of genocide and crimes against humanity*.
Vol. 1. Farmington Hills, EUA: Thomson Gale, 2005.



**DIREITO DE ACESSO À INFORMAÇÃO:
PUBLICIDADE E TRANSPARÊNCIA NA GESTÃO
PÚBLICA: A INCONSTITUCIONALIDADE DO
ARTIGO 1º DA MEDIDA PROVISÓRIA Nº 928, DE
23 DE MARÇO DE 2020**

RIGHT OF ACCESS TO INFORMATION: PUBLICITY
AND TRANSPARENCY IN PUBLIC MANAGEMENT: THE
UNCONSTITUTIONALITY OF ARTICLE 1º PROVISIONAL
MEASURE Nº 928, OF MARCH, 23, 2020

*MICHAEL ALMEIDA DI GIACOMO¹
THATYANE REGINA GOMES OLIVEIRA COLARES²*

Resumo: O presente artigo tem por objeto de estudo a decisão do Supremo Tribunal Federal de suspender a eficácia do artigo 6º-B da Lei Federal nº 13.979/2020, acrescentado por meio da Medida Provisória nº 928/2020. Nesse sentido, tem-se a aferição do âmbito de proteção e alcance da Lei de Acesso à Informação e da Ação Direta de Inconstitucionalidade proposta pela Ordem dos Advogados do Brasil, em face do artigo 1º da Medida Provisória nº 928/2020. A fim de ir ao encontro da referida decisão, lança-se mão do método empírico na distinção doutri-

1 Advogado. Mestre em Direito, e pós-graduando em Direito Eleitoral na Fundação Escola Superior do Ministério Público/RS. Especialista em Direito Constitucional pela Faculdade de Direito Prof. Damásio de Jesus/SP. <http://lattes.cnpq.br/4129529576917830> e-mail: michaeldigiacomo@hotmail.com

2 Mestranda em Direito na Fundação Escola Superior do Ministério Público/RS. Especialista em Direito Processual Civil; em Direito e Processo do Trabalho e; em Direito Eletrônico. <http://lattes.cnpq.br/8074641519035421> e-mail: thatyaneoliveira@terra.com.br

nária, legislativa e jurisprudencial sobre a matéria. Na organização do texto, tem-se um caminho dedutivo, do geral para o particular. Em breves considerações finais, a constatação de que a edição da Medida Provisória surge eivada de vício formal e material a consubstanciar a impugnação do seu artigo 1º, pois, surge revestida de intervenção a direito fundamental tutelado constitucionalmente.

Palavras-chave: Acesso à Informação. Constituição. Direitos Fundamentais. Publicidade. Transparência.

Abstract: The purpose of this article is the decision of the Supreme Federal Court to suspend the effectiveness of Article 6-B of Federal Law nº. 13,979 / 2020, added by means of Provisional Measure No. 928/2020. In this sense, the scope of protection and scope of the Law on Access to Information and the Direct Action of Unconstitutionality proposed by the Brazilian Bar Association are checked, in view of article 1 of Provisional Measure No. 928/2020. In order to meet this decision, the empirical method is used in the doctrinal, legislative and jurisprudential distinction on the matter. In the organization of the text, there is a deductive path, from the general to the particular. In brief final considerations, the finding that the edition of the Provisional Measure appears to be riddled with formal and material defect to substantiate the impugnation of its article 1, as it appears covered with intervention to fundamental constitutionally protected rights.

Keywords: Access to Information. Constitution. Constitutional Rights. Publicity. Transparency

1. INTRODUÇÃO

O direito de acesso à informação, reconhecido internacionalmente como um direito humano, pode ser tido como vinculado diretamente à liberdade de expressão e, portanto, às democracias como forma de governo. No âmbito da Organização das Nações Unidas (ONU), a Resolução n. 59 de 1946, “já se refere à liberdade de informação como um direito humano fundamental e a pedra de toque de todas as liberdades a que se decida a ONU” (MESSA, 2019, l. 7.2). Também, por meio da Declaração Universal dos Direitos do Homem, 1948, em seu artigo XIX, tem-se a tutela ao direito de receber e transmitir informações, nos seguintes termos:

Todo ser humano tem direito à liberdade de opinião e expressão; este direito inclui a liberdade de, sem interferência, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e ideias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras. (NAÇÕES UNIDAS, 2009, p. 10).

A partir das diversas declarações, convenções e tratados assinados no período pós-grande guerra, o direito de acesso à informação passou a ser garantido aos cidadãos de inúmeras nações. No que se refere à tutela ao direito de acesso à informação, se informar, Miguel Carbonell assinala ser uma garantia social, com um duplo caráter. O primeiro, passivo-negativo, no sentido de abstenção ao impedimento na busca por informações, e, o segundo, ativo-positivo, na promoção da proteção para o indivíduo na busca por informações, a fim de garantir a efetiva realização do direito e,

[...] o Estado deve, entre outras coisas, promover de forma livre e em igualdade o acesso a informações, remover os obstáculos e facilitar a participação dos indivíduos na esfera pública por meio de informações adequadas [...] A informação é uma das bases para o exercício democrático do poder, com base na publicidade de atos governamentais. (CARBONELL, 2004, p. 593-595).

No ordenamento brasileiro o referido direito encontra seu amparo no art. 37, caput, da Carta de República, (BRASIL, 1988), ao prever o princípio da publicidade como estruturante da Administração Pública e do Direito Administrativo. Dessa forma, giza-se, o princípio da transparência é tido como um instrumento na consolidação de uma democracia mais participativa e plural, na qual o cidadão passa a ter um maior poder de fiscalização dos contratos públicos e das ações dos agentes públicos e políticos.

Neste contexto, à guisa de introdução e a partir das referidas ideias, por meio do presente artigo busca-se analisar o âmbito de proteção e a abrangência da Lei de Acesso à Informação no ordenamento pátrio. Como objetivo geral, afere-se a o avanço legislativo em relação à matéria, a partir da regulamentação do dispositivo constitucional que garante a todo cidadão e a toda cidadã o acesso a informações de interesse público, particular ou coletivo. Como objetivo específico, tem-se a análise do julgamento da suspensão do artigo 6º-B da Lei Federal nº 13.979/2020, com a impugnação do artigo 1º da Medida Provisória nº 928/2020, o qual prevê, nas hipóteses estabelecidas, os prazos de respostas a pedidos de acesso à informação nos órgãos ou nas entidades da Administração Pública cujos servidores estejam sujeitos a regime de quarentena, teletrabalho ou equivalentes.

O desenvolvimento do trabalho é dividido em duas etapas: na primeira, tendo por fundamento a previsão Constitucional e a legislação infraconstitucional, busca-se estudar o ordenamento nacional a assegurar o acesso à informação, enquanto direito fundamental de todo cidadão e toda cidadã. A seguir, tem-se a análise de caso propriamente dito, com a aferição do julgamento, por parte do Supremo Tribunal Federal, da Ação Direta de Inconstitucionalidade proposta pela Ordem dos Advogados do Brasil [et. al].

Em relação à metodologia, adota-se o estudo empírico, tendo por fundamento a Constituição da República de 1988, a legislação infraconstitucional, a decisão do Supremo Tribunal Federal e a doutrina especializada, no âmbito nacional e internacional. Na organização do texto, foi adotado um caminho dedutivo – do geral para o particular.

2. O DIREITO DE ACESSO À INFORMAÇÃO NO ORDENAMENTO BRASILEIRO

A Constituição da República de 1988 estabeleceu um rol de princípios e regras a fim de assegurar os direitos fundamentais dos cidadãos e os deveres de transparência do Estado, que, em última instância, “decorrem da própria noção do que seja Estado Democrático e Direito” (TABORDA, 2002, p. 254). Desta forma, é assegurado a todos o direito a receber, dos órgãos públicos, as informações de seu interesse, particulares ou coletivas, conforme dispõe o artigo 5º, inciso 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. (BRASIL, 1988).

Nesse tempo legislativo, a Lei Federal nº 12.527, que regula o acesso a informações, foi promulgada em 18 de novembro de 2011, e a partir de maio de 2012, os cidadãos e as entidades organizadas passaram a promover diversos pedidos de acesso a informações produzidas e acumuladas pelos órgãos e entidades do Poder Executivo Federal. (BRASIL, 2011). A referida Lei deve ser observada por todos os entes da federação brasileira - União, Estados, Distrito Federal e Municípios. E isso signifi-

ca que os órgãos públicos integrantes da Administração direta e indireta dos Poderes Executivo, Legislativo - incluindo os Tribunais de Contas - e Judiciário, além do Ministério Público e da Defensoria Pública, devem, além da sua aplicação, estabelecer sua regulamentação.

Com efeito, restou previsto que a Controladoria-Geral da União (CGU) deve atuar como órgão responsável pelo monitoramento da aplicação da Lei no âmbito da Administração Pública federal; treinamento de agentes públicos no desenvolvimento de boas práticas de transparência; e, fomento à cultura de transparência e à conscientização do direito fundamental de acesso à informação. A CGU é também a instância recursal responsável por avaliar as negativas de acesso à informação. Apesar de ainda enfrentar desafios em sua implementação, nas demais esferas federativas, e de ser um normativo relativamente recente, a Lei de Acesso à Informação inverteu completamente a lógica do sigilo existente na Administração Pública brasileira ao determinar, em seu artigo 3º, que a publicidade é a regra geral a ser observada e o sigilo, a exceção. Dessa forma, a divulgação de informações de interesse público, independentemente de solicitações, através, inclusive, na utilização dos meios de comunicação tecnológicos, é pedra angular no fomento da cultura da transparência na administração pública e no fortalecimento do regime democrático, por meio da ampla participação popular.

Importa assinalar que a partir da vigência da Carta de 1988, inúmeras medidas foram adotadas a fim de promover a divulgação de informações à sociedade, sobretudo no âmbito do Governo Federal e, principalmente, referente à destinação dos recursos públicos. A eficácia da referida legislação restou por promover a ampla garantia de acesso à informação por parte do cidadão, ressalvadas tão somente aquelas que o legislador infraconstitucional estabelecer como imprescindíveis à segurança do Estado e da sociedade. Desse modo, coube ao legislador infraconstitucional, na redação da lei, estabelecer a impossibilidade de negativa do acesso à informação necessária à tutela judicial ou administrativa de direitos fundamentais e, também, as restrições às informações que versem sobre condutas que impliquem a violação dos direitos humanos praticadas por agentes públicos ou sob orientação e determinação de autoridades públicas.

Por fim, importa assinalar que, além das entidades governamentais, a Lei de Acesso à Informação abrange as entidades privadas sem fins lucrativos que recebam recursos públicos para a realização de ações de interesse público, diretamente do orçamento ou mediante subvenções sociais, contratos de gestão, termos de parceria, convênios, acordos, ajustes ou outros instrumentos congêneres.

3. A INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 1º DA MEDIDA PROVISÓRIA Nº 928, DE 23 DE MARÇO DE 2020

A Medida Provisória nº 928, a qual tem por ementa “Alterar a Lei nº 13.979 [...], que dispõe sobre as medidas para enfrentamento de emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus” (BRASIL, 2020), editada em 23 de março, promoveu a alteração do artigo 6º-B da referida Lei, por meio da redação do seu artigo 1º, nos seguintes termos:

Art. 6º-B. Serão atendidos prioritariamente os pedidos de acesso à informação, de que trata a Lei nº 12.527, de 2011, relacionados com medidas de enfrentamento da emergência de saúde pública de que trata esta Lei. § 1º Ficarão suspensos os prazos de resposta a pedidos de acesso à informação nos órgãos ou nas entidades da administração pública cujos servidores estejam sujeitos a regime de quarentena, teletrabalho ou equivalentes e que, necessariamente, dependam de: I – acesso presencial de agentes públicos encarregados da resposta; ou II – agente público ou setor prioritariamente envolvido com as medidas de enfrentamento da situação de emergência de que trata esta Lei. § 2º Os pedidos de acesso à informação pendentes de resposta com fundamento no disposto no § 1º deverão ser reiterados no prazo de dez dias, contado da data em que for encerrado o prazo de reconhecimento de calamidade pública a que se refere o Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020. § 3º Não serão conhecidos os recursos interpostos contra negativa de resposta a pedido de informação negados com fundamento no disposto no § 1º. § 4º Durante a vigência desta Lei, o meio legítimo de apresentação de pedido de acesso a informações de que trata o art. 10 da Lei nº 12.527, de 2011, será exclusivamente o sistema disponível na internet. § 5º Fica suspenso o atendimento presencial a requerentes relativos aos pedidos de acesso à informação de que trata a Lei nº 12.527, de 2011. (Brasil, 2020).

Com efeito, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil propôs Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI, com pedido cautelar, a fim de que o Supremo Tribunal Federal, a par da violação aos artigos 5º, XXXIII, 37, § 3º, II, 62, caput, e 216, § 2º, da Carta da República, impugnasse o artigo 1º da supramencionada Medida Provisória e, por consequência, a suspensão do artigo 6º-B, da Lei Federal nº 13.979/2020. Em breve síntese,

ao contextualizar a impugnação do ato normativo, o Conselho Federal da OAB expôs como argumento, entre outros, que “o dispositivo impugnado estaria eivado de inconstitucionalidade formal, por afrontar a separação dos poderes e por não preencher os requisitos de relevância e urgência necessários para a edição da Medida Provisória” (OAB, 2020, p. 4).³ O proponente gizou que, em relação ao vício formal, “a Lei de Acesso à Informação – LAI, já prevê, em seu artigo 11, § 1º, II, disposição aplicável a um cenário de crise”, e, materialmente, “a Medida Provisória cercearia os direitos constitucionais à informação, à transparência e à publicidade” (OAB, 2020, p. 5).

Em decisão monocrática, o Ministro Relator Alexandre de Moraes argumentou que a publicidade específica de determinada informação somente poderá ser excepcionada quando o interesse público assim o determinar, pois, a ressaltar as situações de excepcionalidade, “a Administração Pública tem o dever de absoluta transparência na condução dos negócios públicos” e,

O art. 6º-B da Lei 13.979/2020, incluído pelo art. 1º da Medida Provisória 928/2020, não estabelece situações excepcionais e concretas impeditivas de acesso à informação, pelo contrário, transforma a regra constitucional de publicidade e transparência em exceção, invertendo a finalidade da proteção constitucional ao livre acesso de informações a toda Sociedade. (STF, 2020).

Desse modo, deferiu a cautelar requerida com o seguinte argumento:

Na hipótese em análise, ao menos em sede de cognição sumária, fundada em juízo de probabilidade, entendo presentes os requisitos para a concessão da medida cautelar pleiteada, pois o artigo impugnado pretende TRANSFORMAR A EXCEÇÃO – sigilo de informações – EM REGRA, afastando a plena incidência dos princípios da publicidade e da transparência. (STF, 2020).

A decisão foi referendada, por unanimidade, pelo Tribunal Pleno, em sessão virtual realizada no dia 30 de abril. Na referida cognição de mérito, os ministros deixaram claro a percepção da violação do direito fundamental de acesso à informação e a necessária suspensão da eficácia

3 O partido REDE SUSTENTABILIDADE propôs ação com o mesmo objeto sob o número ADI 6347. No mesmo sentido o Partido Socialista Brasileiro, sob o nº ADI 6353. Ambos apensados a ADI 6351, proposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil.

do artigo 6º-B, da Lei Federal nº 13.979. (STF, 2020). De forma sucinta, é possível destacar a manifestação de alguns ministros como, por exemplo, o Ministro Gilmar Mendes, ao afirmar que a Lei de Acesso à Informação, em âmbito nacional, é “um verdadeiro marco revolucionário no que se refere à concretização dos princípios da publicidade e da transparência [...] que o sigilo da informação deve ser tratado como medida excepcional”. Em relação ao período de duração da pandemia causada pelo Covid-19, o ministro gizou que “não há como considerar que a publicidade das informações deva ficar condicionada a entraves meramente burocráticos, tais como saber se o servidor estaria em teletrabalho”. (STF, 2020). A Ministra Carmem Lucia, considera que a Lei de Acesso à Informação é responsável por uma verdadeira mudança de modelo de administração pública. No que se refere à informação, em sede de gestão pública, “de sombras e trevas que perpassaram a história administração pública, nós tivemos os lapsos que não foram poucos de falta de democracia”, e somente fica contra a Lei de Acesso à Informação, “quem, de alguma forma, não quer que se tenha acesso amplo e necessário” (STF, 2020).

Referendada a medida cautelar, com o reconhecimento da inconstitucionalidade do artigo previsto na Medida Provisória, cabe assinalar a prevalência do disposto na Carta da República, ao prever o dever de publicidade e transparência enquanto princípios presentes no âmago do próprio direito de acesso à informação. Nesse sentido, a previsão de limitação ao acesso a toda e qualquer informação a órgãos ou setores, que para promover a resposta dependam da presença física dos agentes públicos, ou, ainda, daqueles que estejam prioritariamente envolvidos com as medidas de enfrentamento no combate à pandemia, acaba por lesar um direito fundamental e inalienável.

A partir dessa convicção, oportuno gizar que a tutela ao direito de acesso à informação encontra amparo na ordem de um direito subjetivo público, na exteriorização do princípio democrático e de dever da Administração Pública, ante a exigência de eficiência, moralidade e imparcialidade, e do direito do cidadão em ser informado. É de considerar, ainda, que as restrições ao direito de acesso devem ser observadas a partir de reserva de lei. É dizer que são diretamente constitucionais ou pela Constituição autorizadas. Dessa forma, à letra de Maren Taborda (2006, p. 100), “[...] garante-se o conteúdo essencial do direito restringido, de modo que um direito fundamental não pode ser reduzido, a ponto de perder toda a sua importância [...] existindo um núcleo que, em nenhum caso pode ser afetado”. Nesse sentido, a compatibilidade com a Constituição é condição *sine qua non* para que determinada norma seja restritiva

ao exercício de um direito fundamental. Com efeito, o artigo impugnado, por apresentar vícios formais e materiais de inconstitucionalidade, passa a ter natureza de intervenção e não de restrição. (ALEXY, 2015, p. 283).

4. CONCLUSÃO

No estudo do artigo impugnado, resta evidente em sua redação a violação ao princípio da publicidade e da transparência dos atos da Administração Pública e uma tentativa límpida de restrição ao exercício de um direito fundamental de todo cidadão, justamente o acesso às informações de interesse público. Nesse sentido, o vício formal, na edição da Medida Provisória, encontra razão na falta de preenchimento dos requisitos legais de relevância e urgência próprios do referido instituto, porquanto a Lei de Acesso à Informação já normatiza sua aplicação em cenários de crise. E, materialmente, afronta a ordem democrática ao cercear o acesso aos atos da Administração Pública, com a lesão direta a princípios constitucionais consagrados como vetores imprescindíveis à Administração Pública.

Nesse importante desenho Constitucional, a reserva de lei, ou a previsão no texto da Carta Federal, impõe ao administrador o dever de atenção na compatibilização direta de diversos outros direitos fundamentais quando no trato a qualquer restrição de acesso a informações.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. 2ª ed., 4ª reimpr. São Paulo - SP: Malheiros Editores, 2015.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. (1988). “Artigo 37, § 3º, II. A administração pública direta e indireta [...] obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência [...] A lei disciplinará as formas de participação do usuário [...] o acesso dos usuários a registros administrativos sobre atos de governo observado o disposto no art. 5º, X e XXXIII”. In: Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF. 05 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em: 18 mai. 2020.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. (1988). “Artigo 62, caput, 1º, III. Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias [...] É vedada a edição de medidas provisórias sobre matéria [...] reservada a lei complementar”. In: Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF. 05 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em: 18 mai. 2020.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. (1988). “Artigo 216, caput, §2. Constituem patrimônio cultural brasileiro os bem de natureza material e imaterial [...] Cabem à administração pública, na forma da lei, a gestão da documentação governamental e as providências para franquear sua consulta a quanto dela necessitem”. In: Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF. 05 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em: 18 mai. 2020.

BRASIL. Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011. Regula o acesso à informação previsto no inciso XXXIII do art. 5º [...]. In: Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 18 nov. 2011. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm Acesso em: 19 mai. 2020.

BRASIL. Lei nº 13.979, de 06 de fevereiro de 2020. Dispõe sobre medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2010. In: Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 07 fev. 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/L13979.htm Acesso em: 19 de mai. 2020.

BRASIL. Medida Provisória nº 098, de 23 de março de 2020. Altera a lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020 [...]. In: Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 23 mar. 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/Mpv/mpv928.htm acesso em: 20 de mai. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 6351/DF. Ação Direta de Inconstitucionalidade. REQTE. (S): Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. INTDO. (A/S): Presidente da República. Relator: Min. Alexandre de Moraes. Julgamento em: 29/04/2020. Dje: 109 em 04/05/2020. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI%24%2ESCLA%2E+E+6351%2ENUME%2E%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/s5yjf8z> Acesso em: 20 mai. de 2020.

CARBONELL, Miguel. Los derechos fundamentales em México. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Serie Doctrina Jurídica, Núm. 185. UNAUM, CNDH, México, 2004. (Tradução Livre).

MESSA, Ana Flávia. **Transparência, *compliance* e práticas anticorrupção na administração pública.** São Paulo: Almedina, 2019.

NAÇÕES UNIDAS. Declaração Universal dos Direitos Humanos. Artigo 19. Rio de Janeiro. UNIC Rio, agosto de 2009. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf> Acesso em : 18 mai. 2020.

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. Conselho Federal. Ação direta de inconstitucionalidade, com pedido cautelar, em face do artigo 1º da Medida Provisória n. 928, de 23 de março de 2020, na parte em que acrescenta o art. 6º-B à Lei 13.979, de 6 de fevereiro de 2020. Brasília, 25 mar. 2020. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5881853> Acesso em: 19 mai. 2020.

TABORDA, Maren Guimarães. O princípio da publicidade e a participação na administração pública. 2006. 217 f. Tese (Doutorado em Direito) Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2006.

TABORDA, Maren Guimarães. O princípio da transparência e o aprofundamento dos caracteres fundamentais do direito administrativo. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 230, p. 251-280, out. 2002. ISSN 2238-5177. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/46345/45116> Acesso em: 20 Mai. 2020.



A INFLUÊNCIA DA MÍDIA NA FORMAÇÃO DA OPINIÃO PÚBLICA E SUAS CONSEQUÊNCIAS À EFETIVAÇÃO DA DEMOCRACIA

THE INFLUENCE OF MEDIA IN THE PUBLIC OPINION FORMATION AND ITS CONSEQUENCES TO THE EFFECTIVENESS OF DEMOCRACY

ANA PAULA CARVALHO SALOMONE¹

Resumo: Vivemos em uma sociedade caracterizada pela comunicação em massa, marcada pelo amplo acesso à informação, pela disseminação instantânea de notícias e pela constante influência da mídia, atuante tanto nos meios de comunicação tradicionais quanto nas redes sociais. Diante do reconhecimento do grande poder de influência que a mídia exerce sobre os cidadãos, sendo capaz de criar a realidade de uma sociedade, mostra-se importante estudar de que forma ela atua na formação da vontade política e, por consequência, na efetivação da democracia. Para tanto, serão analisados os conceitos de mídia, opinião pública e democracia, estabelecendo a relação existente entre eles, a fim de demonstrar que somente cidadãos livremente informados são capazes de exercer os atos condizentes com o Estado Democrático de Direito.

Palavras-chave: Democracia. Informação. Mídia. Opinião Pública.

Abstract: We live in a society characterized by mass communication, marked by broad access to information, instant dissemination of news and the constant influence of the media, acting both in traditional media

1 Mestranda em Direito na Fundação Escola do Ministério Público. Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Especialista em Direito Civil pela UniRitter. Especialista em Direito Processual Civil pela Fundação Escola do Ministério Público. Assessora de Juiz de Direito no Poder Judiciário do Rio Grande do Sul. Endereço eletrônico: anacarvalho.s@hotmail.com

and social networks. Given the recognition of the great power of influence that the media exerts on citizens, being able to create the reality of a society, it is important to study how it acts in the formation of political will and, consequently, in the implementation of democracy. To this end, the concepts of media, public opinion and democracy will be analyzed, establishing the relationship between them, in order to demonstrate that only freely informed citizens are able to perform acts consistent with the Democratic Rule of Law.

Keywords: Democracy. Information. Media. Public opinion.

1. INTRODUÇÃO

Na sociedade contemporânea, em razão da ampliação de acesso aos meios de comunicação, o poder de persuasão midiático tem ganhado relevância no que se refere à influência das massas, sobretudo no âmbito político. A mídia exerce poder de dominação, atuando na criação da realidade social e política do país. Partindo-se da premissa de que apenas indivíduos corretos e livremente informados podem tomar decisões racionais e, assim, participar de modo construtivo da formação da vontade política, surge a necessidade de analisar a influência que a mídia exerce sobre a opinião pública e a democracia.

Para análise deste tema, através de revisão bibliográfica doutrinária e utilizando-se do método dedutivo, serão estudados inicialmente os conceitos de mídia e opinião pública e a relação existente entre eles, baseada nas teorias que envolvem o poder de persuasão e os efeitos causados pela deturpação de informações nos veículos de comunicação à sociedade. Em seguida, estes conceitos serão relacionados à democracia, fato que enseja a conclusão pela necessidade de intervenção e controle estatal sobre os meios de comunicação, a fim de coibir a divulgação de notícias falsas ou a informação com caráter manipulador.

2. A INFLUÊNCIA DA MÍDIA NA FORMAÇÃO DA OPINIÃO PÚBLICA

A partir da Segunda Guerra Mundial, a sociedade passou a ter como base a comunicação e a produção de conhecimento através da informação. A expansão dos meios de divulgação e o amplo acesso pelos

cidadãos permite afirmar que, atualmente, a comunicação faz parte da construção da realidade, na medida em que faz parecer existente apenas aquilo que é noticiado. Além da influência na formação da realidade, a mídia (aqui considerada como o conjunto dos meios de comunicação de massa) também apresenta análises valorativas sobre os fatos que são noticiados e, assim agindo, acaba por ditar os assuntos que serão objetos da agenda de discussão social e política (GUARESCHI, 2007, p. 7-10).

Não se desconhece que, na sociedade contemporânea, sobretudo em razão da constante evolução dos meios de comunicação, da internet e das redes sociais, os cidadãos detêm formas alternativas para a obtenção de informações, não ficando atrelados apenas às notícias veiculadas na mídia tradicional, composta pela televisão, rádio e jornal impresso. Todavia, grande parte da população brasileira, principalmente em razão de condições econômicas, geográficas e sociais, ainda tem como principal fonte de informação a mídia tradicional, comumente objeto de manipulação e vítima da adoção de técnicas persuasivas capazes de influenciar sensivelmente a opinião pública.

Fábio Konder Comparato (1997, p. 1-3), ao analisar o tema, cita como exemplo da influência da mídia sobre a opinião pública e a criação de juízos de valor sobre a sociedade, os Estados comunistas e fascistas, poderes de dominação das massas que foram percebidos pelos líderes capitalistas do pós-guerra, ao notarem que o monopólio da comunicação social podia ficar em suas mãos, utilizando-se do efeito da pressão econômica e das concessões administrativas. Com o controle das informações que eram veiculadas nos meios de comunicação, mostrava-se possível manipular as massas, tornando aceitáveis teorias e argumentos que hoje em dia são repudiados.

O autor analisou teorias desvendadas pela sociologia contemporânea para obter o domínio da sociedade através da mídia. A primeira delas é denominada “agenda-setting”, pela qual são selecionadas as informações que serão veiculadas nos meios de comunicação, dando a cada uma um grau de importância diverso, de acordo com os interesses da classe dominante. Tal teoria tem como objetivo selecionar os fatos sobre os quais há interesse de que estejam em pauta nas discussões sociais, eliminando, por meios diversos, as notícias que por alguma razão incomodam a classe dominadora, o que se faz dando pouca ênfase a estas questões ou ocultando-as sobre fatos ditos de maior relevância. Outra técnica de persuasão coletiva foi denominada como “espiral do silêncio”, através da qual se pretende dar a certos assuntos a classificação prévia de ridículos ou ultrapassados pelas nações mais desenvolvidas, com a finalidade de retirá-los das pautas de discussão (COMPARATO, 1997, p. 1-3).

As técnicas de persuasão das massas vêm acompanhadas de métodos necessários a atrair a atenção dos ouvintes ou leitores, tendo em vista a vasta gama de opções que a população tem atualmente para escolher por qual veículo de comunicação irá se informar. Tércio Sampaio Ferraz Junior (1998, p. 24-29) analisou o aumento significativo de tiragem do jornal Folha de São Paulo, no ano de 1994, e atribuiu este fato à adesão ao marketing, citando como exemplo a página de domingo, na qual se misturam anúncios de produtos e serviços às notícias com caráter de impacto, destinadas a sanar a curiosidade dos leitores e da sociedade de consumo. Tal fato ensejou a modificação da atividade de informar, mediante a utilização do chamado ‘fast journalism’, emitindo excesso de informação aos cidadãos. Ao mencionar este tópico, cita Gaudêncio Torquato, considerando que a informação prestada em excesso, em detalhes, não significa, necessariamente, acesso à verdade, pois, em muitas situações, a realidade está sendo banalizada e o grande público é atingido por uma espécie de ficção disfarçada, que não reflete a realidade. Sampaio classifica a nova mídia como “marketing do escândalo”, “na qual o repórter denuncia, julga e apenas a personalidade escolhida para o pelourinho na feira livre da curiosidade popular, agindo, simultaneamente, como testemunha, juiz e carrasco”.

Como opinião pública, podemos entender a conclusão que advém do debate político sobre a coisa pública. Expressa mais juízo de valor a juízos de fato e nem sempre coincide com a verdade, “mas, na medida em que se forma e fortalece no debate, expressa uma atitude racional, crítica e bem informada”. Nem sempre advém de um debate em que há consenso, mas reflete a posição adotada por determinado grupo de integrantes da sociedade acerca de temas relevantes no âmbito político. Nem sempre também é estável, podendo sofrer mudanças, normalmente relacionadas ao desenvolvimento social e a condutas de governo (TABOR-DA; MATIAS, 2016, p. 166-185 e 177). A formação de opinião pública livre requer uma sociedade civil distinta do Estado, contando com centros sociais onde se possa formar a opinião individual ou então através de grupos que tenham como objetivo discutir as questões políticas relevantes. Através da opinião pública, se combate a censura e incentiva-se a publicidade dos atos de governo (BOBBIO et al., 2000, p. 842).

Para Hobbes, teórico do absolutismo, a opinião pública é condenável por introduzir no Estado o germe da anarquia e da corrupção. A primeira reivindicação pela sua autonomia surgiu com o pensamento liberal, através de Locke, quando passou a representar juízos morais. Rousseau, em sua teoria, pretende superar a distinção entre política e moral, vendo

a opinião pública como a verdadeira constituição do Estado. Hegel foi um dos primeiros teóricos a criticar a opinião pública, ao manifestar que, a partir dos interesses particulares não se chega à universalidade, porque a sociedade civil está desorganizada. Marx também teceu críticas à opinião pública, apontando sua depreciação, ao afirmar que com a formação do Estado político, foi neutralizada e despolitizada a sociedade civil, afirmando que a opinião pública é falsa consciência, ideologia, pois numa sociedade dividida em classes, acaba por representar o interesse da classe burguesa: o público não é o povo, a sociedade burguesa não é a sociedade geral (BOB-BIO et al., 2000, p. 843-845). Note-se que a preocupação de Marx é questão atual na sociedade contemporânea, diante da importância de criar condições para que a opinião pública possa ser livre e informada, a fim de evitar o prejuízo às minorias e viabilizar o poder de crítica.

Os serviços de radiodifusão de sons e imagens são serviços públicos, assim denominados pela Constituição Federal de 1988, justificando-se o interesse público no fato de que tais meios de comunicação são destinados à “manutenção do convívio social, à formação da opinião pública, à garantia da livre manifestação de pensamento, de opinião, de crenças e valores, do pluralismo político e do direito do cidadão de dar e receber informações”. Deve se observar também que a concentração dos meios de comunicação restringe o volume de informações disponíveis ao público, prejudicando a discussão, na esfera pública, de temas socialmente relevantes que vão determinar as escolhas eleitorais (TABORDA; ZANDONÁ, 2017, p. 432), fato de extrema relevância que contribui para a caracterização da comunicação social como serviço público. Desta caracterização decorre a necessidade de haver intervenção estatal, com a finalidade de garantir a idoneidade destes meios de comunicação, ante a necessária garantia aos direitos de liberdade de expressão, de associação e de crença, pois somente assim é possível garantir a participação dos cidadãos na formação da opinião pública.

3. CONSEQUÊNCIAS À EFETIVAÇÃO DA DEMOCRACIA

A democracia na sociedade contemporânea pode ser entendida como a confluência de três teorias do pensamento político: a Teoria Clássica ou Aristotélica, segundo a qual é o governo de todos aqueles que têm os direitos de cidadania; a Teoria Medieval ou Romana, considerando

que tem como base a soberania popular e a Teoria Moderna, prevendo como base da democracia o princípio republicano (BOBBIO et al., 2000, p. 319-320). Trata-se, portanto, de uma forma de conciliar os diversos sistemas que existem em uma sociedade plural, a fim de garantir a participação do povo nos atos políticos e de governo.

Habermas adota uma abordagem da democracia conhecida como democrático-deliberativa, acreditando que a legitimidade democrática advém de processos sociais de deliberação pública coletiva, ou seja, o processo de formação da vontade dos cidadãos. Os autores que seguem a linha democrático-deliberativa entendem que há dois critérios essenciais para que se tenha uma política justa, sendo eles o entendimento esclarecido e a participação efetiva (JOHAS, 2016, p. 06). Raffaele De Giorgi (1995, p. 15-16) reconhece como pressupostos da democracia a completa positividade do sistema jurídico e “a universalização dos meios de comunicação de massa, que possibilita o reflexo da sociedade através da opinião pública”.

Assim, para a democracia contemporânea, a liberdade mostra-se fundamental, não sendo suficiente que se garanta aos indivíduos a liberdade de participação cívica, sendo necessário garantir condições objetivas que propiciem a efetiva participação. Para Miguel Reale (2011, p. 07), participar significa integrar o “plano político para a formação do poder, com efetiva contribuição de ordem decisória” e também ter “poder de acesso aos elementos formadores de riqueza e de fixar os critérios equitativos de sua distribuição”.

Partindo-se do pressuposto de que a deliberação e o entendimento esclarecido são requisitos vitais à formação da vontade política e, conseqüentemente, da efetivação de ideais democráticos, a liberdade na formação da opinião pública se revela de suma importância para a garantia de efetivação do Estado Democrático de Direito, pois apenas cidadãos livremente informados são capazes de formar raciocínios embasados e críticas aos atos políticos e de governo. Em suma, a opinião pública reflete a participação política em prol do interesse público e da democracia.

Para a garantia da legitimidade democrática, é requisito essencial a participação política dos cidadãos, o que ocorre através da representação, manifestando-se assim o direito de votação, ponto primordial do sistema democrático (TABORDA E MATIAS, 2016, p. 167). Para manifestar o voto, o cidadão precisa, antes disso, deliberar, decidir e debater, o que fará com base nas informações que detém sobre os candidatos disponíveis para o pleito e sobre as condições do seu país, estado ou município. Deliberar é ampliar o âmbito de aceitação à persuasão de opiniões di-

versas, embasadas em argumentos racionais, configurando um compartilhamento de visões, com o objetivo de cooperação social (HABERMAS, 1995, p. 283). Ainda, após as eleições, há necessidade de acompanhamento dos atos de governo do representante eleito, necessitando de embasamento para eventuais críticas ou imposições às condutas praticadas. Para todos estes atos, constata-se a significativa influência da opinião pública para a formação da vontade política. Diante desta constatação, mostra-se essencial que haja controle das informações veiculadas nos meios de comunicação, pois a informação constitui garantia essencial da democracia (TABORDA E MATIAS, 2016, p. 167).

Habermas (2003, p. 190 e 213) entende que “os direitos de participação política remetem à institucionalização jurídica de uma formação pública da opinião e da vontade, a qual culmina em resoluções sobre leis e políticas” e, analisando a questão pela ótica da teoria do discurso, afirma que o princípio da soberania popular expressa que o poder político advém do poder comunicativo dos cidadãos, o que se realiza mediante a formação da opinião pública e da vontade política.

A Constituição Federal classifica como serviços públicos os de radiodifusão de sons e imagens, o que se verifica pela redação do artigo 21, XII, “a”. Estabelece que eles podem ser prestados pelo Estado ou pelos particulares, através de contratos de concessão ou permissão, sofrendo rígido controle, sendo também alvo de regramento específico pelo Código Brasileiro de Telecomunicações e pelo Decreto nº 52.795/1963. De outro lado, há permissão, pelas leis infraconstitucionais, que o Presidente da República e o Ministro das Comunicações tenham a possibilidade de escolher os concessionários e permissionários. Há certa flexibilidade também no que se refere às mídias educativas (TABORDA E ZANDONÁ, 2017, p. 433-434). O que se verifica, em verdade, é que, embora haja controle estatal para os meios de comunicação, tal não se mostra suficiente a inibir a manipulação da mídia, fato que se relaciona também aos agentes fiscalizatórios, cuja conduta necessita ser mais ostensiva.

Além da já mencionada necessidade de controle estatal e fiscalização acerca do cumprimento das normas que regulamentam o sistema de comunicação, impõe-se, também, a necessidade da adoção de medidas estatais hábeis a combater, por exemplo, a disseminação de falsas notícias na internet, sobretudo em épocas de eleições, ainda que tal conduta possa violar o direito à liberdade de expressão, o qual não se mostra inatingível e absoluto. Nestas hipóteses, deve haver uma ponderação entre valores constitucionalmente protegidos, dada a importância da veiculação de

informações livres e idôneas para a formação de uma opinião pública livre. Para combater as notícias falsas que facilmente se disseminam na internet, a Justiça Eleitoral vem desenvolvendo um importante papel, ao formar grupos de trabalho com representantes de redes sociais de maior adesão, da Polícia Federal, do Poder Judiciário e até mesmo de membros do departamento norte-americano FBI, a fim de traçar métodos e ações efetivas a barrar tais condutas (ONO, 2019, p. 05).

O que se verifica, sobretudo em razão da sociedade em que vivemos, onde prepondera o excesso e o dinamismo da informação, é que a mídia vem ganhando papel cada vez mais determinante na política e, conseqüentemente, na democracia. Assim, ainda que se reconheça a importância do direito à liberdade de expressão, o controle estatal dos veículos de comunicação, assim como dos conteúdos disponibilizados na rede mundial de computadores, principalmente em épocas eleitorais, se mostra de suma importância, a fim de garantir o acesso à informação correta e livre, ensejando a formação de opinião e de crítica, elemento essencial à participação política e, conseqüentemente, à democracia.

4. CONCLUSÃO

A sociedade contemporânea é marcada pela comunicação em massa, pela facilitação do acesso à informação e pela sua rápida disseminação. Tal constatação expõe os desafios e a dificuldade em controlar o que é divulgado nos meios de comunicação, cada vez mais desenvolvidos e autônomos, sobretudo em razão da internet e das redes sociais. Este controle, ainda que não possa ser absoluto, sob pena de violar o direito fundamental à liberdade de expressão, mostra-se necessário em razão da grande importância que a mídia exerce sobre a assimilação da realidade pelo povo e sobre a formação da vontade política dos cidadãos. Considerando o seu poder de influenciar sensivelmente as massas, deve-se ter em mente a importância da regulação e fiscalização do que é divulgado nos meios de comunicação.

Somente cidadãos livremente informados são capazes de formar uma opinião sensata acerca dos temas políticos, administrativos e econômicos, efetivando, assim, a democracia, que tem como base a participação popular. Esta participação ocorre não somente nas eleições, através do direito ao voto, mas também de forma prévia, no momento de delibe-

rar e debater sobre a escolha do candidato, bem como de forma posterior, ao analisar de modo crítico os atos de governo. Assim, para que se efetive a democracia, é preciso garantir que o povo tenha o direito à informações corretas, a fim de que possam formar, a partir delas, uma opinião política fundamentada. Para tanto, se mostra necessária a observância do controle estatal sobre os meios de comunicação, a fim de que se garanta o direito à liberdade de informação, mas, ao mesmo tempo, proteja a população das manipulações realizadas pela mídia e das notícias falsas, tão disseminadas nos dias atuais.

REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. MATTEUCCI, Nicola e PASQUINO, Gianfranco. Dicionário de Política. 5. ed. Brasília: Editora UNB, 2000.

BRASIL. CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 23.11.2019.

COMPARATO, Fábio Konder. “A Geração Controlada da Opinião Pública”, in Folha de S. Paulo, 9 de setembro de 1997, p. 1-3.

DE GIORGI, Raffaele. Democracia, estado e direito na sociedade contemporânea. Caderno da Escola do Legislativo. Belo Horizonte 2(4): 7-47, jul/dez. 1995.

FERRAZ JÚNIOR. Tércio Sampaio. Liberdade de opinião, liberdade de informação: mídia e privacidade. Revista de Direito Constitucional e Internacional. vol. 23/1998. Abr-jun/1998, p. 24-29.

GUARESCHI, Pedrinho A. Mídia e democracia: o quarto versus o quinto poder. Revista Debates. Porto Alegre, v.1, n.1. jul-dez/2007. p. 6-25.

HABERMAS, Jürgen. Direito e Democracia: entre facticidade e validade. Vol. 1. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HABERMAS, Jürgen. Três modelos normativos de democracia. Lua nova: Revista de Cultura e Política. n. 36. 1995. p. 39-53.

JOHAS, Barbara C. M. O conturbado caminho entre opinião pública, cultura política e democracia no Brasil. Artigo apresentado no 10º Encontro da Associação Brasileira de Ciência Política. Belo Horizonte. Ago-Set/2016. p. 06.

REALE, Miguel. Da democracia liberal à democracia social. Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional. vol. 2. maio/2011. p. 1145-1168.

ONO, Taynara Tiemi. A regulação da desinformação na internet em período de campanha eleitoral: leis, normas sociais, arquitetura de rede e atuação da Justiça Eleitoral como mecanismos regulatórios adotados no contexto brasileiro. Revista dos Tribunais. vol. 1008/2019. Out/2019. p. 93-109. p. 5.

TABORDA, Maren Guimarães e MATIAS, Flávia Hagen. Democracia procedimental, opinião pública e mídia: estudo sobre o caso da “Revolução das Painelas e Frigideiras”. In: V Encontro Internacional do CONPEDI Montevideú – Uruguai. 2016. p. 166-185.

TABORDA, Maren Guimarães e ZANDONÁ Thaís. A atividade de comunicação social e a formação da opinião pública. Revista de Direito Econômico e Socioambiental. Curitiba, v. 8, n. 3, p. 423-445, set./dez. 2017.



**TEMPO E PROCESSO: COMPATIBILIZAÇÃO
PROCEDIMENTAL ENQUANTO FORMA DE
EFETIVAÇÃO DO DIREITO À CONVIVÊNCIA FAMILIAR
DE CRIANÇAS EM SITUAÇÃO DE VULNERABILIDADE**

TIME AND PROCESS: PROCEDURAL
COMPATIBILIZATION AS A PATH TO THE
EFFECTIVENESS OF THE RIGHT TO FAMILY
ACQUAINTANCEHIP IN CHILDREN IN
VULNERABILITY CIRCUMSTANCES

DEBORAH SOARES DALLEMOLE¹

Resumo: Este estudo trata da análise da compatibilização dos procedimentos de destituição do poder familiar e adoção ao direito de convivência familiar de crianças que se encontrem acolhidas institucionalmente, sem possibilidade de retorno à família de origem. Busca-se, assim, entender de que maneira o Estado intervém nas famílias que entenda representar risco para as crianças, e como busca garantir o seu acesso ao direito constitucionalmente garantido de convivência familiar e comunitária. Para responder a este questionamento, primeiro serão analisados os perfis das famílias atingidas pelas medidas de acolhimento institucional, a fim de identificar quem são os alvos da intervenção estatal protetiva da infância. No segundo momento, serão estudados os procedimentos de destituição do poder familiar, necessário à adoção regular pelo Cadastro Nacional, para que se entenda de o mesmo foi arquitetado pelo legisla-

1 Mestranda Bolsista CAPES no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. E-mail deborahdallemole@gmail.com

dor e qual o objetivo pretendido. A abordagem metodológica foi a de pesquisa bibliográfica, aliada ao método dedutivo e à pesquisa empírica quali-quantitativa em fontes primárias e secundárias.

Palavras-chave: Adoção; Compatibilização Procedimental; Convivência Familiar; Destituição do Poder Familiar; Direito da Criança e do Adolescente; Infância e Juventude.

Abstract: This study analyzes of the compatibility of the procedures of destitution of parental authority and adoption, in relation to the right to family coexistence of children who are institutionally sheltered, without the possibility of returning to the family of origin. It seeks, therefore, to understand how the State intervenes in families that it considers to represent risk to children, and how it seeks to guarantee their access to the constitutionally guaranteed right of family and community coexistence. To answer this question, first will be analyzed the profiles of the families affected by institutional care measures, in order to identify who are the targets of the state's protective intervention for children. In the second moment, the procedures for destitution of family power, necessary to the regular adoption through the National Record, will be studied, with the intention of understanding how it was designed by the legislator and what their intended objective is. The methodological approach was that of bibliographic research, combined with the deductive method and an empirical quali-quantitative research in primary and secondary sources.

Keywords: Adoption; Procedural Compatibility; Family Coexistence; Destitution of Parental Authority; Child and Adolescent Law; Childhood and Youth.

1. INTRODUÇÃO

Este artigo pretende responder à seguinte indagação: “*De que maneira o Estado buscou compatibilizar o procedimento de destituição do poder familiar com a garantia de convivência familiar de crianças e adolescentes em situação de risco?*”. Para isto, utilizou-se a abordagem metodológica da pesquisa bibliográfica, combinada com o método dedutivo, e com pesquisa empírica de dados quali-quantitativos em fontes primárias e secundárias.

No primeiro tópico, busca-se traçar o perfil das famílias e crianças atingidas pela medida protetiva mais grave existente na legislação da infância e da juventude, qual seja, o acolhimento institucional. Aqui, se-

rão trazidos dados acerca dos motivos de aplicação da medida, perfis das crianças acolhidas e que perfis buscam os pretendentes à adoção. Com isso, se pretende ter um panorama de para quais crianças deve o Estado garantir a convivência familiar em famílias substitutas, em razão do risco representado pelo núcleo familiar de origem.

Em seguida, será analisado o procedimento de destituição do poder familiar. Pretende-se verificar de que maneira buscou o legislador compatibilizar o procedimento de retirada da autoridade parental, aos quais deve ser garantida ampla defesa e contraditório, com a necessária celeridade que deve haver – tendo-se em vista que, caso julgada procedente, a criança será encaminhada para adoção, cujas chances de sucesso são, em grande medida, ligadas a serem o mais jovens possível.

2. ACOLHIMENTO INSTITUCIONAL E INTERVENÇÃO ESTATAL: A QUEM SE APLICAM AS MEDIDAS PROTETIVAS?

Existem, atualmente, mais de 47 mil crianças acolhidas institucionalmente no país (CNCA, 2020), afastadas de um adequado convívio familiar. Há indicativos de que o Estado mantém uma mentalidade própria dos Códigos de Menores no trato da infância pobre, intervindo de forma a judicializar as consequências de problemas sociais que deveriam ser resolvidos por meio de políticas públicas universais, assim como falhando na criação de mecanismos processuais que garantam a colocação destes jovens em novas famílias através da adoção. A metodologia que se utiliza para tanto é a coleta de dados quali-quantitativos, com sua análise a partir de um referencial teórico construído com o objetivo de verificar-se as bases históricas da legislação de proteção à infância no Brasil.

Para que se tenha uma adequada compreensão desta problemática, é necessário que se entendam as razões pelas quais o Estado retira estas crianças de suas famílias de origem. Em estudo prévio, constataram-se os seguintes motivos para o ingresso da ação de acolhimento institucional em Porto Alegre/RS: 20,1% drogadição dos pais; 18,1% prática de maus-tratos ou abuso contra a criança; 15,4% negligência; 15,4% conduta da própria criança ou adolescente; 13,4% abandono; 12,1% falta de condições materiais dos pais; e 5,4% outras situações, como falecimento dos pais sem familiar apto ao exercício de tutela, pais cumprindo pena em regime fechado ou presos provisoriamente, entre outros. (DALLE-

MOLE, 2018). Tanto a falta de condições materiais em si quanto a drogadição são problemas sociais que não são passíveis de serem resolvidos judicialmente, apontando uma falha no sistema de assistência social. Se vai em sentido oposto ao preconizado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, que segue no caminho da desjudicialização de questões sociais.

O acolhimento não decorre de uma omissão dos pais, tampouco de uma ação voluntária destes no sentido de privar os filhos do acesso a seus direitos básicos, mas sim dos reflexos da desigualdade social e da situação de desfavorecimento em que se encontram. Exemplo disto é a construção jurisprudencial encontrada no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul no sentido de que a precariedade da família representa abandono moral e material, o que justifica a destituição do poder familiar². Este tipo de atuação nas famílias pobres, através da retirada das crianças de um meio social considerado de risco – em decorrência da própria falha estatal –, demonstra uma mentalidade muito próxima àquela que embasava a Doutrina da Situação Irregular, na qual os menores objeto de tutela estatal eram aqueles que sofriam de alguma carência que deveria ter sido suprida por seus pais ou responsáveis, inclusive em relação ao respeito à moral e aos bons costumes, de modo que o Estado intervinha com o objetivo de evitar que o referido menor, afastado dos valores sociais entendidos como necessários para se tornar um bom cidadão, viesse a se tornar um delinquente (ALVAREZ, 1989). Ou seja, muito mais uma proteção da sociedade daquele perigo que a criança criada num meio “inadequado” representava caso não educada corretamente, do que uma proteção da criança em si.

Impende ressaltar ainda que somente cerca de 4.700 crianças estão aptas à adoção no Brasil, ou seja, cerca de 10% do total de crianças acolhidas (CNA, 2020). Ainda a partir dos dados disponibilizados, tem-se que os pretendentes à adoção que aceitam crianças de até doze anos de idade representam apenas 0,38% do total. A faixa etária mais buscada pelos adotantes é a de até três anos de idade, em que se concentram 18,67% dos candidatos, demonstrando uma nítida preferência por bebês. No Brasil como um todo, as crianças aptas a serem adotadas com idade de até doze anos equivalem a 6,16%, ao passo que as de até dois anos

2 “Constitui **situação de abandono** o descumprimento de encargos elementares do pátrio poder, tais como **garantir condições de higiene e proporcionar um ambiente familiar saudável**. (...) Se a **genitora vive em condições precárias e foi constatada a falta de cuidado para com a menor, é imperiosa a destituição**.” (*grifou-se*). TJRS. Sétima Câmara Cível. Apelação Cível Nº 70005561642, Relator Desembargador Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Julgado em: 14-05-2003

representam apenas 1,08%. Com relação ao sexo das crianças buscadas pelos pretendentes, necessário frisar que 27,54% somente aceitam adotar meninas, ao passo que 64,21% são indiferentes ao sexo, e 8,25% manifestaram que somente adotariam meninos (CNCA).

Dessa maneira, verifica-se a existência de uma maior intervenção estatal protetiva nas famílias pobres, nas quais a situação de risco das crianças é, em grande parte, oriunda da própria desigualdade social. Demonstra-se também a existência de uma incompatibilidade entre o perfil das crianças a serem adotadas e o perfil buscado pelos pretendentes adotantes – especialmente no tocante à idade, razão pela qual, no tópico seguinte, se abordará com maior cuidado a problemática do tempo processual, vez que este se mostra crucial para as chances de inserção da criança em família substituta.

3. COMPATIBILIZAÇÃO PROCEDIMENTAL: BUSCA PELA CELERIDADE

A Convenção Internacional de Direitos da Criança de 1989, trouxe a Doutrina da Proteção Integral como paradigma, dando a crianças e adolescentes a condição de sujeitos de direitos, como pessoas em situação peculiar de desenvolvimento (MENDEZ, 2015). A partir desta concepção que deve ser interpretado o artigo 227 da Constituição Federal de 1988, o qual determina a prioridade absoluta na proteção de direitos de crianças e adolescentes. Estes, por sua peculiaridade de se encontrarem em estágio de formação biopsicossocial, possuem todos os direitos fundamentais previstos aos adultos, além de direitos específicos pensados justamente para garantir-lhes um adequado desenvolvimento. Apesar do referido artigo 227 prever que a promoção e o respeito a tais direitos seja dever conjunto do Estado, da família e da sociedade, há um mais forte dever estatal em “incidir na realidade social, promovendo direitos, de forma a que progressivamente se altere o quadro de violação de direitos” (COSTA, 2012, p. 134).

A adoção pode ser caracterizada como um ato jurídico complexo, “que transforma, por ficção jurídica, sob total discricção, um estranho em filho do adotante, para todos os fins de direito e para sempre” (TAVARES, 2001, p. 149). Está previsto o procedimento da adoção nos artigos 39 e seguintes do Estatuto da Criança e do Adolescente, sendo colocada por esta legislação enquanto uma *medida excepcional*, a ser utilizada somente quando esgotados todos os esforços possíveis para a manutenção

da criança na sua família de origem. A primazia pela família natural pode ser criticada, sob a perspectiva de ser restritiva e limitante da possibilidade de adoção da criança, condicionada ao interesse prévio de familiares em tê-la consigo, dificultando inserção em ambiente familiar completo, com a preferência pela manutenção da guarda com parente e afastando-a de relação filial com pais adotivos (LÔBO, 2018).

A perda do poder familiar ocorre quando nenhum direito resta ao pai ou à mãe destituídos em relação ao filho, de maneira definitiva (PONTES DE MIRANDA, 1974) e por decisão judicial em procedimento específico. Tais situações são o castigo imoderado do filho, abandono, prática de atos contrários à moral e aos bons costumes, incidência reiterada nestas faltas quando já tenha sido buscada alternativa menos grave que a destituição, entrega irregular para adoção. A destituição desta autoridade parental somente pode ocorrer através de sentença judicial, e em decorrência de fato de “tal magnitude que ponha em perigo permanente a segurança e a dignidade do filho” (LÔBO, 2019, p. 308-309), quando não for possível adotar medida menos gravosa, vez que a destituição implica no corte definitivo dos laços familiares e de afetividade dos pais em relação à criança. O procedimento está previsto nos artigos 155 a 163 do Estatuto da Criança e do Adolescente, através de uma construção procedimental que busca garantir a celeridade³ – ainda que diminuindo-se as chances para o exercício do contraditório, como se verifica no artigo 158, ao fixar o prazo de contestação em dez dias, e § 4º, que determina que, estando os genitores em local incerto ou não sabido, haverá sua citação por edital no prazo de dez dias, em publicação única, e dispensado o envio de ofícios para os órgãos de praxe para sua localização (MACIEL, 2018). Há também o estabelecimento de prazos ao próprio Poder Judiciário, vez que o Estatuto determina, no artigo 163, o prazo máximo de 120 dias para a conclusão do procedimento e, em sede recursal, detém prioridade absoluta, com imediata distribuição e dispensa da atuação de Revisor, devendo ser o recurso julgado no prazo máximo de sessenta dias de sua conclusão (MACIEL, 2018).

A legitimidade passiva nesta ação é dos genitores da criança em questão, sobre isso resta nenhuma dúvida. Entretanto, há a questão da legitimidade passiva de genitor que seja ainda absolutamente incapaz, com menos de quinze anos de idade. É possível se argumentar no sentido de

3 Tendo-se em vista as futuras chances de adoção desta criança, pois há uma preferência por “*recém-nascidos, de mesma cor de pele que a família adotante e, preferencialmente, do sexo feminino, visto que mulheres são representadas como mais dócil e de fácil adaptação a novos ambientes*”. (COSTA; ROSSETTI-FERREIRA, 2007).

que, sendo o exercício do poder familiar um ato da vida civil, não pode o absolutamente incapaz praticá-lo, por exigir aptidão para o exercício da capacidade – a chamada capacidade de fato (D'ANDREA, 2011). Nesse sentido, seria inadmissível a propositura de ação de destituição do poder familiar contra menor de dezesseis anos, por não ter este sequer a capacidade de exercer o direito-dever que estaria sendo violado em relação ao filho, ainda que seja formalmente titular da autoridade parental. Porém, na jurisprudência⁴, encontra-se entendimento no sentido de que, sendo grave a situação e esgotados os recursos de auxílio à família, é cabível a perda do poder familiar em relação aos pais adolescentes entre doze e dezesseis anos de idade, e ainda que eles mesmos também sejam destinatários da proteção integral idealizada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente.

Com relação à legitimidade ativa, esta será dos legitimamente interessados, como pretensos adotantes ou tutores e outros familiares, e também do Ministério Público. Ao ente ministerial poderá ser imposto prazo para ajuizamento da ação, na forma do artigo 101, § 10, do da Lei nº. 8.069, nos casos em que, havendo determinação de acolhimento institucional e elaborado relatório multidisciplinar acerca da criança e sua rede familiar, terá o *parquet* quinze dias para ingresso da ação de destituição do poder familiar, salvo se entender necessária realização de estudos complementares ou outras providências que sejam indispensáveis a tal ajuizamento (MACIEL, 2018).

Verifica-se, deste modo, grande preocupação do legislador, ao desenhar este procedimento, em dar-lhe a maior celeridade possível, o que acaba por demandar toda uma organização da estrutura judiciária capaz de atender aos exíguos prazos previstos no Estatuto da Criança e do Ado-

4 A título exemplificativo: APELAÇÃO CÍVEL E AGRAVO RETIDO. NÃO CONHECIMENTO. DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR. CRIANÇA GERADA POR MEIO DE RELAÇÕES SEXUAIS NÃO CONSENTIDAS, ENTRE HOMEM, COM MAIS DE 49 ANOS, E ADOLESCENTE, DE 14 ANOS. VULNERABILIDADE DOS FAMILIARES DA GENITORA. ACOLHIMENTO DO BEBÊ DESDE O NASCIMENTO, SEPARANDO-O DA MÃE, TAMBÉM ACOLHIDA E QUE INICIALMENTE O REJEITOU. 1) Não comporta conhecimento o agravo retido não reiterado em sede de apelação ou de contrarrazões. Art. 523, § 1º, do CPC. 2) **Hipótese em que se justifica a destituição da genitora do poder familiar, pois, segundo os estudos técnicos elaborados pelos profissionais que vêm acompanhando a situação, a mãe não possui estrutura psíquica, nem emocional, tampouco maturidade suficiente para a maternidade. A criança é fruto de relação sexual não consentida entre a genitora, que ainda é uma adolescente, e um homem com mais de 50 anos de idade. (...) AGRAVO RETIDO NÃO CONHECIDO. APELAÇÃO DESPROVIDA.** (Apelação Cível, Nº 70051619591, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ricardo Moreira Lins Pastl, Julgado em: 28-02-2013 – *grifou-se*)

lescente. Ainda, tendo em vista que, para medida tão grave, deve se ter provas acima da dúvida razoável para um julgamento de procedência, exige-se uma robusta produção probatória no período de 120 dias previstos para duração do procedimento até a sentença, sendo assim uma demonstração de uma necessária tomada de postura do Poder Judiciário para respeitar a legislação, que lhe impõe um determinado ritmo de funcionamento diverso do ordinário. Tamanha rapidez no procedimento decorre do fato de que se trata não apenas de grave violação dos deveres parentais, e, consequentemente, dos direitos da criança, mas também por influenciar diretamente nas futuras chances de colocação da mesma em família substituta através da adoção, e para a qual a idade é um dos fatores cruciais.

4. CONCLUSÃO

Pela construção teórica apresentada, assim como pelos dados empíricos trazidos, nota-se a existência de um descompasso entre as características das crianças que se encontram disponíveis para serem adotadas, e as características buscadas pelas pessoas habilitadas à adoção. Talvez o mais marcante seja a idade, vez que a maior parte das disponíveis à adoção se encontra a partir dos doze anos – ou seja, já adolescentes –, faixa etária a partir da qual as chances de serem efetivamente adotadas são baixíssimas.

Deve-se ter em vista o perfil das famílias atingidas pelas medidas protetivas. Como se pode notar, os motivos pelos quais ocorre a intervenção são, em geral, ligados à desigualdade social, ou seja, problemas próprios da situação de pobreza em que se encontram as famílias, que estão incluídas num ciclo intergeracional de dificuldades sociais e violência, que são reproduzidas em relação às crianças. Assim, há uma ineficácia das políticas públicas universais destinadas à diminuição dos reflexos da desigualdade, obrigando ao Poder Judiciário e à rede de proteção social que haja uma ação individualizada para a proteção das crianças e adolescentes afetados.

Entra em tela o procedimento para a destituição do poder familiar, o qual é indispensável para a adoção através do cadastro nacional. Ora, havendo maiores chances de adoção de crianças mais novas, necessário que a destituição seja o mais célere possível. E com isso se preocupou o legislador ao delinear o procedimento, com reduzidos prazos e exigências de procura dos genitores/réus, bem como a imposição de prazo ao Ministério Público para o ajuizamento da ação, tão logo sejam verificados os indícios de

impossibilidade de retorno à família de origem. Assim, nota-se que, neste ponto, houve a adequada preocupação da compatibilização procedimental com o direito material a ser tutelado, prezando-se pela celeridade, a fim de fazer com que a criança fique o menor tempo possível privada de seu direito à convivência familiar e comunitária.

REFERÊNCIAS

ALVAREZ, Marcos César. A emergência do Código de Menores de 1927: Uma análise do discurso. Dissertação de Mestrado em Sociologia. USP. 1989.

CADASTRO NACIONAL DA ADOÇÃO. Conselho Nacional de Justiça. Disponível em <https://www.cnj.jus.br/cnanovo/pages/publico/index.jsf> Acesso em 28/02/2020.

CADASTRO NACIONAL DE CRIANÇAS ACOLHIDAS. Conselho Nacional de Justiça. Disponível em <https://www.cnj.jus.br/cnca/publico/> Acesso em 28/02/2020.

COSTA, Ana Paula Motta. Os adolescentes e seus direitos fundamentais: da invisibilidade à indiferença. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2012.

COSTA, Nina Rosa do Amaral; ROSSETTI-FERREIRA, Maria Clotilde. Tornar-se Pai e Mãe em um Processo de Adoção Tardia. *Psicologia: Reflexão e Crítica*, v. 20, n. 3. P. 425-434. Porto Alegre: Curso de Pós-Graduação em Psicologia da UFRGS. 2007

D'ANDREA, Giuliano. Da impossibilidade de suspensão e destituição do poder familiar de pais adolescentes absolutamente incapazes. *Revista Especial da Infância e Juventude*, n. 1, São Paulo: EDEPE, 2011.

DALLEMOLE, Deborah Soares. A efetividade da Doutrina de Proteção Integral nos procedimentos de acolhimento institucional de crianças e adolescentes em Porto Alegre/RS. Trabalho de Conclusão de Curso. Faculdade de Direito. Universidade Federal do Rio Grande do Sul. 2018.

LÔBO, Paulo. Código civil, vol. 5 – Famílias. 8ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade [coord.]. Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos. 11ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

MÉNDEZ, Emilio García. Infância, lei e democracia: uma questão de justiça. *In*: Revista Brasileira Adolescência e Conflitualidade, vol. 8. 2015.

PONTES DE MIRANDA. Francisco Cavalcanti. Tratado de direito privado, v. 9. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974.

TAVARES, José de Faria. Direito da infância e da juventude. Rio de Janeiro: Del Rey, 2001.



A TEORIA DOS ESPAÇOS DOGMÁTICOS COMO INSTRUMENTO DE LIMITAÇÃO A POSTURAS ATIVISTAS DO PODER JUDICIÁRIO¹

DOGMATIC SPACES THEORY AS AN INSTRUMENT TO LIMIT THE ACTIVIST POSTURE OF JUDICIAL POWER

ÉLBIO FERRAZ JUNIOR²
LUÍS CARLOS ROLLSING³

Resumo: O presente ensaio objetiva, a partir de um cenário de ativismo judicial, analisar um instrumento que permita aferir limites para as posturas voluntaristas das cortes brasileiras, de tal sorte que suas decisões respeitem a margem discricionária de decisão política. Para tanto, inicia-se o estudo com um resgate histórico dos principais eventos e circunstâncias que colaboram para ascensão política e institucional do Poder Judiciário, a partir do segundo pós-guerra. Num segundo momento, analisa-se os efeitos do protagonismo judicial, marcadamente em relação à tensão entre direito e política e em relação aos fenômenos da judicialização e do ativismo judicial. Por fim, busca-se, a partir da obra do alemão Robert Alexy, apresentar um instrumento capaz de delimitar o espaço de atuação legítima dos Poderes, o que permitiria a limitação a posturas voluntaristas e ativistas das cortes.

Palavras-chaves: ascensão; protagonismo; judicialização; ativismo; espaços dogmáticos

-
- 1 Artigo submetido à avaliação no VI Seminário Nacional Tutelas à Efetivação de Direitos Indisponíveis, do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito - Mestrado, da Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público - FMP/RS. Eixo Temático: “Tutelas à Efetivação de Direitos Transindividuais”.
 - 2 Mestrando em Direito pela Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público - FMP/RS. Endereço Eletrônico: elbioferrazjunior@gmail.com.
 - 3 Mestrando em Direito pela Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público - FMP/RS. Endereço Eletrônico: luiscarlosrollsing@gmail.com.

Abstract: This paper aims, based on a scenario of judicial activism, to analyze an instrument that allows to determine limits for the voluntarist positions of the Brazilian courts, in such a way that their decisions respect the discretion margin of political decision. To this goal, this paper begins with a historical review of the main events and circumstances that contribute to the political and institutional rising of the Judiciary, starting in the second post-war period. In a second step, the effects of judicial protagonism are analyzed, markedly in relation to the tension between law and politics and in relation to the phenomenon of judicialization and judicial activism. Finally, it is intended, based on the work of the German Robert Alexy, to present an instrument capable of delimiting the space of legitimate performance of the Powers, which would allow the limitation to voluntarist positions and court activists.

Keywords: rising; protagonism; judicialization; judicial activism; dogmatic spaces

1. INTRODUÇÃO

O presente ensaio busca evidenciar a necessidade de uma matriz teórica que permita demarcar limites para posturas voluntaristas do Judiciário, de tal sorte que as decisões das cortes constitucionais encontrem a justificação da sua legitimidade democrática no respeito à margem de apreciação política dos demais Poderes.

Para alcançar tal objetivo, e respeitando as limitações impostas pelo espaço proporcionado para a exploração do tema, optou-se por fazer uma abordagem a partir de três de temas distintos, mas que guardam uma relação de circularidade imanente entre si.

Portanto, num primeiro momento, a partir do marco representado pelo segundo pós-guerra, busca-se traçar um perfil histórico do caminho que levou o Poder Judiciário a adquirir um *status* de protagonista em relação aos demais Poderes, levando-o a uma ascensão política e institucional sem precedentes.

Em seguida, busca-se abordar uma das consequências ascensão institucional, vale dizer, a tensão surgida entre a democracia e os direitos fundamentais, que pode ser traduzida na relação, por vezes conflituosa, entre a atuação contramajoritária da jurisdição constitucional e as decisões dos representantes da soberania popular, que sofre influência de dois fenômenos típicos do paradigma contemporâneo: a judicialização e o ativismo judicial.

Por fim, pretende-se apresentar uma solução ao problema criado por essa tensão entre direito e política ao apresentar a Teoria dos Espaços Dogmáticos, de Robert Alexy, como instrumento capaz de delimitar o espaço de atuação legítima da jurisdição constitucional, harmonizando-a com o princípio democrático e com a separação dos Poderes, de tal forma que o judiciário possa atuar na interpretação e concretização dos direitos fundamentais catalogados na Constituição, respeitando e sendo deferente com o espaço de competência discricionária da política majoritária.

2. A ASCENSÃO POLÍTICA E INSTITUCIONAL DOS TRIBUNAIS CONSTITUCIONAIS

No início do século XX, quem ostentava um *status* de centralidade no ordenamento jurídico era a lei. A Constituição possuía o papel de mero documento político, desprovida de normatividade, tendo sua eficácia dependente e vinculada às ações do legislador e do administrador. Vigorava, portanto, um Estado Legislativo de Direito, período histórico em que se destacou o que se convencionou chamar de supremacia do parlamento (ZAGREBELSKY, 2011, p. 23).

No segundo pós-guerra, a necessidade de que as barbáries perpetradas pelo regime nazista não se repetissem ensejou uma ruptura com concepção de Direito vigente à época, que buscava a legitimidade da sua estrutura legal no mero atendimento do devido processo legislativo: naquele momento histórico, para que uma lei fosse considerada válida, bastava que tivesse sido atendido o rito procedimental de criação das leis estabelecido em uma norma hierarquicamente superior (FERRAJOLI, 2007, p. 72-73).

Aharon Barak (2012, p. 381) destaca que o modelo constitucional que se proliferou a partir do segundo pós-guerra teve como protagonista a Constituição, que passou a ocupar lugar central no ordenamento jurídico, vinculando e submetendo todas as ações do Estado à sua autoridade (supremacia), ao tempo em que foram criados Tribunais Constitucionais com a atribuição de declarar nulos, por meio do controle de constitucionalidade, as leis e atos que violassem os preceitos constitucionais, num modelo que veio a se proliferar por toda a Europa ocidental.⁴

4 Pela primeira vez, na contemporaneidade, a lei é submetida a uma situação necessária de adequação e, portanto, de subordinação a uma norma superior que vincula

Esse redesenho institucional trouxe a lume o tema subjacente à relação entre os três Poderes: a legitimidade e os limites do Judiciário na invalidação de atos dos Poderes representativos da soberania popular, notadamente quando originadas em posturas ativistas. A relação de tensão entre os Poderes da República, bem como o ativismo judicial, são objeto de estudo no próximo capítulo.

3. A TENSÃO ENTRE A DEMOCRACIA E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Ao consolidar-se como modelo, o Estado Democrático de Direito traz consigo uma controvérsia própria da sua natureza: uma contraditória relação de tensão entre democracia e direitos fundamentais (BACHOF, 1996, p. 10).

Segundo Bickel (1986, p. 16-23), essas relações de tensão entre o direito e a política têm origem numa questão bastante simples: o controle de constitucionalidade denota um esforço contramajoritário⁵ no sistema político. Quando uma corte suprema declara a nulidade um ato do Legislativo ou um ato do Executivo por serem incompatíveis com a Constituição, o Poder Judiciário acaba exercendo sua jurisdição de tal sorte que frustra a vontade majoritária.

É nesse contexto que surge a judicialização: circunstância do mundo prático do qual o judiciário não teve escolha, tratando-se de um fenômeno inerente ao próprio modelo constitucional e, nesse sentido, inerente ao próprio Estado Democrático, sendo caracterizada pelo crescente número de demandas levadas ao Poder Judiciário (TASSINARI, 2012, p. 21-22).⁶

todo o ordenamento jurídico, o que vem a representar a delimitação dos fundamentos do Estado de Direito pela sujeição completa das funções estatais ao Direito, diga-se, à vontade popular expressada na Constituição. Sem embargo, trata-se da realização do princípio do governo das leis e não do governo dos homens, que reflete uma das bases ideológicas do Estado de Direito (ZAGREBELSKY, 2011, p. 34).

5 O termo “dificuldade contramajoritária”, *the counter-majoritarian difficulty*, foi cunhado por Alexander Bickel, em sua célebre obra *The least dangerous branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*, 1986, p. 16-23. Segundo o autor sustenta, uma das dificuldades enfrentadas pelo *judicial review* é justamente essa: a atuação contramajoritária dos tribunais, ou seja, a intervenção de grupos minoritários, destituídos de representação política tradicional, nas decisões oriundas da vontade da maioria eleita.

6 Dito em outras palavras, a judicialização implica no fato de que debates importantes

De outro lado, o ativismo judicial está mais relacionado a uma atuação mais ampla, expansiva e, por vezes, intervencionista do Poder Judiciário, a partir de uma postura deliberada e consciente dos magistrados, levando-se em consideração a necessidade de concretizar o texto constitucional, numa disfunção na prestação da tutela jurisdicional, em que o judiciário subtrai parte do espaço de conformação política, notadamente, do legislador (RAMOS, 2015, p. 109).

Diante desse quadro, faz-se necessário lançar mão de um instrumento que permita identificar limites à atuação do poder judiciário, de tal forma que se tenha condições de aferir a legitimidade das suas decisões no controle de constitucionalidade, de tal sorte a não deixar que os juízes decidam influenciados pelos seus “próprios pontos de vista e predisposições pessoais” (BEATTY, 2014, p. 8).

4. A TEORIA DOS ESPAÇOS DOGMÁTICOS COMO CRITÉRIO PARA UMA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL DEMOCRÁTICA

É justamente com o intuito evidenciar as balizas que demarcam o espaço de atuação legítima de cada um dos Poderes, que Robert Alexy (2015a, p. 77 e ss.) desenvolve a teoria dos espaços dogmáticos como proposta capaz de harmonizar o diálogo interinstitucional entre os Poderes, identificando o espaço de atuação de cada um deles por meio do balizamento daquilo que seriam as margens de decisão de cada um em matéria de ponderação de princípios constitucionais, na busca de uma constitucionalização adequada, preservando o princípio democrático e a separação de poderes.

Nesse sentido, como forma de permitir uma melhor compreensão da sua teoria, Alexy (2015a, p. 77) se utiliza de uma alegoria para explicar o que ele chama de espaços estruturais: a de que a Constituição fixa ao legislador um quadro (ordenação-quadro).

De acordo com sua metáfora, a Constituição (o quadro) delimita a atuação do legislador sob três perspectivas: mandamentos, proibições e permissões. Quando proíbe algo, a Constituição está dizendo que esse

do ponto vista político, social ou moral, estão deixando de ser travados no âmbito do Poder Legislativo e Executivo, para serem levados à apreciação do Poder Judiciário. Logo, a judicialização nada mais é do que um conceito descritivo de uma realidade (inter)institucional, tratando-se de verdadeiro fato social.

algo é impossível de ser feito ponto de vista jurídico-constitucional. Por meio de normas mandamentais, ela está determinando a atuação do legislador diante de determinada circunstância. Há, ainda, normas que não determinam, nem proíbem, mas que transferem ao legislador o poder decidir, o que fará no gozo do exercício de sua margem de discricionariedade política (ALEXY, 2015a, p. 77).

Logo, o espaço de conformação política do legislador, ou seja, sua margem de escolha discricionária, encontra-se localizada interior do quadro. É o que Alexy (2015a, p. 77-79) chama de espaço estrutural⁷, que se desvela diante da “ausência de mandamentos e proibições definitivos”. Ultrapassados os limites do espaço estrutural, estar-se-ia a falar de um legítimo espaço de atuação jurisdicional.

Ainda segundo Alexy, os espaços estruturais seriam três: o espaço de determinação da finalidade, o espaço de escolha médio e o espaço de ponderação.

Quando o direito fundamental contém uma autorização de intervenção, mas não obriga que se intervenha, significa dizer que o legislador está diante de um espaço de determinação da finalidade. Nesse caso, o legislador tem liberdade para deliberar quanto à própria finalidade do direito fundamental e, até mesmo, decidir quanto à medida de sua realização (ALEXY, 2015a, p. 80).⁸

De outro lado, temos o espaço de escolha médio. Segundo Gavão Filho (2011, p. 303), fala-se, aqui, de direitos positivos, ou seja, de uma obrigação, estando o espaço de escolha médio relacionado à escolha dos meios de consecução dessa obrigação. “Quando várias medidas são igualmente idôneas para alcançar uma finalidade, o legislador pode livremente escolher o meio.”

Nesses casos, alerta Alexy (2015a, p. 80), se estará diante de um dilema sempre que, dentre vários meios idôneos disponíveis, eles “repercutem negativamente, em medida diferente, sobre outros objetivos ou

7 Os espaços estruturais correspondem, portanto, à margem de livre conformação política do legislador, estando margeados por aquilo que a Constituição determina como proibido ou necessário, correspondendo aos limites do quadro. Essa ideia encontra-se alicerçada na separação dos poderes, um dos pilares da própria democracia. O judiciário, portanto, atuará legitimamente quando legislador extrapolar sua margem de conformação, ou seja, sempre que o legislador ultrapassar os limites da ordenação-quadro.

8 Não obstante, cumpre salientar que o espaço de determinação da finalidade não é um espaço autônomo, ficando a liberdade do legislador para tal dependente princípio da proporcionalidade, ou seja, está “enlaçado com todos os espaços aos quais a estrutura do exame da proporcionalidade leva” (ALEXY, 2015a, p. 80).

princípios” ou quando se tem dúvidas se eles atendem à finalidade ou se dificultam o seu alcance. Diante de um quadro de incerteza dessa natureza, se estará diante de novo enlace de espaços, trazendo à baila o espaço de ponderação e o espaço epistêmico (ou de conhecimento).

Dessa forma, o espaço de ponderação é o ponto nevrálgico dos espaços dogmáticos. Explorando o entendimento de Gavião Filho (2011, p. 303), “o espaço da ponderação e o espaço epistêmico é que irão indicar a medida necessária e proporcional em sentido estrito, considerando a intensidade de intervenção em outros direitos fundamentais ou bens jurídicos coletivos constitucionalmente protegidos.”

Não é sem razão. Dentre as possíveis medidas igualmente idôneas de que dispõe o legislador, ele estará proibido de se valer daquelas que são as medidas mais gravosas no processo de concretização do direito. Portanto, reforça Alexy (2015a, p. 81), para que se solucione o problema da constitucionalização, deve-se, primeiro, resolver o problema da ponderação. O espaço de ponderação trata exatamente “do papel da proporcionalidade na dogmática-quadro.”

De outro giro, os espaços epistêmicos⁹ não estão preocupados com a margem de legitimação do legislador (com o interior do quadro), mas com a indeterminação daquilo que é proibido, liberado ou ordenado pela Constituição. Logo, os espaços epistêmicos estão relacionados ao grau de incerteza quanto à capacidade de cognição dos comandos constitucionais acerca do que ela proíbe, libera ou ordena. Nesse sentido, os espaços epistêmicos, a depender de onde repousa a incerteza cognitiva do conteúdo constitucional, podem ser de dois tipos: empíricos ou normativos (ALEXY, 2015a, p. 89).

Sempre que a incerteza se der em relação às premissas empíricas do caso concreto¹⁰, se falará do espaço epistêmico empírico, que autoriza ao legislador a “intervenção nos direitos fundamentais com base em premissas fáticas incertas, sustentáveis ou plausíveis.” Logo, havendo incerteza quanto às premissas empíricas, deve-se dar deferência à decisão discricionária do legislador (GAVIÃO FILHO, 2011, p. 306).

9 Segundo o próprio Alexy (2015a, p. 89) os espaços epistêmicos nascem “dos limites da capacidade de reconhecer dos limites da constituição.” O autor também utiliza o termo espaço “cognitivo” ou espaço de “conhecimento” como sinônimo de espaço epistêmico.

10 Por incerteza quanto às premissas empíricas, entende-se como aquelas circunstâncias que permitem uma intervenção legislativa no direito fundamental não somente com base em estimativas ou dados já demonstrados como verdadeiros, mas, permite também, que o legislador intervenha em direitos fundamentais sempre que tiver como base estimativas que podem ser, pelo menos, sustentáveis ou não evidentemente falsas (ALEXY, 2015a, p. 89-90).

Quando a incerteza cognitiva se dá em razão do conteúdo material da Constituição, ou seja, quando a indeterminação repousa no grau de intensidade com que é feita uma restrição a um direito fundamental, se estará diante do espaço epistêmico normativo. Havendo incerteza quanto à margem de decisão do legislador face ao que materialmente preceitua a Constituição, cabe a ele próprio determinar quais são os limites quadro, estabelecendo seu espaço discricionário de conformação política (ALEXY, 2015, p. 91).

Dessa forma, no âmbito dos espaços epistêmicos ou de conhecimento, Robert Alexy (2015b, p. 623) consegue demonstrar a existência de dois limites para a atuação jurisdicional: um quando há indeterminação quanto às premissas empíricas e outro quando há indeterminação quanto às premissas normativas.

Em qualquer dos casos, o Judiciário estará compelido a ser deferente ao princípio democrático, abstendo-se de invadir o espaço de conformação política do legislador. Vale dizer, há uma vedação constitucional que impede a atuação do judiciário sempre que houver dúvidas sobre a inconstitucionalidade da atuação do legislador.

5. CONCLUSÃO

Da presente pesquisa pode-se verificar que o período pós-guerra deixou cicatrizes profundas em todo o mundo ocidental, dando ensejo a um novo desenho institucional que afetou todas as esferas da atuação humana.

O novo paradigma de Estado adotado, a partir de então, alicerçou-se em dois pontos principais: na supremacia da constituição e na proteção dos direitos humanos. Corolário desses pilares, o Judiciário foi cada vez mais alçado a uma posição de protagonismo no cenário político dos Estados Democráticos de Direito, notadamente, fruto de sua atuação no controle de constitucionalidade, que permitiu que os tribunais constitucionais anulassem atos dos Poderes Legislativo e Executivo, típicos representantes da soberania popular.

Constatou-se, ainda, que, com esse protagonismo, fruto da conjuntura sócio-política da contemporaneidade e do fenômeno da judicialização, diversas críticas e questionamentos passaram e ser formulados acerca da legitimidade da jurisdição constitucional, marcadamente, diante de posturas ativistas que, por vezes, tendem a extrapolar os limites constitucionais, porquanto invadem o espaço de conformação política do legislador.

Com vistas a dar uma resposta às críticas e aos questionamentos, a Teoria dos Espaços Dogmáticos, de Robert Alexy, se apresenta como instrumento capaz identificar e permitir o controle das decisões da justiça constitucional, uma vez que, por meio dela, verificou-se a existência de limites, estruturais e epistêmicos, para o exercício da jurisdição constitucional, de tal sorte faz-se imperioso que tais contornos sejam respeitados sob pena de comprometimento do Estado Democrático, devendo-se buscar a distinção entre a representação política e a argumentativa, não devendo uma se imiscuir na outra.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Constitucionalismo discursivo. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015a.

ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015b.

BACHOF, Otto. Estado de direito e poder político. Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, v. LVI, Coimbra: Coimbra Ed., 1996.

BARAK, Aharon. Proportionality. Constitutional Rights and their limitations. Translated by Doron Kalir. New York: Cambridge University Press, 2012.

BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. Revista Brasileira de Políticas Públicas, Brasília, v. 5, Número Especial, 2015, p. 23-50.

BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. Revista da Faculdade de Direito - UERJ. Rio de Janeiro, v. 2, n. 21, jan./jun. 2012.

BEATTY, David M. A Essência do Estado de Direito. Tradução de Ana Aguiar Cotrim. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

BICKEL, Alexander. The least dangerous branch: The Supreme Court at the Bar of Politics. 2. ed. New Haven: Yale University Press, 1986.

ELY, John Hart. *Democracy and distrust. A theory of judicial review*. Cambridge: Harvard University Press, 1980.

RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

FERRAJOLI, Luigi. *Sobre los derechos fundamentales*. Tradução de Miguel Carbonell. In: CARBONELL, Miguel (Org.). *Teoría del neoconstitucionalismo: ensayos escogidos*. Madrid: Trotta, 2007.

GAVIÃO FILHO, Anizio Pires. *Colisão de direitos fundamentais, argumentação e ponderação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

HART, H. L. A. *The concept of law*. 2. ed. New York: Oxford University Press, 1994.

MELLO, Cláudio Ari. *Democracia constitucional e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

MILL, John Stuart. *On Liberty*. New York: Cosimo Classics, 2009.

SIECKMANN, Jan-R. *La teoría del derecho de Robert Alexy. Análisis y crítica*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2014.

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso*. 6ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017.

TASSINARI, Clarissa. *Ativismo judicial: uma análise da atuação do Judiciário nas experiências brasileira e norte-americana*. Dissertação (Mestrado) - Universidade do Vale do Rio dos Sinos - Unisinos. Programa de Pós-Graduação em Direito, São Leopoldo, RS, 2012.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*. Traducción de Marina Gascón. Madrid: Editorial Trotta, 2011.



DESAFIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NA SOCIEDADE DE RISCOS

CHALLENGES OF PUBLIC ADMINISTRATION IN THE RISK SOCIETY

ROGERIO GESTA LEAL¹

1. NOTAS INTRODUTÓRIAS

A Sociedade na qual opera o Direito Administrativo contemporâneo não é linear ou capaz de ser enquadrada em esquemas lógicos tradicionais de comportamentos (ativos, omissivos, reativos), individuais ou sociais; sequer pode ser engessada em molduras normativas estáticas. Aliás, grande parte das tradicionais molduras normativas que vigem no âmbito da Administração Pública, em muitas circunstâncias, não dão conta dos níveis de complexidade e sofisticação impostos por relações institucionais e intersubjetivas de alto risco e periculosidade como as que vivemos.

Quando os déficits regulatórios destas molduras normativas se ampliam demasiadamente, é o sistema jurídico – enquanto estrutura conformativa da identidade social – que se vê atingido progressivamente, gerando quebra de expectativas comportamentais e, por declinação, abala paradigmas constituídos de organização e funcionamento da Sociedade, dentre as quais: da segurança jurídica de atos, fatos, negócios e relações as mais diversas; a questão da estabilidade destas relações e situações no tempo e espaço, ambos estes fenômenos desencadeando *quebra de confiança* das pessoas (físicas e jurídicas) em suas instituições, normas jurídicas, acordos entabulados e, por fim, no Estado Democrático de Direito e mesmo na Democracia.

Estes cenários de incertezas vão operando mutações, de igual importância, tanto nos espaços públicos como privados, os quais, para po-

1 Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Doutor em Direito. Professor Titular da UNISC e da FMP.

derem cumprir com suas funções anunciadas, tem que encontrar formas e fórmulas adequadas aos riscos e perigos anteriormente referidos (em grande parte inéditos) e que se avolumam, ainda sendo premidos por novas temporalidades e espacialidades decorrentes – em especial relacionados ao problema do tempo da decisão política na Democracia.

O tempo da tomada de decisão (legislativa, judicial ou de políticas públicas), tem sido marcado hodiernamente por situações de cada vez mais urgência e periculosidade (sociais e individuais), as quais tem periclitado algumas funcionalidades (notadamente de segurança) prometidas pelos sistemas normativos modernos, fazendo com que as Democracias Representativas reequacionem suas ações institucionais entre a (hiper)velocidade das demandas em face das respostas, eis que vão surgindo cada vez mais problemas que reclamam medidas/decisões públicas que não podem aguardar o ritmo mais lento das burocracias/processos/procedimentos tradicionais do Estado de Direito, impondo-se soluções (parciais ou totais) imediatas e urgentes.

Tudo isto altera significativamente os desafios da Administração Pública, pois lhe obriga a pensar e agir sintonizada com os inéditos vetores acima referidos, o que por sua vez também atinge a revisão necessária dos seus controles (historicamente lentos, curativos e *pos factum*).

O presente trabalho pretende justamente refletir sobre as condições e possibilidades da Administração Pública na Sociedade de Riscos e Perigos em que nos encontramos, e quais os controles que devem se instituir e operar para garantir, a máxima potência, sua legitimidade democrática.

2. QUAL ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA PARA QUAL SOCIEDADE?

O tempo da política e da decisão pública hoje é cada vez mais divergente, principalmente porque colapsado em face do tempo das demandas individuais e coletivas e suas urgências. Resulta daí ambientes intersubjetivos de decepção social que rapidamente – se não enfrentado com eficiência (que inclusive pode ser ilusória) – geram manifestações explosivas de protesto (como a recente greve de caminhoneiros no Brasil), reações massivas e de mídia a favor de aumento do punitivismo e criminalização de ações políticas; hiperativismos institucionais de questionável legitimidade democrática (edição de Medidas Provisórias, Decretos-Leis, decisões judiciais supressivas da política representativa (aborto, greve do setor público).

Estes movimentos geram processos de desencantamento da política, ou indiferença do político, abrindo espaços de vazios de poder que assim não se mantêm por muito tempo, porque ocupados, não raro, por protagonistas de plantão com baixíssima representatividade comunitária.²

Tal a sociedade hipermoderna de que nos fala Gilles Lipovetsky³, que se caracteriza pela multiplicação e pela alta incidência da experiência frustrante, tanto no âmbito público como no privado, sendo que a extensão dos domínios desta decepção acompanha padrões estatísticos relacionados ao ânimo moral dos indivíduos, desacreditando as resistências cívicas da cidadania.

Algumas decorrências sinérgicas destes elementos têm sido recorrentes, a saber: (i) formatação de instituições públicas atingidas por crises de identidade sobre suas funções verdadeiras; crises de eficiência (não conseguem dar respostas sociais substantivas em tempo adequado); crises de legitimidade em face do esvaziamento ou desvirtuamento das razões de justificação e fundamentação das suas ações/reações/omissões. (ii) formatação de Mercados desacoplados estrutural e funcionalmente dos direitos e garantias fundamentais e da ordem constitucional (que é cambiante), insulados em seus objetivos corporativos, agudizando ainda mais as rupturas entre o crescimento econômico e o desenvolvimento social. (iii) formatação de uma Sociedade desencantada pela perda da confiança nas suas instituições, erigindo-se como Comunidade do Distanciamento, na qual a indiferença e a ausência da cidadania no espaço público permitem que outros o assaltem e o capturem- inclusive ilícitamente.⁴

Isto tudo eleve os níveis de insegurança social, política e econômica das relações cotidianas, afetando a todos indiscriminadamente, em especial a Administração Pública que se vê afetada diretamente pelas tensões e comportamentos daí decorrentes. Destas inseguranças podem surgir os medos, como nos lembra Robert Castel e Zygmunt Baumann.⁵ Mas que medos são estes? São os mais assustadores que há, pois difusos, dispersos, indistintos, sem endereços nem motivos claros, revelando nossas incertezas fundadas em estados de ignorância das ameaças (riscos e

2 ROSANVALLON, Pierre. *Le contre-démocratie: la politique à l'âge de la défiance*. Paris: Le Seuil, 2006.

3 LIPOVETSKY, Gilles. *La Societé de Déception*. Paris: Textuel, 2006.

4 Ver o texto de LYNCH, Christian. *A democracia como problema. Pierre Rosanvallon e a Escola Francesa do Político*. In: ROSANVALLON, Pierre. *Por uma história do político*. São Paulo: Alameda, 2010.

5 CASTEL, Robert. *La Inseguridad Social*. Buenos Aires: Manantial, 2012. No mesmo sentido BAUMANN, Zygmunt. *Medo Líquido*. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

perigos) que nos rodeiam de maneira explícita e implícita, suas causas e consequências e o que devemos fazer para evitar tais cenários e mesmo responsabilizar alguém por tudo isto.

As matérias mais recorrentes que constituem nossos medos enquanto membros desta Sociedade de Riscos constituem-se das surpresas provocadas por calamidades naturais e políticas, pelas catástrofes das disputas de mercado com suas declinações ambientais, sociais, violando direitos difusos e coletivos; mas constituem estes medos a paralisia, a fuga, a autoproteção à sobrevivência individual, mesmo a indiferença que gera inexorável perda das dimensões públicas destes problemas e fenômenos.

É preciso reconhecer que, ao lado de medos individuais provocados por estes tempos hipermodernos, relacionados muito mais com a esfera privada do que a pública das pessoas (que não necessariamente se comunicam com questões de ordem social), há medos que podemos denominar de ubíquos, pois perpassam várias dimensões e âmbitos intersubjetivos e interinstitucionais, refletindo-se – mais ou menos – na Administração Pública que, em tese, deve se ocupar de todos ao mesmo tempo.⁶

É preciso aclarar, todavia, que riscos e perigos não podem ser tomados como patologias passíveis de serem extirpadas do mundo da vida, eis que elementos constitutivos dos modelos políticos, econômicos e culturais hegemônicos nos quais estamos inseridos, que persistirão a despeito dos esforços que façamos para controlá-los e reduzir os danos que possam provocar (e provocam), simplesmente porque decorrem de fenômenos que ultrapassam nossa capacidade de evitação, dadas suas múltiplas naturezas, nexos causais e consequências, daí porque a advertência de Lefort ganha força, no sentido de que não há um porto seguro de chegada à Democracia – momento paradisíaco no qual estaremos todos salvos para a vida eterna; ao contrário, ela reclama luta constante de aprimoramento e regeneração combativa dos maus gestores públicos, regerando-se a cada passo histórico molecular, o que provoca sinergias positivas em todos e para todos os protagonistas envolvidos.⁷

A ciência jurídica moderna e seus sistemas normativos – inclusive o administrativo – nos prometeram segurança, previsibilidade, certeza

6 Estamos falando, por exemplo, dos interesses públicos culturais, históricos, estéticos, paisagísticos, maltratados reiteradamente por comportamentos do Mercado e mesmo individuais de pessoas (físicas e jurídicas) que pouca atenção dá a eles.

7 LEFORT, Claude. *Essai sur la politique*. Paris: Seuil, 1986. Do mesmo autor ver também LEFORT, Claude. *Pensando o Político: ensaios sobre democracia, revolução e liberdade*. São Paulo: Paz e Terra, 2004.

e estabilidade dos atos, fatos e negócios jurídicos, como se fossem experiências estáticas da realidade social, passíveis de serem engessados em fórmulas mágicas de contenção de suas variáveis mutacionais – veja-se o tempo que levou até o Direito Administrativo admitir as chamadas áleas econômicas como causas de revisão contratual em face do equilíbrio econômico-financeiro do negócio entabulado.⁸

O que se tentou com tais iniciativas e promessas foi, ao fim e ao cabo, reduzir as complexidades dos ambientes e relações (intersubjetivas e interinstitucionais), tomados como exceção ao nosso cotidiano, como se eles obedecessem a comandos normativos vinculantes sem qualquer restrição.

Se aquelas promessas da modernidade em algum momento do passado se efetivaram, hoje elas se revelam claudicantes, movediças, eis que defrontadas com contextos (de conflitos, violência, ruptura da ordem estabelecida) cuja lógica que os anima não é linear, previsível, mas, em algumas oportunidades, inédita, corrosiva de tradições e crenças incorporadas em nossa história e horizonte, com as quais temos pautado nossas vidas, ações e omissões, bem como das estruturas normativas regulatórias consecutórias.

A velocidade e impacto destes novos cenários contaminam esferas públicas e privadas das relações humanas e institucionais, porque não permitem a operacionalização lenta das respostas normativas tradicionais da Democracia Representativa Contemporânea (processo legislativo, processo judicial, processo administrativo), reclamando, por vezes, medidas urgentes, extremas.

Esta é uma questão central no que estamos discutindo; a estrutura matricial do sistema jurídico ocidental moderno foi forjado – e opera até hoje assim – a partir da lógica da linearidade procedimental de atos compartimentalizados em estruturas organizacionais/fundacionais (constitucionais e infraconstitucionais) demasiadamente hierarquizadas, estática e verticalmente, gerando hábitos e tradições institucionais e pessoais pouco flexíveis a adaptações contingenciais e de emergência.

O Estado Administrador Moderno acreditou que seria capaz de cumprir com suas promessas antes referidas, não tendo acreditado que em algum momento poderia se deparar com a concreção do impossível, daquilo que jamais imaginara poder ocorrer. Ganha força aqui a advertência

8 Isto, aliás, no Brasil, se dá por força do artigo 37, XXI, da Constituição Federal de 1988, que exige, nos processos de licitação para obras, serviços, compras e alienações, sejam mantidas as condições efetivas da proposta. Mesmo os conceitos de caso fortuito e força maior – albergados artigo 78, XVII, combinado com artigo 79, I, da Lei nº 8.666/93.

de Baumann, no sentido de que é preciso acreditar que o impossível é possível; que a possibilidade sempre espreita, inquieta, debaixo da carapaça protetora da impossibilidade, esperando o momento de irromper.⁹

Nestes ambientes de incertezas e inseguranças, é o **medo**, enquanto impotência (de ação e reação eficaz) diante do incalculável, do incontrolável, do impossível que se transmuta em ocorrência no mundo da vida, que se vê em expansão violenta, aterrorizando indivíduos e coletividades, fazendo com que eles todos percam os já parcos vínculos de **confiança** que detêm com suas instituições representativas e democráticas. E como refere Castel, é a obsessão com a segurança – enquanto antídoto para o medo e à desconfiança –, assim como a intolerância com qualquer brecha no seu fornecimento, que se torna fonte prolífica e auto-renovável de ansiedades e frustrações, que se dirigem, direta ou indiretamente, contra a Administração Pública.¹⁰

3. POR UMA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DO RISCO E DO PERIGO

Estando, pois, a Administração Pública, modo geral, afetada pelos fatores acima referenciados, temos de nos perguntar qual deve ser sua postura diante disto, para o que vislumbramos, no mínimo, duas posturas teóricas e pragmáticas: (i) nas situações de riscos e perigos decorrentes de inéditos e imprevisíveis nexos causais fundantes, deve adequar suas ações e reações, preventivas e curativas, aos níveis e tempos da urgência/emergência das demandas que surgem¹¹, sempre radicalizando a exposição pública/transparência das razões de justificação e fundamentação de suas escolhas e decisões; (ii) nas situações de riscos e perigos recorrentes e, ou, decorrentes de nexos-causais fundantes previsíveis em qualquer nível, a Administração

9 BAUMANN, Zygmunt. *Medo Líquido*. Op.cit., p.24. Em outras palavras, a impossibilidade se revela como déficit cognitivo e compreensivo da possibilidade em ambientes/contextos de riscos e perigos os mais variados.

10 CASTEL, Robert. *La Inseguridad Social*. Op. Cit., p.39. Alerta ainda o autor que vivemos em um tempo construído sobre a areia movediça da contingência, não sendo o medo aqui o maior problema, mas no que ele pode se transformar, eis que é a própria vida comunitária que se transforma quando as pessoas vivem atrás de muros, contratam guardas, dirigem veículos blindados, andam armadas, fomentando a constituição do que podemos chamar de *Estado da Segurança Pessoal*.

11 Podemos pensar aqui desde questões relacionadas com desastres naturais, doenças desconhecidas, caso fortuito e força maior.

Pública tem de operar de forma mais eficiente com ações e políticas de evitação, pois já conhecedora dos impactos trágicos que elas representam.¹²

Temos de ter presente que muitas das ações contra os interesses da Administração Pública, sejam elas praticadas pelo Mercado ou mesmo por agentes privados e públicos, se dão a partir de comportamentos pré-ordenados e dolosos, com o intento firme de lesar o patrimônio de todos; e são recorrentes nisto, compondo redes de tráfico ilícito de influência, corrupção passiva e ativa, peculato, prevaricação, e tantas outras iniciativas criminosas e ímprobos que a criatividade do mal pode construir.

Estas pessoas – físicas e jurídicas – que violam iterativamente a *res publica* constituem-se em verdadeiros inimigos da Sociedade e do Estado, pois, para além da afetação predatória dos bens jurídicos públicos indisponíveis, tais comportamentos defraudam as expectativas normativas instituídas pelo sistema jurídico como um todo, e que a todos vincula. Por conta disto, há rupturas na confiabilidade deste sistema e de suas instituições representativas, gerando ações e reações de violência, simbólica e física, para com a ordem estabelecida, em detrimento da segurança pública, da estabilidade das relações, da observância dos direitos e garantias fundamentais.

Portanto, para nós, as funções do Direito Administrativo nesta Sociedade de Riscos e Perigos são: (i) também a de orientar/garantir, de maneira efetiva, que os comportamentos dos sujeitos de direito não violem o sistema jurídico vigente e que respondam por eventuais violações que ocorrerem; (ii) buscar ampliar/garantir que as normas deste sistema tenham máxima efetividade fatural; (iii) fomentar a constituição permanente de adequada consolidação cognitiva destas normas por parte da Comunidade; (iv) olvidar esforços para que as medidas preventivas/evitação, e de responsabilização, dos comportamentos predadores/desviantes do interesse público também tenham como escopo a ratificação contrafatural da norma.

Mas o que vem a ser esta efetiva validade contrafatural da norma e porque o Direito Administrativo deve se ocupar dela?

Partilhando de algumas reflexões da Teoria dos Sistemas, entendemos que não é suficiente que os sistemas jurídicos e as normas sejam *considerados* tão somente pela generalidade dos membros da Comunidade, mas devem ser *respeitados de fato* e no dia a dia das vidas das pessoas, condição necessária à vigência real dos plexos normativos vinculantes.¹³

12 Estamos falando, por exemplo, daquelas situações em que riscos e perigos são provocados por protagonistas e em situações já conhecidas, como fraudes a licitações e contratos públicos, corrupção, crimes contra a administração pública.

13 Vide as obras de: LUHMANN, Niklas. *La Ciencia de la Sociedad*. Barcelona: An-

Para que isto se dê, é necessária adequada consolidação cognitiva do que a norma administrativa (e todas as demais) significam enquanto veículos de comunicação vinculantes; ou seja, é preciso que haja processos cognitivos e compreensivos por parte dos cidadãos os quais resultem obediência fática, pois, sem este grau de consolidação cognitiva a concretização e funcionalidade destas normas e políticas públicas entram em erosão significativa, convertendo-se em promessas vazias de configuração social identitária insuscetível de ser vivida.

A existência dos ordenamentos administrativos tem, pois, dupla função: fornecer orientação fruível não só aos membros da Comunidade, potenciais vítimas de violações da segurança e expectativas referidas, mas também aos detratores dos interesses e patrimônios públicos, porque em tese respeitarão mais aquelas normas que desde sempre indicam severas punições e constrictões pelos malefícios causados. Por conta disto, precisamos contar com dois tipos distintos de ordenamentos administrativos: (i) o Direito Administrativo da Ordinarietàade, para as relações e comportamentos que se pautam por níveis racionais de conformidade ou inconformidade normativa; (ii) o Direito Administrativo do Risco, que se dirige as relações e comportamentos marcados pela defraudação permanente dos interesses públicos, intermitentemente.

É com base nestes fundamentos que queremos avaliar, a partir de agora, quais os desafios que se apresentam ao controle da Administração Pública, e o faremos partindo de outra premissa que é a de sustentar que toda e qualquer ação ou omissão do Estado em termos de gestão pública, regulada por norma cogente, é passível de controle formativo, executivo e finalístico, sempre, razão pela qual devem ser transparentes, visíveis a todos, oportunizando o exercício da aferição da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, eficiência, legitimidade e economicidade – art. 37 e 70, *caput*, da CF/88 – dos comportamentos públicos. Por tal perspectiva, não há que se falar em necessária consolidação de afronta a direito subjetivo como condição do controle das ações públicas, mas o simples risco ou perigo de que isto ocorra já o autoriza e reclama.¹⁴

thropos, 1996; LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito*. I e II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983; LUHMANN, Niklas. *Teoría Política en Estado de Bienestar*. Madrid: Alianza Editorial, 1993; LUHMANN, Niklas. *Observaciones de la Modernidad*. Barcelona: Paidós, 1997; LUHMANN, Niklas. *Sociedad y sistema: la ambición de la teoría*. Barcelona: Paidós, 1995; LUHMANN, Niklas. *Sociología del Riesgo*. Guadalajara: Universidad de Guadalajara, 1992.

14 Veja-se que, inclusive na esfera judicial, temos mecanismos de controle prévio, em sede de cautelares específicas e inominadas, antecipações de tutela, concessões de li-

Mas como poderíamos pensar as formas operacionais deste controle? É o que passamos a enfrentar.

4. POSSIBILIDADES DO CONTROLE INTERNO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NO BRASIL

Ao longo do tempo tem-se sustentado que, no cumprimento de suas tarefas constitucionais, pertinentes à concretização dos objetivos, finalidades e princípios demarcados à Sociedade, os poderes públicos praticam atos que podem ser distinguidos em políticos (ou de governo) e administrativos propriamente ditos (que tem a ver com as funções administrativas de gestão operacional das competências normativas específicas, em regra estabelecidas de forma discriminada pela norma jurídica infraconstitucional)¹⁵.

Em especial o Poder Executivo, como responsável maior pela concretização cotidiana de políticas públicas, vem desempenhando atividades de gestão político-governamental contando, para tanto, com certas (por vezes amplas) margens de discricção, haurida dos permissivos constitucionais e infraconstitucionais. A lógica que anima esta competência discricionária está sustentada pelo pressuposto de que se afigura como de difícil viabilização a hipótese de o legislador conseguir prever todas as situações de decisões político-administrativas necessárias à gestão dos interesses públicos hodiernos, a ponto de eliminar qualquer possibilidade/necessidade de ações urgentes e específicas para demandas inusitadas.¹⁶

É equivocado dizer, todavia, que as nominadas ações políticas – muitas delas fundadas por critérios de conveniência e oportunidade –, de um lado, apresentam dificuldades de serem controladas¹⁷; de outro,

minares as mais diversas, no seio da própria ação popular ou ação civil pública, etc. Neste sentido ver a obra de CORREIA, Fernando Alves. *Alguns conceitos de Direito Administrativo*. Coimbra: Almedina, 1999, p.82 e seguintes.

- 15 Conforme CAUPERS, João. *Direito Administrativo*. Coimbra: Almedina, 1998, p.39.
- 16 Por outro lado, a morosidade e eventual letargia do processo legislativo poderia implicar certa acefalia administrativa em face de situações imprevisíveis, que exigem a tomada de decisões ágeis e eficazes, como referimos acima. Neste sentido ver o texto de PETERS, Giordanno. *La Pubblica Amministrazione*. Bologna: Daltricc, 1999.
- 17 CRETELLA JR. José, no texto *Ato Político*, publicado na Revista de Informação Legislativa, nº95/73. Brasília: Congresso Nacional, 1973, p.87, sustenta que *ato de governo ou ato político é toda a manifestação de vontade do poder público que, por sua*

reclamam maior controle do que as ações administrativas (porque já monitoradas por rígidas e detalhadas disposições jurídicas), pois ambas precisam se dar vinculadas ao sistema jurídico e, por tais razões, se sujeitam a todos os tipos de controle.

Insistimos no fato de que, com a nova ordem constitucional brasileira de 1988, não é necessário que exista a lesão consumada, basta apenas se vislumbrar a ameaça de riscos e perigos para que se desenvolvam políticas de evitação a ameaças que possam não só impactar direitos individuais, difusos e coletivos, mas também criar situações de difícil reparação e retrocesso social.

É de se ver que o poder-dever que reina na atividade pública, principalmente nestes novos cenários de incertezas e instabilidades provocadas, reclama que a Administração paute e mobilize metas, agendas e prazos para obter a consecução dos seus fins (de promoção e efetivação de direitos, e de evitação de suas defraudações), em prol dos quais lhe é dada competências.¹⁸

Quando ocorrem desvios ou inobservância dos preceitos jurídicos que deveriam nortear o Poder Público, ou até mesmo quando suas decisões não respeitam a razoabilidade e a proporcionalidade atinente à espécie, o dever de autocontrole e controle externo deve estar apto a garantir a inviolabilidade dos direitos e garantias acima elencados.¹⁹

A partir da Constituição brasileira de 1988, o sistema jurídico local passa a contar com ordenação normativa que informa a existência de modalidade interna de controle dos poderes estatais, consoante as disposições do art. 70, e seguintes, do Texto Político, em especial o art. 74. Esse comando constitucional deixa muito claro, preliminarmente, que: (a) o controle interno não é faculdade oportunizada aos poderes estatais, mas imposição cogente e inafastável, que inclusive atinge as autarquias, fundações e empresas estatais, dada a ampla abertura do texto referido; (b) o controle interno se estende a todos os poderes públicos (Executivo, Legislativo e Judiciário).

Por tais fundamentos, é razoável que tenhamos expectativas no sentido de que o controle interno deva procurar estabelecer planos de organização e conjunto de métodos e medidas voltadas para salvaguardar os recursos públicos, verificar a exatidão e veracidade das informações

condição toda especial, escapa à revisão do Poder Judiciário, constituindo este tipo

18 FERREIRA, Sergio D' Andréa. *O Controle da Administração Pública pelo Judiciário*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p.377.

19 Abordamos este tema em nosso livro LEAL, Rogério Gesta. *Perspectivas Hermenêuticas dos Direitos Humanos e Fundamentais no Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

que possui, promover a eficiência nas operações, fomentar a observância da política prescrita e alcançar o cumprimento das metas e objetivos programados pela gestão pública, por óbvio que levando em conta a natureza privilegiada dos interesses que lhe são afetos.²⁰

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

As obrigações que se impuseram ao Estado Democrático de Direito contemporâneo brasileiro são tantas e tão complexas que isto tem sobrecarregado as Administrações Públicas com demandas prestacionais cada vez maiores e, para atendê-las (quanto possível), os poderes públicos necessitam constituir programas de ação (políticas públicas) coordenadas por prévias diretrizes e prioridades.

Estas relações de governabilidade, todavia, são tensas e sempre marcadas por disputas de hegemonia de grupos e interesses nem sempre públicos, legítimos e lícitos, notadamente num modelo de Presidencialismo de Coalizão como o brasileiro em que, como adverte Robert Gay, as relações clientelísticas em geral sempre foram marcadas pela (in)capacidade dos gestores, maior ou menor, de resolver os conflitos dentro da sociedade onde os recursos são escassos, alocando os benefícios de forma a gerar um mínimo de aceitação entre os participantes.²¹

Agrega-se a isto o fato de que o Estado e a Sociedade brasileira se encontram em situação de ter que decidirem cotidianamente questões difíceis (Sociedade de Riscos) sob o plano ético, técnico, institucional e político,

20 Ver o texto de VIDAL, Heloisa Garcia Pinto. *Controle interno: um enfoque metodológico na gestão pública*. In Revista do Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul, vol.24. Porto Alegre: TCE, 1996, p.122. Ainda podemos referir que este sistema de controle interno deve se ocupar do planejamento geral da organização e todas as medidas e métodos que, de uma maneira coordenada, adotam-se no interior das organizações para oferecer segurança aos seus ativos, exercer controle sobre a exatidão e confiabilidade das informações de natureza contábeis, estimular a eficácia operacional e motivar a adesão às políticas de direção que são estabelecidas. Para dar conta disto, os poderes públicos precisam instituir estrutura organizacional adequada, com normas internas que definam responsabilidades pelas tarefas, rotinas de trabalho e procedimentos para revisão, aprovação e registro das operações.

21 GAY, Robert. *Rethinking Clientelism: demands, discourses and practices in contemporary Brazil*. In Revista Europea de Estudios Latinoamericanos y del Caribe / European Review Of Latin American And Caribbean Studies, (65), 7-24. DOI:10.2307/25675795.

inclusive envolvendo temas até a pouco tempo não abordados, como os relacionados à biotecnologia, manipulação genética, nanotecnologias, os casos de degradação ambiental, eutanásia, produção e consumo de transgênicos, etc. O próprio sistema político, em face destes elementos, passa por crises de identidade e eficácia significativos, pois tem de gerar níveis de conflitos muito diversos (econômicos, morais, religiosos, dentre outros), para os quais não possui respostas imediatas ou prontas, ou que sequer possam ser gestadas a partir da lógica de posições bipolares de esquerda e direita.

Daí porque sustentarmos que o controle interno deve atuar para além da formatação e execução de políticas públicas, também na avaliação de resultados da gestão pública, principalmente no que tange à eficácia e eficiência da gestão financeira, orçamentária e patrimonial do interesse público, assim como na verificação da eficácia e eficiência da aplicação de recursos por entidades de direito privado, quando aqueles decorrem de convênios ou outras avenças com entes públicos, haja vista o contingente significativo de improbidades administrativas, crimes contra a Administração Pública e outras irregularidades que são cometidas neste campo.²²

REFERÊNCIAS

BAUMANN, Zygmunt. *Medo Líquido*. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

CASTEL, Robert. *La Inseguridad Social*. Buenos Aires: Manantial, 2012.

CAUPERS, João. *Direito Administrativo*. Coimbra: Almedina, 1998.

22 Ver o interessante relato que Matteson Ellis faz no artigo *A Anatomia da Corrupção nos Contratos Públicos*, publicado no Blog <http://fcpamericas.com/portuguese/anatomia-da-corrupcao-nos-contratos-publicos/#>, acesso em 18/10/2017, mostrando como tem sido fácil fraudar o interesse público: (a) as vezes, as autoridades adjudicantes exigem que os licitantes contratem “consultores” como uma maneira de canalizar o dinheiro de volta para as autoridades. Essa foi a base de uma ação da Baker Hughes e várias ações da Siemens; (b) as vezes, as empresas vão disfarçar pagamentos diretos às autoridades adjudicantes como algo diferente. No caso da Johnson & Johnson, a empresa canalizou dinheiro para entidades adjudicantes em hospitais estatais por meio de agentes de vendas para atribuir “contratos públicos” a médicos, supostamente para realizar treinamentos para a empresa que nunca realmente aconteceram; (c) as vezes, as empresas contratam “especialistas” que, com ou sem o conhecimento da empresa, trabalharam anteriormente para a própria agência adjudicante.

CORREIA, Fernando Alves. *Alguns conceitos de Direito Administrativo*. Coimbra: Almedina, 1999.

CRETELLA JR. José. *Ato Político*. In Revista de Informação Legislativa, nº 95/73. Brasília: Congresso Nacional, 1973.

FERRAZ, Sérgio. *Controle da Administração Pública na Constituição de 1988*. In Revista Trimestral de Direito Público, Vol. 04. São Paulo: Malheiros, 1993.

FERREIRA, Sergio D' Andréa. *O Controle da Administração Pública pelo Judiciário*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

GAY, Robert. *Rethinking Clientelism: Demands, Discourses and Practices in Contemporary Brazil*. In Revista Europea de Estudios Latinoamericanos y del Caribe / European Review Of Latin American And Caribbean Studies, (65), 7-24. DOI:10.2307/25675795.

<http://fcpamericas.com/portuguese/anatomia-da-corrupcao-nos-contratos-publicos/#>, acesso em 18/10/2017.

<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ATO+JURIDICO+PERFEITO%29&base=baseRepercussao&url=http://tinyurl.com/y7oba7hf>, acesso em 23/10/2018.

LEAL, Rogério Gesta. *Perspectivas Hermenêuticas dos Direitos Humanos e Fundamentais no Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

LEFORT, Claude. *Essai sur la politique*. Paris: Seuil, 1986.

----. *Pensando o Político: ensaios sobre democracia, revolução e liberdade*. São Paulo: Paz e Terra, 2004.

LIPOVETSKY, Gilles. *La Societè de Déception*. Paris: Textuel, 2006.

LUHMANN, Niklas. *La Ciencia de la Sociedad*. Barcelona: Anthropos, 1996.

----. *Sociedad y sistema: la ambición de la teoria*. Barcelona: Paidós, 1995.

----. *Sociología del Riesgo*. Guadalajara: Universidad de Guadalajara, 1992.

----. *Sociologia do Direito*. I e II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

----. *Teoría Política en Estado de Bienestar*. Madrid: Alianza Editorial, 1993;

----. *Observaciones de la Modernidad*. Barcelona: Paidós, 1997.

LYNCH, Christian. *A democracia como problema. Pierre Rosanvallon e a Escola Francesa do Político*. In: ROSANVALLON, Pierre. *Por uma história do político*. São Paulo: Alameda, 2010.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Ato Administrativo e Direito dos Administrados*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

PETERS, Giordanno. *La Pubblica Amministrazione*. Bologna: Daltricce, 1999.

PUTNAM, Robert D. *Bowling Alone. The Collapse and — Revival of American Community*. New York: Simon Schuster, 2000.

ROSANVALLON, Pierre. *Le contre-démocratie: la politique à l'âge de la défiance*. Paris: Le Seuil, 2006.

VIANNA, Ana Luíza. *Abordagens metodológicas em políticas públicas*. In Revista de Administração Pública. Vol.30. Rio de Janeiro, 1996.

VIDAL, Heloisa Garcia Pinto. *Controle interno: um enfoque metodológico na gestão pública*. In Revista do Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul, vol. 24. Porto Alegre: TCE, 1996.



POSSÍVEIS LIMITES AO DIREITO NÃO ESTATAL INDÍGENA¹

POSSIBLE LIMITS TO INDIGENOUS NON-STATE LAW

THOMÁS HENRIQUE WELTER LEDESMA²

Resumo: Com a edição da Constituição Federal de 1988, inaugurou-se no Brasil uma nova era de direitos aos povos indígenas, em razão do rompimento com a política integracionista e com a consagração do direito à diferença, extraídos a partir da leitura conjunta dos direitos previstos no art. 231 da Carta da República. O direito à diferença garante aos povos indígenas o reconhecimento de sua organização social, de seus costumes, de suas línguas, de suas crenças e de suas tradições, caracterizando o Pluralismo Jurídico, além de permitir a existência de um direito não estatal. O presente artigo tem por objetivo aferir a existência do direito não estatal, analisando a quais indígenas se aplica e quais suas eventuais limitações.

Palavras-chave: Constituição Federal. Direito à diferença. Direito não estatal. Pluralismo jurídico. Povos indígenas.

Abstract: With the edition of the Constitution of the Republic, in 1988, a new era of rights for indigenous peoples was inaugurated in Brazil, due to the break with the integrationist policy and the enshrining of the right to difference, comprised of the joint analysis of the rights foreseen in the art. 231 of the Charter of the Republic. The right to difference guarantees

1 Artigo científico desenvolvido a partir de estudos realizados no grupo de pesquisa “Reflexões acerca do problema do critério normativo e sua determinação vinculante: entre a casuística e o padrão decisório (justiça x igualdade)”, coordenado pelo Prof. Dr. Maurício Martins Reis, do programa de mestrado da Fundação Escola Superior do Ministério Público – FMP/RS.

2 Mestre em Tutelas à Efetivação de Direitos Indisponíveis pela Fundação Escola Superior do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul - FMP/RS. E-mail: thomasledesma@gmail.com.

indigenous peoples the recognition of their social organization, customs, languages, beliefs and traditions, characterizing Legal Pluralism, while still allowing the existence of a non-state right. The purpose of this article is to assess the existence of non-state law, analyzing which indigenous people apply and what their eventual limitations.

Keywords: Federal Constitution. Indian people. Legal pluralism. Non-state law. Right to difference.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por objetivo analisar a existência e os possíveis limites de aplicação de um direito não estatal, que pode ser criado pelos povos indígenas a partir de uma leitura conjunta dos direitos previstos no art. 231 da Constituição Federal - que garantiu o direito à diferença e, conseqüentemente, a possibilidade de coexistência de direitos (Pluralismo Jurídico).

Considerando que a classificação dos povos índios não é mais balizada pelo critério integracionista, propõe-se uma nova leitura do art. 4º do Estatuto do Índio, Lei n.º 6.001/73, a partir do grau de interação, em razão de cada comunidade indígena possuir um estágio de interação específico com os demais grupos que compõem a camada social do Estado brasileiro.

O método utilizado para realização da presente pesquisa foi o hipotético-dedutivo, com realização de pesquisa bibliográfica especializada sobre o tema e, também, jurisprudencial.

2. A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E OS DIREITOS DOS POVOS INDÍGENAS

O reconhecimento de direitos dos povos indígenas, relacionados às suas especificidades culturais, decorre de fatores políticos, econômicos e sociais; tal processo de reconhecimento iniciou-se há séculos. Nos períodos pré-colonial e colonial, a aquisição (e retirada de direitos) estava intimamente ligada aos interesses da Coroa e às reivindicações dos colonos.

À medida que o conceito de Estado foi se aperfeiçoando no território brasileiro, a partir de um processo moroso, foram sendo reconhecidos

direitos primários civis aos povos indígenas; porém, sempre os considerando sujeitos pertencentes à cultura dominante nacional – narrativa essa que foi fundamental para o desaparecimento de diversas comunidades indígenas e, conseqüentemente, à ocultação de parte da história do Brasil.

Desde o período pré-colonial até a edição da Constituição de 1988, predominou a chamada política “integracionista” (paradigma assimilacionista), que tinha como vetor a integração dos povos indígenas à comunhão nacional, considerando-os, não como sujeitos de direitos com diferenças culturais, mas como indivíduos em desenvolvimento, que só atingiriam plenos direitos da vida civil quando adotassem as práticas e os costumes da sociedade dominante.

Com a promulgação da Constituição de 1988, o Legislador Constituinte afastou a política integracionista, adotando um novo paradigma pelo Estado brasileiro em relação aos povos indígenas: o interacionismo, que possui como fundamento o reconhecimento do direito à diferença, garantindo-lhes e dando status constitucional a “novos” direitos (COLAÇO, 2012, p. 118) ignorados pelas constituições anteriores.

O interacionismo pode ser extraído da leitura do art. 231 da Constituição Federal, que garante aos índios o reconhecimento “[...] de sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam [...]” (BRASIL, 1988).

O *caput* art. 231 demonstra que os índios possuem direito à diversidade étnico-cultural e à auto-organização (COLAÇO, 2012, p. 118). A leitura conjunta do dispositivo supra permite aos povos indígenas que organizem sua estrutura social, inclusive estabelecendo regras de convivência, caracterizando, portanto, a possibilidade de criação de uma ordem jurídica autônoma, vigente dentro dos limites da comunidade, possibilitando, portanto, a existência do pluralismo jurídico no território brasileiro.

2.1. PLURALISMO JURÍDICO E O DIREITO DOS POVOS INDÍGENAS

A partir da leitura do art. 231 da Constituição Federal, é possível verificar que o Estado brasileiro rompeu com o monismo jurídico, que atribui ao Estado moderno, exclusivamente, a função de produção de normas jurídicas (COLAÇO, 2012, p. 119), ao reconhecer o exercício do direito à diferença, pelos povos indígenas, permitindo-lhes a criação de um sistema jurídico próprio.

O pluralismo jurídico se contrapõe ao monismo, pois reconhece que o direito possui múltiplas fontes, além da fonte oficial do Estado, sendo

– decorrente das relações sociais – influenciado pela política, pela moral, pela religião e pela cultura, por exemplo (WOLKMER, 2013, p. 82-83). É mais evidenciado em espaços em que há uma multiplicidade de culturas, como nos países da América Latina, nos quais “[...] a diversidade cultural é imensa e cada povo mantém com maior ou menor rigor sua idiossincrasia e sua organização social e jurídica [...]” (SOUZA FILHO, 1998, p. 71).

Os países que possuem composição social integrada por comunidades indígenas podem ser caracterizados como exemplos do pluralismo jurídico, desde que concedam autonomia a esses povos para que se auto-organizem e para que regulem suas relações sociais. Para Souza Filho, mesmo que haja vedação legal, os Estados latinos “[...] não conseguem conter os direitos indígenas que cada vez mais se apresentam como realidades vigentes [...]” (1998, p. 76), não sendo possível impedir, mesmo ante a ausência de reconhecimento pelo Poder Legislativo, a existência de regras próprias dentro da organização social indígena.

Os Estados podem reconhecer o pluralismo jurídico expressamente, a partir de decisões de seus Poderes; entretanto, caso optem por não fazê-lo, terão dificuldades em impor as regras majoritárias previstas no ordenamento dentro da estrutura social indígena. Em qualquer uma das hipóteses, haverá dois ordenamentos: um próprio, que regulamentará as relações entre os indígenas pertencentes ao mesmo grupo; e outro oficial, que regerá as relações desses com os demais integrantes da sociedade.

No Brasil, é possível questionar em quais hipóteses o pluralismo jurídico poderá ser aplicado, bem como a imposição de eventuais limites.

Para verificação do grau de influência que o restante da sociedade exerce sobre determinado indígena, ainda se utiliza a retrógrada classificação “assimilacionista” prevista no art. 4º do Estatuto do Índio – Lei n.º 6.001/73, que os elenca em integrados, em vias de integração e em isolados (BRASIL, 1973).

Em que pese à forte resistência à classificação prevista no Estatuto do Índio, justamente por haver superação doutrinária sobre os critérios antropológicos (grau de integração) adotados para a criação das categorias já ter sido refutado pela Constituição Federal de 1988 (VILLARES, 2009, p. 64), o dispositivo ainda possui alguma utilidade, ante a evidência de que nem todos os povos indígenas que habitam o território brasileiro têm conhecimento sobre as regras do modelo jurídico dominante, por estarem protegidos de qualquer influência externa, muito em razão do conteúdo do art. 231 da CF, que lhes garante o direito ao isolamento.

A classificação prevista no art. 4º do Estatuto do Índio, deve, contudo, observar o grau de interação, e não mais o inconstitucional e ultrapassado grau de integração: “isolados” seriam os índios que não possuem nenhum ou um mínimo grau de interação com os demais grupos sociais; enquanto os “em vias de integração” seriam aqueles que mantêm, majoritariamente, sua organização social, seus costumes e suas tradições, mas que recebem uma influência considerável do restante da sociedade (ex: índios que moram nas aldeias, mas se deslocam até cidades para realizar compras, ou que exercem atividade econômica fora dos limites territoriais de sua comunidade, tendo conhecimento dos costumes de outros grupos); já os “integrados” seriam aqueles que recebem pouca ou nenhuma influência de sua comunidade originária.

Após a exposição da classificação, fazem-se as seguintes indagações: o pluralismo jurídico deve ser aplicado (e permitido) para todo e qualquer indígena, independentemente do grau de interação? Existem limites à sua aplicação?

3. PLURALISMO JURÍDICO APLICADO AOS POVOS INDÍGENAS: POSSÍVEIS LIMITAÇÕES

O pluralismo jurídico consiste na existência, dentro de um mesmo País, de diversos ordenamentos jurídicos vigentes, podendo ser: oficial, que engloba a pluralidade de direito estatal (que pode ser identificado como uma pluralidade de normas legais aplicáveis de acordo com a condição e a situação fática), e o direito não estatal, reconhecido, permitido e controlado pelo Estado (DALANEZE, 2013, 70); ou, então, não oficial, hipótese em que será negado pelo Estado, fato que, por si só, não impede ou descaracteriza sua existência.

Para solucionar o questionamento sobre o âmbito de sua incidência, ou seja, há limites para aplicação do pluralismo jurídico para os povos indígenas, inicialmente deve ser destacado que somente aos povos indígenas foi garantida a possibilidade de aplicação de um direito não estatal, a partir da leitura do art. 231 da Constituição Federal, que lhes garante o direito à diferença, preservando seus costumes, suas tradições e sua organização social. Porém, há de se realizar o seguinte questionamento: a todo e qualquer indígena é garantida a possibilidade de utilização de um direito não estatal?

O art. 231 não responde à questão acima proposta. Inicialmente, estabelece que “[...] são reconhecidos aos índios [...]”, não fazendo menção a qualquer distinção entre os critérios de “integração” (leia-se “assimilação”) previsto no art. 4º do Estatuto do Índio. A questão torna-se mais tormentosa quando analisados os parâmetros sobre quem pode ser considerado “índio”.

O Estatuto do Índio define índio como “[...] todo indivíduo de origem e ascendência pré-colombiana que se identifica e é identificado como pertencente a um grupo étnico cujas características culturais o distinguem da sociedade nacional [...]” (BRASIL, 1973). Rezende, por sua vez, entende que “[...] traço próprio do índio é, pois a sua pertença a um grupo étnico com características culturais diferentes dos demais indivíduos que compõe a sociedade nacional [...]” (2009, p. 19).

A utilização de critério genealógico para identificação do índio (BARRETO, 2003, p. 3) se apresenta como incompleta, já que não permite a possibilidade de autodeclaração, como dispõe o art. 1º, I da Convenção n.º 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), que permite ser considerado indígena aquele que possui costumes e características dos povos originários ou, então, que se declare como tal (LEDESMA, 2018, p. 309).

Apesar de o art. 231 da Constituição não realizar qualquer distinção entre os índios, não aparenta ser correta a resposta de que todo e qualquer indivíduo identificado como indígena possa utilizar-se do direito não estatal. Pensar em sentido contrário seria ignorar a ideia de etno-desenvolvimento dos povos indígenas, presumindo que todos estariam em uma mesma fase de interação social, quando, em verdade, cada grupo possui sua realidade específica, com os mais variados graus de comunicação com o restante da sociedade.

Diante da existência de gradações do interacionismo, deverá haver também gradações do pluralismo³, caracterizando o grau de integração como elemento central para permitir, ou para afastar, a possibilidade de utilização de um direito não estatal. Quanto menor o grau de interação, menor deverá ser a relação daquela comunidade indígena com o direito majoritário oficial.

A gradação do pluralismo deve estar, portanto, intimamente relacionada ao interacionismo. Não se pode conceder e (nem aplicar) os mesmos direitos e regras para indivíduos que, apesar de identificados como indígenas, a partir dos critérios trazidos pela Convenção n.º 169 da OIT, que possuam pouca ou nenhuma relação com as tradições, cos-

3 Sobre o tema: REALE, Miguel. **Pluralismo e Liberdade**. São Paulo: Saraiva, 1963.

tumes e cultura de seus antepassados, recebendo forte influência em suas práticas cotidianas do grupo social majoritário. Distintamente, aqueles povos isolados, conforme apontado anteriormente, que possuem pouco ou nenhum contato com outros grupos sociais, exceto tribos indígenas que se encontrem na mesma condição, não devem sofrer interferência do direito estatal, aplicando-se, em suas relações sociais, seu conjunto de regras internas, criadas a partir de suas próprias práticas e tradições.

Questão problemática refere-se aos índios que estão em um grau médio no processo de interação; é falar-se: recebem influência considerável do direito estatal, mas mantêm, em suas condutas e maneiras de pensar relacionadas aos costumes, crenças e tradições da comunidade à qual pertencem. Nessa hipótese, que pode ser amplamente subjetiva, somente o magistrado, a partir da análise dos elementos presentes no caso concreto, poderá decidir se será aplicado o direito majoritário e em qual será o grau de sua incidência, devendo, nos “casos difíceis”, a interpretação ser favorável à incidência do art. 231 da Constituição Federal, muito em razão da necessidade de observância do princípio da máxima efetividade das normas constitucionais⁴.

Como exemplo, cita-se o caso julgado pelo Tribunal de Justiça de Roraima, no qual um índio da etnia Manoá-Pium foi acusado de ter praticado homicídio contra outro integrante da mesma comunidade, posteriormente sendo considerado culpado pelas lideranças das comunidades Wai, Manoá e Anauá, e sancionado com a sua expulsão de sua comunidade por 5 anos, devendo conviver e aprender a língua da comunidade Wai Wai durante esse período, mas não podendo realizar venda de produtos sem autorização. Anteriormente, já havia sido condenado pela comunidade Manoá a construir uma casa para a esposa da vítima e proibido de ausentar-se da comunidade sem autorização. O Tribunal de Justiça do Estado de Roraima reconheceu a validade do julgamento feito pelas comunidades indígenas, isentando o índio-réu de nova sanção, atendendo, portanto, aos pedidos da Advocacia-Geral da União (AGU) e da FUNAI, que requeriam reconhecimento da prevalência do direito consuetudinário e dos direitos previstos no art. 231 da Constituição Federal (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE RORAIMA, 2016).

Importante mencionar-se que a formulação do pedido da AGU, pela prevalência do direito consuetudinário, levou em consideração o art. 57 do Estatuto do Índio, que permite a aplicação de sanções penais ou disciplinares

4 Sobre o tema: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional**: Teoria, história e métodos de trabalho. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

pelos povos indígenas “[...] contra seus membros, desde que não revistam caráter cruel ou infamante, vedado em qualquer caso a pena de morte [...]” (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE RORAIMA, 2016).

A partir do posicionamento adotado pela AGU no julgamento da Apelação Criminal 0090.10.000302-0, em interpretação conjunta com o art. 57 do Estatuto do Índio, que veda a aplicação de penas de morte, cruel e infamante, o próprio Legislador impôs limites ao direito não estatal dos povos indígenas, fato que é criticado por parte da doutrina, pois impede sua caracterização como direito autônomo (MOTA JÚNIOR, 2018, p. 66). Apesar de o referido dispositivo ser anterior à Constituição Federal de 1988 e, portanto, editado sob a influência da política integracionista, sua constitucionalidade vem sendo reconhecida no ordenamento jurídico brasileiro.

A vedação à aplicação de penas cruéis e infamantes, feitas pelo direito estatal e aplicada ao direito não estatal, representa limitação ao pluralismo político. A restrição feita pelo Legislador, se analisada sob a ótica dos índios que possuem um grau médio de interação, parece ser razoável, pois estes possuem forte relação com sua cultura, costumes e crenças tradicionais, mas presume-se que possuam alguma noção sobre as principais regras do ordenamento jurídico estatal; ou seja: são respeitadas as sanções e as medidas disciplinares impostas pela sua comunidade em razão de ilícitos cometidos contra outros integrantes do mesmo grupo; todavia, devem ser observados os limites legais, havendo, notadamente, influência dos dois sistemas (estatal e não estatal).

Sobre as limitações impostas pelo art. 57 do Estatuto do Índio para aplicação de sanções penais e disciplinares, surge o seguinte questionamento: aplicam-se aos índios “isolados” (que não possuem interação ou baixo grau de interação com os demais grupos sociais)?

Inicialmente, cumpre destacar que, caso aplicadas sanções penais ou disciplinares de caráter cruel ou infamante, dificilmente o Estado brasileiro tomará ciência do fato, justamente em razão da ausência de contato com esses povos. Contudo, caso haja comunicação aos órgãos oficiais sobre eventual violação aos limites previstos na Lei n.º 6.001/73 no que tange à aplicação de sanções, qual deveria ser a medida a ser adotada?

A interferência do direito estatal em uma comunidade composta por índios classificados como isolados poderá acarretar riscos irreparáveis, repetindo, de certa maneira, o mesmo episódio ocorrido entre índios e portugueses no descobrimento do Brasil, quando houve imposição de uma cultura sobre outra.

A edição do art. 231 da Constituição Federal tem como finalidade justamente preservar os costumes, as crenças, as práticas sociais e as tradições dos povos originários, garantindo-lhes o direito à diferença. Interferir em comunidades que possuam nenhum ou pouco conhecimento sobre as regras majoritárias, com uma visão de mundo totalmente distinta, contrapõe-se frontalmente ao dispositivo constitucional supracitado.

Especialmente neste cenário de compreensão, a Constituição Federal de 1988 afigura-se válida para proteção desses povos, não podendo ser imposta sua aplicação dentro de comunidades indígenas que sequer sabem de sua existência.

O direito não estatal apenas será autônomo quando não houver quaisquer interferência ou imposição de limitações pelo direito estatal. Somente quando alcançada a autonomia do direito não estatal, poderá ser afirmado que o pluralismo jurídico será exercido em sua plenitude.

Portanto, não se aplicam aos povos indígenas “isolados” as limitações contidas no art. 57 do Estatuto do Índio, bem como não se aplica qualquer outro dispositivo do ordenamento jurídico majoritário, pois, em razão de viverem em estruturas sociais totalmente distintas do restante da sociedade, bem como por não receberem nenhuma influência dessa, têm garantido, pelo art. 231 da Constituição Federal, o direito pleno de se auto-organizarem a partir de suas próprias regras, sem qualquer limitação.

4. CONCLUSÃO

O presente artigo teve por objetivo analisar a existência e a possibilidade de aplicação de direito não estatal pelos povos indígenas, extraído a partir dos direitos contidos no art. 231 da Constituição Federal, que lidos conjuntamente garantem o exercício do direito à diferença e, também, o pluralismo jurídico.

Para realização da abordagem dos objetivos, utilizou-se o critério previsto no art. 4º da Lei n.º 6001/73 – o Estatuto do Índio –, que classifica os índios em “isolados”, “em vias de integração” e “integrados”, feita sua leitura a partir do paradigma “interacionista”, que leva em consideração, não mais o grau de integração, mas, sim, o de interação com os demais grupos que compõem a camada social do Brasil.

Conclui-se que o direito não estatal será admitido em sua plenitude (sem limitações) apenas nas comunidades indígenas que possuam

nenhum ou um baixo grau de interação; enquanto aquelas que sofrem considerável influência dos demais grupos sociais (exceto grupos indígenas), mas que mantêm suas tradições, suas crenças, suas práticas e seus costumes originários poderão utilizar-se do direito não estatal, mas com algumas limitações impostas pelo modelo jurídico majoritário.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 22 mai. 2020.

_____. Lei n.º 6.001 de 19 de dezembro de 1973. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6001.htm. Acesso em 22 mai. 2020.

COLAÇO, Thais Luzia. Os “Novos Direitos Indígenas. In: WOLKMER, Antônio Carlos. LEITE, José Rubens Morato. Os novos direitos no Brasil: natureza e perspectivas – uma visão jurídica básica das novas conflituosidades jurídicas. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 99-123.

DALANEZE, Sérgio. Contribuição do Pluralismo no Debate das Ideias Jurídicas. In: WOLKMER, Antônio Carlos. NETO, Francisco Q. Veras. LIXA, Ivone M. (Org). Pluralismo Jurídico: Os novos caminhos da contemporaneidade. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 67-80.

MOTA JÚNIOR, Carlos Antônio de Carvalho. Índios Brasileiros e a Civilização Branca: Relações e Conflitos entre o Sistema Jurídico Pátrio e o Direito Consuetudinário Indígena. Curitiba: Juruá, 2018.

REZENDE, Guilherme Madi. Índio: Tratamento Jurídico-Penal. Curitiba: Juruá. 2009.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés. O Renascer dos Povos Indígenas para o Direito. 1ª ed. 8ª reimpressão. Curitiba: Juruá, 1998.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE RORAIMA (TJ-RR). Apelação Criminal 0090.10.000302-0. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2016-fev-20/estado-nao-punir-indio-foi-condenado-tribo>. Acesso em 23 mai. 2020.

WOLKMER, Antônio Carlos. Pluralismo Jurídico, Direitos Humanos e Educação Popular. In: WOLKMER, Antônio Carlos. NETO, Francisco Q. Veras. LIXA, Ivone M. (Org). Pluralismo Jurídico: Os novos caminhos da contemporaneidade. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 81-97.



A SEGURANÇA JURÍDICA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO CORRELACIONADA AOS PRECEDENTES JUDICIAIS

LEGAL CERTAINTY IN THE DEMOCRATIC RULE OF LAW CORRELATED TO JUDICIAL PRECEDENTS

VITÓRIA SOUZA PAGNUSSAT¹

Resumo: Por meio da revisão da doutrina, da legislação e da jurisprudência, o presente estudo se propôs a analisar a temática da segurança jurídica no Estado Democrático de Direito correlacionada aos precedentes judiciais, tendo como objetivo verificar os principais aspectos e elementos do princípio da segurança jurídica, de que forma este assegura e viabiliza a validade e a eficácia dos princípios da igualdade, da dignidade e da liberdade, bem como examinar o sistema de precedentes judiciais e sua inserção no ordenamento jurídico brasileiro, mormente através da análise do Código de Processo Civil de 2015, e demonstrar de que forma o sistema de precedentes obrigatórios viabiliza a segurança jurídica. É importante o estudo frente à relevância da segurança jurídica como princípio basilar na estrutura do Estado Democrático de Direito. Concluiu-se que o respeito aos precedentes confere cognoscibilidade, previsibilidade, confiabilidade, estabilidade, coerência e unidade ao direito, além de promover isonomia de tratamento em casos idênticos, e, ontologicamente, segurança jurídica. Para a investigação, adotou-se o método de pesquisa lógico-dedutivo e a técnica de pesquisa bibliográfica.

Palavras-chave: Precedentes judiciais. Segurança jurídica.

1 Mestranda em Direito pela Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul; Graduada em Direito pela Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul. E-mail: vitoriapagnussat@hotmail.com.

Abstract: Through the revision of the doctrine, the jurisprudence and the legislation, the present study aimed to analyze the thematic of judicial security in the Democratic State of Law related to judicial precedents, with the objective of verifying the main aspects and elements of the principle of judicial security, how it ensures and enables the +validity and effectiveness of the principles of equality, dignity and liberty, as well as examine the system of judicial precedents and its insertion in the Brazilian legal system, especially through the analysis of the Code of Civil Procedure of 2015, and demonstrate how the system of mandatory precedents enables judicial security. The study is important in light of the relevance of judicial security as a basic principle in the structure of the Democratic State of Law. It was concluded that the mandatory observance of the precedents confers predictability, reliability, stability, and coherence to the Law, in addition to promoting equality of treatment in identical cases, and, ontologically, judicial security. The method used for the investigation was the logical-deductive and the research technique adopted was the bibliographic.

Keywords: Judicial Security. Precedents.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo pretende trazer à discussão a temática da segurança jurídica correlacionada ao sistema de precedentes judiciais como forma de se assegurar a previsibilidade, estabilidade, confiabilidade, cognoscibilidade e efetividade do direito.

Para tanto, a investigação científica foi desenvolvida em duas partes, quais sejam: a primeira, que buscou analisar os aspectos gerais e os elementos principais do princípio da segurança jurídica, verificar de que forma referido princípio viabiliza a efetividade dos demais princípios basilares em um Estado Democrático de Direito (da liberdade, da dignidade e da igualdade) e analisar os principais elementos que integram o princípio da segurança jurídica; e a segunda, que se prestou a analisar o sistema de precedentes obrigatórios, a inserção de tal sistema na disciplina processual civil vigente no Brasil e demonstrar que o respeito aos precedentes judiciais garante a segurança jurídica.

2. SEGURANÇA JURÍDICA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

A segurança jurídica é elemento fundamental do Estado Democrático de Direito. O princípio da segurança jurídica remete “à durabilidade e permanência da própria ordem jurídica, da paz jurídico-social e das situações jurídicas” (CANOTILHO, 2003, p. 374), pelo que é indispensável ao cumprimento das finalidades do Estado, que deve não somente garantir direitos, mas garanti-los com estabilidade, durabilidade e segurança (COELHO, 2019).

Tal princípio configura meio assecuratório dos princípios da dignidade da pessoa humana, da liberdade e da igualdade (ÁVILA, 2019).

A dignidade só pode ser plenamente considerada quando os indivíduos têm garantida a plena capacidade de viver o presente e conceber o futuro livremente. Nesse sentido, o Estado fere a dignidade da pessoa humana quando o jurisdicionado age confiando no conteúdo, na validade e na eficácia de uma lei, de um ato administrativo ou de uma decisão judicial e, depois que agiu e já não pode mais voltar atrás, é surpreendido por uma mudança de entendimento relativamente ao conteúdo, à validade ou à eficácia das mesmas manifestações estatais. Nesse contexto, o cidadão é posto como um objeto, visto que será obrigado a suportar uma consequência completamente diversa daquela que aceitou ao praticar determinada conduta, e pela qual esperava (ÁVILA, 2019). A dignidade não é respeitada quando os indivíduos são atingidos por tal nível de instabilidade jurídica que não possam mais confiar nas instituições e na estabilidade de suas próprias posições jurídicas.

Para poder determinar quais as condutas que irá praticar, e, assim, quais as consequências que aceita suportar, é imprescindível que o jurisdicionado esteja ciente das alternativas de ação que dispõe e que possa determinar quais as consequências que advirão de tais condutas. Só assim poderá o jurisdicionado decidir livre e racionalmente, de forma a poder se autodeterminar dentro dos limites impostos e estabelecidos pelo Direito. Se o indivíduo age com base em determinada regra jurídica que estabelece que, para a ocorrência de determinado fato (toma-se de exemplo o fato “A”) está prevista a produção de determinada consequência (como seria a consequência “Z”), só será respeitada sua dignidade e liberdade quando este puder determinar o significado do fato “A” e da consequência “Z”. Só poderá escolher de forma bem-informada, com a garantia de respeito à sua dignidade e liberdade, se da

conduta “A” sempre advir a consequência “Z”. Ao contrário, se a ocorrência do fato “A” ora produz a consequência “Z”, ora consequência diversa (digamos a consequência “Y”); se a consequência “Z” é constantemente alterada; se a regra “Se ‘A’ então ‘Z’” não tem aplicação idêntica para todos os casos iguais; os indivíduos que agiram tomando como certo que a consequência “Z” seria a aplicada quando decidissem por praticar a conduta “A”, estariam sendo submetidos coercitivamente e manipuladamente à consequências com as quais não esperavam contar e, eventualmente, não poderiam suportar (ÁVILA, 2019). A segurança atua, nesse sentido, como a “possibilidade de conhecimento ou previsão por parte dos indivíduos das consequências jurídicas de suas condutas” (CANOTILHO, 2003, p. 257).

Para que seja possível a autodeterminação dos indivíduos em um Estado Democrático de Direito, é necessário que as regras e as consequências vigentes sejam cognoscíveis. Uma vez que a liberdade só pode ser exercida com base no direito, cumpre, antes de tudo, conhecê-lo (ÁVILA, 2019), visto que sem conhecer o Direito não é possível fazer escolhas juridicamente orientadas (MITIDIERO, 2018).

Ainda, não basta que o direito seja conhecido se este é constantemente alterado. Isso não significa dizer que o direito não poderá ser modificado, apenas que não poderá ser modificado de forma abrupta. Quanto maior for a importância da regra a ser alterada, mais difícil deve ser para que esta seja modificada. De todo modo, se o fato “A” for constantemente modificado ou a consequência “Z” for constantemente alterada, o indivíduo não terá como agir de forma segura com base no Direito (ÁVILA, 2019). A ordem jurídica então deve ter um mínimo de continuidade, e isso se aplica tanto para a produção legislativa como para a produção judicial, o que significa dizer que a uniformidade de interpretação e aplicação do direito é requisito indispensável ao Estado de Direito (MARINONI, 2017).

Além de ser necessário que o Direito seja conhecido, compreensível e estável, deve também não ser contraditório, a fim de que se garanta o direito à igualdade. Nesse sentido, os fatos não podem produzir consequências incompatíveis entre si, como seria o caso de o fato “A” ser interpretado ou a consequência “Z” ser aplicada de maneiras distintas dentro do próprio Judiciário, em decisões diversas, prolatadas pelo mesmo ou por diferente órgão (ÁVILA, 2019).

Ademais, os indivíduos só poderão agir de forma autônoma e com base no Direito no presente se não forem surpreendidos pelo próprio Direito no futuro. Nesse ínterim, o Direito precisa ter efeitos prospectivos e não retroativos. É por isso que a Constituição veda leis retro-

ativas, bem como protege o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada (ÁVILA, 2019).

Finalmente, o Direito precisa ser efetivo, o que não ocorrerá se a consequência “Z” também for aplicada para quem não praticou o fato “A”, ou quando alguém que praticou o fato “A” for submetido a uma consequência que não “Z” (ÁVILA, 2019). Nesse sentido, de nada adiantaria que a norma fosse conhecida e estável, se, ao fim e ao cabo, quando praticada determinada conduta, fosse negada a aplicação da norma que rege o caso concreto. Daí que só é seguro o Direito que tem a capacidade de se impor caso ameaçado ou efetivamente violado.

Conclui-se que o Direito precisa ser conhecido, compreensível, confiável, estável, não contraditório, igualitário, prospectivo e efetivo, de forma a permitir que os indivíduos tenham capacidade de agir com base no Direito, exercendo sua liberdade e tendo respeitada sua dignidade. Dessa forma, não pode se falar em princípio da liberdade, da dignidade, da igualdade, nem de Estado de Direito, sem segurança jurídica (ÁVILA, 2019).

3. A RELAÇÃO ENTRE SEGURANÇA JURÍDICA E PRECEDENTES JUDICIAS

A atividade judicial não constitui somente uma declaração de uma norma preexistente, uma atividade meramente cognitiva, cuja aplicação para o caso concreto é realizada apenas por silogismos judiciais. Ao contrário, existe uma diferença entre texto e norma. A norma é o resultado da interpretação, portanto, a produção do legislador não é suficiente para guiar o comportamento humano, tendo em conta a dupla indeterminação das regras (MITIDIERO, 2015).

Ora, se os dispositivos dados pelo legislador são indeterminados - tendo em vista, por exemplo, que a linguagem possui como características a ambiguidade (a expressão alternativa de mais de um significado) e a complexidade (por exprimir simultaneamente mais de um significado) (ÁVILA, 2019) - e admitem mais de uma interpretação, para que o direito seja cognoscível e aplicado de forma uniforme e coerente, é necessário saber não somente qual é a regra aplicável ao caso, mas também qual é a *interpretação* dada à regra aplicável.

De tal forma, um sistema jurídico não pode ser considerado coerente e igualitário se várias interpretações diferentes forem conferidas à

mesma regra. Vale dizer: não é possível que o sistema seja seguro se os juízes e tribunais aplicarem a mesma lei de forma distinta.

É nesse contexto que surge a necessidade de um sistema de precedentes judiciais, que prevê que as Cortes Supremas possuem a função institucional de atribuir a última palavra acerca de como determinado desacordo interpretativo existente deve ser resolvido (MITIDIERO, 2018), a fim de se evitar que o Judiciário profira, de forma ilimitada e descontrolada, decisões contraditórias, em função de diferentes interpretações obtidas por diferentes aplicadores do direito. Nesse sentido, é dever das Cortes Supremas dar unidade ao direito mediante os seus precedentes e de torná-los pendores de segurança em nossa ordem jurídica. Enquanto não houver precedente da Corte Suprema encarregada de formá-lo, o desacordo interpretativo é em grande medida inevitável, dado o caráter equívoco da linguagem em que vazados os textos legislados (MITIDIERO, 2015).

Dessa forma, entende-se que os precedentes são resultado de “interpretações de textos dotados de autoridade jurídica integrantes da ordem jurídica formuladas por cortes encarregadas de dar a última palavra sobre o significado do direito constitucional ou do direito federal” (MITIDIERO, 2018, p. 98). No ordenamento jurídico pátrio, reserva-se ao Supremo Tribunal Federal e ao Superior Tribunal de Justiça a função de decidir, em última instância, acerca da interpretação da legislação constitucional ou federal discutida, respectivamente.

Sendo a norma fruto da interpretação judicial, conhecer o direito aplicável significa conhecer a interpretação a ele conferida pelo STF e pelo STJ. A existência de determinado precedente, portanto, assegura a cognoscibilidade normativa.

O respeito aos precedentes, que visam a garantir a unidade e a coerência do sistema jurídico, impõe que independentemente das convicções pessoais dos juízes acerca da justiça, estes têm de observar um princípio superior, o da integridade. É o que aduz Dworkin, ao caracterizar o magistrado como um “romancista em cadeia”, que deve levar em conta o que outros juízes no passado já decidiram, e assim formar sua conclusão acerca do que foi construído e decidido anteriormente (DWORKIN, 2007).

Dessa forma, o caso em análise deve, ao ser julgado, compor harmonicamente com seus antecedentes similares. Assim, as decisões não partem do “grau zero de sentido”, uma vez que existe uma “cadeia de integridade do direito” como fundamento do compromisso que o julgador deve ter com a história institucional do direito (STRECK, 2013, p. 107).

Quando os magistrados, levando em consideração o compromisso de integridade do direito, decidem de acordo com os precedentes construídos pelos Tribunais Superiores, agem de forma a conferir unidade à interpretação do direito (CAMBI, 2014). O julgador deve levar em conta a preocupação com a unidade do sistema jurídico e com o princípio da igualdade. Através da máxima *treat like cases alike*, não se pode mais admitir que, em casos idênticos, apenas em razão de serem julgados por diferentes aplicadores do direito, haja decisões conflitantes.

Dessa forma, o respeito à interpretação conferida à lei pelos Tribunais de Vértice garante a segurança jurídica, a previsibilidade, a integridade, a coerência do sistema jurídico e a igualdade de tratamento entre casos que guardam similitude entre si (CAMBI, 2014). A vinculação dos juízes de primeira instância e dos tribunais de revisão ao entendimento pacífico dos Tribunais Superiores é uma forma de conferir lógica ao sistema.

A adoção de um sistema de precedentes vinculantes tem forte na importância de se garantir, em especial, três princípios basilares no Estado Democrático de Direito: a segurança jurídica, a isonomia e a eficiência. Garante segurança jurídica, uma vez que a vinculação dos juízes e dos tribunais de revisão aos precedentes (*stare decisis* vertical) e a vinculação das cortes de vértice aos próprios precedentes (*stare decisis* horizontal) aumenta a previsibilidade do direito, além de antecipar a solução que os tribunais darão aos conflitos dos jurisdicionados. Garante isonomia, visto que a aplicação das mesmas soluções a casos idênticos reduz a produção de decisões conflitantes pelo Judiciário e assegura àqueles que se encontram em situação semelhante o mesmo tratamento. Por fim, promove eficiência, uma vez que o respeito aos precedentes possibilita que os recursos de que dispõe o Judiciário sejam otimizados e utilizados de forma racional, visto que, nesse contexto, os juízes não consumirão seu tempo ou os recursos materiais de que dispõem para redecidir questões já apreciadas. Consequentemente, utilizarão tais recursos na solução de questões inéditas, que ainda não receberam resposta do Judiciário e que precisam ser enfrentadas. A observância dos precedentes vinculantes pelos juízes reduz, ainda, o trabalho dos tribunais, que não precisarão reexaminar e reformar as decisões divergentes dos entendimentos que já pacificaram (BARROSO; MELLO, 2016). Nesse sentido, a integridade, coerência e estabilidade das decisões judiciais possibilitam uma entrega mais célere da jurisdição (COELHO, 2019).

No Brasil, tem-se observado, nas últimas décadas, a instituição crescente no ordenamento jurídico de mecanismos de vinculação às de-

cisões judiciais dadas pelos Tribunais Superiores. Toma-se de exemplo a ampliação do sistema de controle concentrado de constitucionalidade instituída pela Constituição de 1988, que proporcionou maior vinculatividade e efeitos *erga omnes* às decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal nesses casos, e a inserção no ordenamento jurídico brasileiro das súmulas vinculantes, que passaram a obrigar os demais órgãos do Poder Judiciário e a administração pública direta e indireta (COELHO, 2019).

O Código de Processo Civil de 2015 veio de forma a sublinhar a importância dos juízes e tribunais brasileiros observarem os precedentes judiciais. A disciplina processual estabeleceu, expressamente, que os tribunais devem manter sua jurisprudência estável, íntegra e coerente. Tais previsões indicam uma valorização do princípio da segurança jurídica, indispensável ao desenvolvimento social, político e econômico da sociedade (COELHO, 2019).

O artigo 926 do CPC/15 estabelece que “os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente”, o que sustenta a ideia de *stare decisis* horizontal. Já o artigo 927 do mesmo instrumento legal, estabelece o *stare decisis* vertical, ao prever que devem ser observados pelos juízes e tribunais: (i) as súmulas vinculantes, (ii) as decisões proferidas pelo STF em sede de controle concentrado da constitucionalidade, (iii) os acórdãos proferidos em julgamento com repercussão geral ou em recurso extraordinário ou especial repetitivo, (iv) os julgados dos tribunais proferidos em incidente de resolução de demanda repetitiva e (v) em incidente de assunção de competência, (vi) os enunciados da súmula simples da jurisprudência do STF e do STJ e (vii) as orientações firmadas pelo plenário ou pelos órgãos especiais das cortes de segundo grau. Ao utilizar o verbo “*observar*”, o artigo 927 deixa claro que os juízes e os tribunais estão vinculados aos precedentes. Ainda, o artigo 489, § 1º, IV do CPC/15 dispõe que não se considera fundamentada a decisão que “deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento”, o que coaduna a força vinculante dos precedentes. Dessa forma, seja para aplicar, seja para afastar enunciado ou precedente judicial, o julgador deve observar o dever de fundamentação, demonstrando os elementos do caso concreto que invocam a aplicação da súmula ou precedente ou que se distinguem deles, repelindo sua aplicação.

Uma teoria jurídica que pressupõe que a norma é a *interpretação atribuída à norma*, que entende como imprescindível que todos sejam tratados de forma isonômica perante o Direito, que, para

tanto, é necessário conferir cognoscibilidade, estabilidade, confiabilidade e efetividade às normas como condição de eficácia da liberdade, não pode sustentar a inexistência de precedentes vinculantes. A recusa à autoridade da interpretação judicial empreendido pelas Cortes Supremas significa recusa de vinculação à própria ordem jurídica (MITIDIERO, 2013).

4. CONCLUSÃO

Através de todo o exposto, concluiu-se que a segurança jurídica é essencial no Estado Democrático de Direito, uma vez que garante outros tantos princípios basilares, com o princípio da liberdade, da igualdade e da dignidade. Viabiliza a liberdade, por possibilitar que os indivíduos façam escolhas juridicamente orientadas; viabiliza a igualdade, por dar tratamento isonômico a casos que guardam similitude entre si; e viabiliza a dignidade, visto que confere aos cidadãos a possibilidade de viver o presente e conceber livremente o futuro.

Nesse sentido, concluiu-se, na primeira parte do presente estudo, que uma sociedade livre, justa e igualitária só é possível em uma sociedade pautada pela segurança jurídica; na segunda parte, verificou-se que é imprescindível, para que a segurança seja garantida, a unidade do direito, que se viabiliza através da eficácia obrigatória dos precedentes, que visa a proporcionar cognoscibilidade, igualdade e estabilidade à ordem jurídica. Os Tribunais Superiores devem fornecer soluções coerentes aos problemas ligados à interpretação judicial no Estado Constitucional. Nessa linha, o STF e o STJ configuram cortes de interpretação e buscam a consecução da tutela do direito em uma dimensão geral, de forma isonômica e segura.

A violação à interpretação ofertada pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça é uma insubordinação institucional, visto que violar o precedente significa violar a autoridade da legislação, consubstanciada na interpretação a ela conferida, além de afrontar a autoridade do STF e do STJ como Cortes Supremas, constitucionalmente encarregadas de dar a última palavra a respeito do significado da constituição e da legislação infraconstitucional federal.

REFERÊNCIAS

ÁVILA, Humberto. *Constituição, liberdade e interpretação*. São Paulo: Malheiros, 2019.

BARROSO, Luís Roberto; MELLO, Patrícia Perrone Campos. Trabalhando com uma nova lógica: a ascensão dos precedentes no direito brasileiro. *Revista da AGU*, Brasília, ano 15, n. 3, jul.-set. 2016.

CAMBI, Eduardo. Jurisprudência - a independência do juiz ante os precedentes judiciais como obstáculo à igualdade e a segurança jurídicas. *Revista de Processo*. vol. 231/2014. p. 349 – 363. Maio / 2014.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

COÊLHO, Marcus Vinicius Furtado. O sistema de precedentes instituído pelo novo código de processo civil e a valorização da segurança jurídica no ordenamento brasileiro. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*. vol. 9/2019. p. 301 – 311.

DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. 2. ed. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MITIDIERO, Daniel Francisco. *Cortes Superiores e Cortes Supremas – Do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

MITIDIERO, Daniel. Precedentes, jurisprudência e súmulas no novo código de processo civil brasileiro, *Revista de Processo*. vol. 245/2015. p. 333 – 349.

STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – Decido conforme minha consciência?*. 4. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.



O DIREITO FUNDAMENTAL À SEGURANÇA X VIOLÊNCIA CONTRA CRIANÇAS E ADOLESCENTES NEGROS

THE FUNDAMENTAL RIGHT TO SECURITY X VIOLENCE AGAINST BLACK CHILDREN AND ADOLESCENTS

HIGOR NEVES DE FREITAS¹

MELINE TAINAH KERN²

Resumo: O tema deste artigo é o direito fundamental à segurança em contraposição à violência contra crianças e adolescentes negros. O objetivo geral é analisar a garantia do direito à segurança para as crianças e os adolescentes negros. Os objetivos específicos envolvem a compreensão do direito fundamental à segurança como um direito das crianças e adolescentes e a análise da violência contra crianças e adolescentes a partir da questão étnico-racial. O problema de pesquisa questiona: como se dá a garantia do direito à segurança para as crianças e os adolescentes negros? A hipótese indica que o direito à segurança para as crianças e os adolescentes se efetiva formalmente, pela teoria da proteção integral, mas

-
- 1 Mestrando em Direito pelo Programa de Pós Graduação em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC) com Bolsa Prosuc Capes Modalidade I. Graduado em Direito pelo Centro Universitário da Região da Campanha (URCAMP). Integrante do Grupo de Pesquisa Políticas Públicas de Inclusão Social e do Grupo de Estudos em Direitos Humanos de Crianças, Adolescentes e Jovens do PPGD/UNISC Endereço eletrônico: freitashigor_@hotmail.com.
 - 2 Mestranda em Direito com Bolsa Prosuc Capes Modalidade I na Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC. Graduada em Direito pela UNISC. Integrante do Grupo de Pesquisa Políticas Públicas de Inclusão Social e do Grupo de Estudos em Direitos Humanos de Crianças, Adolescentes e Jovens do PPGD/UNISC. Pesquisadora na área de direitos humanos, especialmente de crianças, adolescentes e jovens. Endereço eletrônico: meline_kern@hotmail.com.

não materialmente, no momento em que há um expressivo número de violações contra crianças e adolescentes, maiores em relação aos negros. Como principais resultados, o estudo indica a necessidade de execução do princípio da tríplice responsabilidade compartilhada, bem como a formulação de políticas públicas de prevenção e combate à violência, com enfoque específico na raça negra.

Palavras-chave: adolescente; criança; direito à segurança; negro.

Abstract: The theme of this article is the fundamental right to safety as opposed to violence against black children and teenagers. The general objective is to analyze the guarantee of the right to safety for black children and teenagers. The specific objectives involve understanding the fundamental right to safety as a right of children and teenagers and the analysis of violence against children and teenagers based on the ethnic-racial issue. The research problem questions: how is the guarantee of the right to safety guaranteed for black children and teenagers? The hypothesis indicates that the right to safety for children and teenagers is formally effective, by the integral protection theory, but not materially, at a time when there is a significant number of violations against children and teenagers, higher in relation to blacks. As main results, the study indicates the need to implement the principle of triple responsibility shared, as well as the formulation of public policies to prevent and combat violence, with a specific focus on the black race.

Keywords: teenager; child; right to security; black people.

1. INTRODUÇÃO

Diante dos recentes acontecimentos e da necessidade, cada vez maior de discussão acerca do racismo estrutural, este trabalho põe em questão a segurança de crianças e adolescentes negros. O objetivo geral é analisar a garantia do direito à segurança para as crianças e os adolescentes negros. Como objetivos específicos definiu-se: compreender o direito fundamental à segurança como um direito das crianças e adolescentes, bem como analisar a violência contra as crianças e os adolescentes a partir da questão étnico-racial.

A presente pesquisa busca resolver o seguinte problema: O problema de pesquisa questiona: como se dá a garantia do direito à segurança para as crianças e os adolescentes negros?

O método de abordagem é o dedutivo e o método de procedimento é o monográfico, com técnicas de pesquisa bibliográfica e documental.

2. O DIREITO FUNDAMENTAL À SEGURANÇA DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES

A partir do ano de 1988, inaugurou-se no Brasil a teoria da proteção integral. Apesar dos indícios anteriores da sua existência internacionalmente, no Brasil, foi a Constituição Federal de 1988 que trouxe ao ordenamento brasileiro a “ideia” de que as crianças e os adolescentes, assim como adultos, possuem direitos humanos e fundamentais.

A base da teoria da proteção integral, dentro do ordenamento jurídico brasileiro é o artigo 227 da Constituição Federal de 1988, trazendo os princípios de prioridade absoluta e da tríplice responsabilidade compartilhada, estando inteiramente ligados ao princípio da dignidade da pessoa humana (MOREIRA, 2020, p. 29).

Logo após a Constituição Federal, em 1990, entrou em vigor o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), que ressaltou a teoria da proteção integral, conferindo às crianças e adolescentes, a partir da base principiológica, os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, respeitando a sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento (VERONESE, 2003, p. 439).

A prioridade absoluta diz respeito à prioridade que deve ser dada às crianças e adolescentes, absolutamente, principalmente pelos órgãos gestores, nas ações e investimentos, por exemplo. Isso quer dizer que o Estado deve tomar medidas que efetivamente e prioritariamente protejam os direitos e interesses de crianças e adolescentes, tornando-se uma obrigação jurídica de primeira ordem, inclusive para a sociedade (LIMA, 2001, p. 216).

Já a tríplice responsabilidade compartilhada representa que os três agentes elencados no artigo 227 da Constituição Federal, quais sejam família, Estado e sociedade, devem, em comunhão de esforços, garantir que os direitos das crianças e dos adolescentes sejam executados.

Recentemente, a família vem ocupando um espaço de protagonismo, devido à importância da convivência familiar e comunitária, ressaltada inclusive na legislação. Porém, ao passo que a família se torna protagonista na proteção e no amparo de crianças e adolescentes, o Estado deixa de ser responsabilizado, tanto por suas ações, como omissões relacionadas à falta de mecanismos e políticas públicas, por exemplo.

Além dos princípios citados, há diversos outros importantíssimos, como o da universalização, do interesse superior da criança, da desjurisdicionalização, da participação popular, entre outros.

Portanto, ao estabelecer a teoria da proteção integral como base do sistema jurídico, além de reconhecer a criança e o adolescente como pessoa em condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, valoriza a infância e as suas condições especiais de vulnerabilidade. Assim, ao reconhecer os direitos humanos e fundamentais que antes eram só garantidos aos adultos, amplia as possibilidades e capacidades de proteção da criança e do adolescente (CUSTÓDIO, 2009, p. 111).

O artigo 3º do Estatuto da Criança e do Adolescente traz que:

A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade (BRASIL, 1990).

Em sendo reconhecidos os direitos humanos e fundamentais de todas as pessoas, reconhece-se também o direito fundamental à segurança, assegurado no caput do artigo 5º da Constituição Federal, que também ressalta a igualdade de todos perante a lei, sem qualquer tipo de distinção (BRASIL, 1988).

Também, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, que todos os seres humanos nascem livres e iguais, assegurando, no artigo 3º, que todo ser humano tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal.

O direito fundamental à segurança tem como natureza o fato de tratar-se de um pré-requisito necessário para que seja possível exercer os demais direitos fundamentais, assegurados na Constituição Federal (ÁVILA, 2014, p. 162).

Sem dúvida, o direito fundamental à segurança tem a função de proteção e garantia dos demais direitos, como também abrange o direito à segurança jurídica (LORENZONI, 2019, p. 77).

Importante ressaltar que a Constituição Federal de 1988, no texto legal, coloca o direito à segurança no mesmo patamar do direito à educação, à saúde, entre outros, considerados direitos fundamentais coletivos, apesar de a sua aplicação ser individual, porque se realizam no âmbito das relações culturais e sociais (ÁVILA, 2014, p. 166).

Desta forma, sendo o direito fundamental à segurança um direito de todas as pessoas, a partir do marco teórico da teoria da proteção

integral, em que as crianças e os adolescentes passaram a ser sujeitos de direito, também é um direito das crianças e adolescentes.

Por fim, faz-se necessário ressaltar que o artigo 3º, parágrafo único do Estatuto da Criança e do Adolescente (BRASIL, 1990), determina que os direitos das crianças e dos adolescentes, aplicam-se a todos os que se encontrarem na faixa etária, independente e sem discriminação de idade, raça, cor, religião, situação familiar, deficiência, condição econômica, entre outros, englobando, portanto, todas as crianças e todos os adolescentes.

3. A VIOLÊNCIA CONTRA CRIANÇAS E ADOLESCENTES E A QUESTÃO ÉTNICO-RACIAL

A violência contra a criança pode se dar de diversas formas, por ação e/ou omissão. Algumas das “modalidades” são a exploração e o abuso sexual, o trabalho infantil, a agressão (física, moral e psicológica), o abandono, entre outras.

No Brasil, os índices de violência contra a criança e o adolescente são altos, sendo que ainda há um número alto de subnotificações, ou seja, casos que não chegam às autoridades, por diversos motivos. Os principais atingidos por violações de direitos são as crianças e os adolescentes negros.

A violência contra crianças e adolescentes negros acontece no Brasil desde o período colonial e permanece até o cenário atual. Essa parcela da população, todos os dias é oprimida, negligenciada, e sofre consequências de todas as formas de violência que possam incidir sobre uma pessoa e/ou comunidade (CAMARGO; ALVES; QUIRINO, 2005, s.p.).

Os dados divulgados por órgãos oficiais dão conta de que a maior parcela das vítimas de todos os tipos de violência contra crianças e adolescentes é negra, o que revela o racismo estrutural presente no país, bem como a classe social à qual a raça negra está associada.

O Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) utiliza cinco categorias de cor/raça para distinguir a população: amarela, branca, indígena, preta e parda. No questionário aplicado pelo referido órgão, o critério para definição é a autodeterminação, ou seja, com qual cor/raça o próprio entrevistado se identifica (IBGE, 2010).

Existem dilemas acerca das cores/raças utilizadas pelos institutos de pesquisa, principalmente no que se refere às classificações “preto” e “pardo”. Apesar das diferenças regionais existentes no país, por conta das

origens étnico-raciais, convencionou-se identificar as pessoas que se autodeeterminam pretas e pardas, como pertencentes à raça negra (LIMA; VERONESE, 2011, p. 180-181).

Segundo dados disponibilizados pela Fundação ABRINQ no Observatório da Criança e do Adolescente, em 2018, o número total de óbitos por homicídio de crianças e adolescentes (ali considerados aqueles com menos de 19 anos) foi de 10.067. Dentro desse número, 866 são pretos e 7.214 pardos. Ainda há 202 crianças e/ou adolescentes que tiveram sua cor/raça ignorada. Enquanto isso, 1.687 do total de óbitos de crianças e adolescentes por homicídio são brancos (ABRINQ, 2018a).

É perceptível a diferença de óbitos por homicídios entre crianças e adolescentes negros e crianças e adolescentes brancos, considerando o critério de raça negra, ou seja, pretos e pardos.

Já os dados de “denúncias” de violência sexual contra crianças e adolescentes feitas ao Disque 100, também são maiores quando relacionados à raça negra. Em 2018, 19.270 crianças e adolescentes foram vítimas de violência sexual (aqui desconsidera outros meios de “denúncia” além do Disque 100). Desse número, 5.731 são crianças e/ou adolescentes brancos, 6.117 pardos e 1.442, pretos. Mais uma vez as crianças e adolescentes são mais vítimas (ABRINQ, 2018b).

Porém, neste último caso, há um número expressivo de “não informados”, ou seja, que a raça/cor foi ignorada, resultando em 5.756 no ano de 2018 (ABRINQ, 2018b). Há que se lembrar, principalmente nos casos de violência física e sexual, a questão da subnotificação, seja por questões burocráticas ou nos fluxos dos órgãos do Sistema de Garantia de Direitos, ou por casos que sequer são “denunciados”.

Os dados relacionados à violência física são expressivamente altos: em 2017, houve um total (notificado) de 59.293 crianças e adolescentes vítimas. Desse número, 4.472 são pretos, 24.471 são pardos e 21.398, brancas. Novamente, com um grande número de casos com raça/cor ignorada: 7.775 crianças e adolescentes (ABRINQ, 2017). Neste caso, a subnotificação é expressivamente grande, devido à cultura menorista, que objetifica as crianças e adolescentes e os consideram propriedade dos pais, deixando de notificar às autoridades e naturalizando a violência física (também se aplica à psicológica).

Há uma grande culpabilização da vítima e da família, pela sociedade, em praticamente todas as violações de direito. De fato, a família assumiu um papel central na vida das crianças e adolescentes, tanto que se preza muito pela convivência familiar e comunitária.

Porém, há uma expressiva omissão do Estado (e às vezes ação, como se tem visto nos recentes homicídios de crianças, adolescentes e jovens negros), no momento em que deixa de formular e executar políticas públicas de prevenção e combate às violações de direito. O Estado precisa dar suporte às famílias, seja ele financeiro, na saúde, na educação, entre tantos outros.

Desta forma, as crianças e os adolescentes negros são os mais atingidos pela não efetivação do seu direito fundamental à segurança. Por consequência, os demais direitos não são efetivados em sua plenitude, eis que, como retratado acima, a garantia do direito à segurança é basilar para a garantia dos demais direitos fundamentais.

4. CONCLUSÃO

A teoria da proteção integral, a partir do artigo 227 da Constituição Federal e do Estatuto da Criança e do Adolescente conferiu às crianças e adolescentes a qualidade de sujeitos de direito, garantindo-lhes formalmente a dignidade, em amplo sentido. Desta forma, não restam dúvidas de que as crianças e os adolescentes também possuem direito fundamental à segurança.

Ainda que haja subnotificações, os dados mostram que as crianças e os adolescentes de raça negra são mais vítimas do sistema. Além das mais diversas violações de direito registrada nos dados, ainda há o racismo estrutural, violação/discriminação presente no cotidiano de todas as crianças e todos os adolescentes, direta ou indiretamente.

Desta forma, em resposta ao problema de pesquisa, a partir da teoria da proteção integral, há garantia formal do direito fundamental à segurança de crianças e adolescentes negros, mas não há garantia material, uma vez que continuam sendo vítimas, em número expressivo, das mais diversas violações.

A pobreza no Brasil está conectada à raça negra. Os pobres são aqueles que mais utilizam das políticas públicas, mecanismos e ações afirmativas criadas pelo Estado. Assim, faz-se necessária a formulação e execução de políticas públicas de prevenção e combate às violações de direito de crianças e adolescentes, com um enfoque específico para a raça.

A família também precisa do incentivo e suporte (financeiro, psicológico, entre outros) do Estado, pois é “quem” está próximo das crianças, podendo contribuir na redução de violações (apesar de muitas delas acontecerem dentro da própria família).

Também é necessário lembrar que, para que todos os demais direitos sejam assegurados, o estado, a sociedade e a família, são responsáveis, em comunhão de esforços, por garantir o direito fundamental à segurança de crianças e adolescentes, em especial às crianças e adolescentes negros, os mais atingidos pela falta de segurança (e por consequência, pela falta da efetivação dos demais direitos).

REFERÊNCIAS

ABRINQ. Observatório da Criança e do Adolescente. Casos notificados de violência física contra crianças e adolescentes segundo cor/raça. 2017. Disponível em: <<https://observatoriocrianca.org.br/cenario-infancia/temas/violencia/1175-casos-notificados-de-violencia-fisica-contra-criancas-e-adolescentes-segundo-cor-raca?filters=1,1773>>. Acesso em: 15 jun. 2020.

ABRINQ. Observatório da Criança e do Adolescente. Denúncias de violência sexual feitas ao Disque 100 - módulo crianças e adolescentes - segundo cor/raça. 2018b. Disponível em: <<https://observatoriocrianca.org.br/cenario-infancia/temas/violencia/1149-denuncias-de-violencia-sexual-feitas-ao-disque-100-modulo-criancas-e-adolescentes-segundo-cor-raca?filters=1,1889>>. Acesso em: 15 jun. 2020.

ABRINQ. Observatório da Criança e do Adolescente. Número de óbitos por homicídio segundo cor/raça. 2018a. Disponível em: <<https://observatoriocrianca.org.br/cenario-infancia/temas/violencia/696-numero-de-obitos-por-homicidio-segundo-cor-raca?filters=1,944>>. Acesso em: 15 jun. 2020.

ÁVILA, Thiago André Pierobom de. A atuação do Ministério Público na concretização do direito fundamental à segurança pública. Revista do Conselho Nacional do Ministério Público, n. 4, p. 159-189, 2014. Disponível em: <<https://ojs.cnmp.mp.br/index.php/revista/article/view/70>>. Acesso em: 15 jun. 2020.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm. Acesso em: 15 jun. 2020.

BRASIL. Estatuto da Criança e do Adolescente. 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069compilado.htm. Acesso em: 15 jun. 2020.

CAMARGO, Climene Laura de; ALVES, Eloina Santana; QUIRINO, Marinalva Dias. Violência contra crianças e adolescentes negros: uma abordagem histórica. *Texto & Contexto - Enfermagem*, Florianópolis, v. 14, n. 4, p. 608-615, out./dez. 2005. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-07072005000400019&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 15 jun. 2020.

CUSTÓDIO, André Viana; VERONESE, Josiane Rose Petry. *Crianças Esquecidas: o trabalho infantil doméstico no Brasil*. Curitiba: Multidéia, 2009.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA - IBGE. *Censo Demográfico 2010 - Questionário Básico*. 2010. Disponível em: <https://censo2010.ibge.gov.br/images/pdf/censo2010/questionarios/questionario_basico_cd2010.pdf>. Acesso em: 15 jun. 2020.

LIMA, Fernanda da Silva; VERONESE, Josiane Rose Petry. *Mamãe África, cheguei ao Brasil: os direitos da criança e do adolescente sob a perspectiva da igualdade racial*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2011.

LIMA, Miguel M. Alves. *O Direito da Criança e do Adolescente: fundamentos para uma abordagem principiológica*. Tese (Doutorado em Direito) - Curso de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2001.

LORENZONI, Pietro Cardia. Uma consequência do direito fundamental à segurança: imperativos implícitos de tutela processual penal. In: MAYA, André Machado; LORENZONI, Pietro Cardia. *Direito Fundamental à Segurança e Direitos de Liberdade: a complexa harmonia em matéria penal*. Porto Alegre: FMP, 2019, p. 67-85.

MOREIRA, Rafael Bueno da Rosa. *As estratégias e ações de políticas públicas para a erradicação da exploração sexual comercial nos municípios brasileiros no contexto jurídico e político da teoria da proteção integral dos direitos da criança e do adolescente*. 2020. 291 f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-graduação em Direito, Universidade de Santa Cruz do Sul, Santa Cruz do Sul, 2020.

VERONESE, Josiane Rose Petry. *Humanismo e infância: a superação do paradigma da negação do sujeito*. In: MEZZARROBA, Orides (Org.). *Humanismo Latino e Estado no Brasil*. Florianópolis: Fundação Boiteux, Treviso: Fondazione Cassamarca, 2003.



A SEGURANÇA JURÍDICA NA SOCIEDADE DE RISCO

LEGAL CERTAINTY IN THE RISK SOCIETY

DIEGO DUTRA WALLAUER¹

RODRIGO ROSA DE LIMA²

Resumo: O presente artigo analisa a garantia da segurança jurídica em tempos de sociedade de risco. Por meio de pesquisa bibliográfica, bem como pelo método hipotético-dedutivo, em um primeiro ponto, analisar-se-á a segurança jurídica, suas bases constitucionais e aplicação, passando-se, posteriormente, à análise da sociedade de riscos, conceitos e consequências na vida social, analisando-se como a forma de atuação do Poder Público, caracterizada pela utilização de fontes já desgastadas no intento de coibir crimes cometidos por organizações criminosas caracterizadas pela complexidade organizacional, influencia na violação da garantia da segurança jurídica. A tentativa de adaptação dos tipos penais preexistentes aos fatos complexos trazidos pela sociedade de risco, por muitas vezes, no intento de efetivar a segurança da sociedade, acaba por trazer insegurança jurídica ao cidadão. Mudanças drásticas de entendimentos jurisprudenciais, que tentam coibir o crime organizado e reestabelecer a paz social também contribuem com a violação da segurança jurídica.

Palavras-chave: Direito Penal; Sociedade de Risco; Segurança Jurídica; Crime Organizado.

Abstract: This essay analyzes the guarantee of legal certainty in times of risk society. Through bibliographic research, as well as by the hypothetic-deductive method, on a first point, it'll be analyzed the legal certainty, its constitutional bases, and application, and then through the analysis of the society of risks, its concepts and consequences in social life, analyzing how the manner that Public Instance operates, characterized by the use of

1 Mestrando em Direito na Fundação Escola Superior do Ministério Público. Advogado. E-mail: wallauer.diego@gmail.com.

2 Advogado, Especialista em Direito de Família e Sucessões pela Fundação Escola Superior do Ministério Público - FMP, Mestrando em Direito Stricto Sensu, pela Fundação Escola Superior do Ministério Público - FMP, e-mail: rodrigoadv@live.com.

sources already worn out in the attempt to avoid crimes of being committed by criminal organizations characterized by organizational complexity, influences the breach of the guarantee of legal certainty. The attempt to adapt the preexisting criminal categories to the complex facts brought by the risk society, often in the attempt to implement security to the society, ends up bringing legal uncertainty to the citizen. Drastic changes in jurisprudential understandings that try to avoid organized crime and restore social peace also contribute to the violation of legal certainty.

Keywords: Criminal Law; Risk Society; Legal Security; Organized crime.

1. INTRODUÇÃO

A segurança jurídica constitui um dos pilares do Estado Democrático de Direito, e possui aplicação fundamental neste cenário de hipercomplexidade, de relações jurídicas dinâmicas, de avanço tecnológico, de promulgação diária de novas leis, tornando o Direito estável no decorrer do tempo e protegendo a justa expectativa do indivíduo em face da atuação estatal.

A sociedade de risco, teoria desenvolvida pelo sociólogo Ulrich Beck, demonstra que essa complexidade expõe as pessoas aos mais variados riscos, aos quais o Estado não tem conseguido prever punições por meio de processos legislativos ágeis, de modo a não punir atos que deveriam sofrer repreensão estatal.

Diante disto, utilizando-se da metodologia hipotético-dedutiva, o objetivo do presente estudo é investigar a garantia da segurança jurídica em tempos de sociedade de risco.

Para tanto, o trabalho é estruturado em duas partes. A primeira investiga a segurança jurídica, suas bases constitucionais e aplicação. A segunda analisa a sociedade de riscos, conceitos e consequências na vida social, enfatizando a atuação do Poder Público, caracterizada pela utilização de fontes já desgastadas para coibir crimes cometidos por organizações cada vez mais organizadas e fortes.

2. A SEGURANÇA JURÍDICA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

A ideia de segurança jurídica supõe uma esclarecedora distinção entre a segurança *pelo* direito e a segurança *do* direito (VALIM, 2009, p. 39). “Não se trata de um mero jogo de palavras, mas um expediente para que autonomizemos o princípio da segurança jurídica”. Segundo Valim (2009, p. 39), a primeira expressão, “segurança *pelo* direito”, representa uma noção clássica, pela qual o Direito, em virtude da positividade de suas normas, representaria as pretensões de paz e ordem. Tal vertente, no entanto, confunde Direito com segurança jurídica e parte da premissa de que todo o Direito seria em tese dotado de segurança aos indivíduos. No presente estudo, tratar-se-á da segurança do Direito, pela qual concebe-se o instituto como ferramenta de autocorreção do próprio Estado de Direito por meio da previsão de normas que assegurem a integridade do próprio sistema jurídico, cada vez mais complexo.

Com efeito, a adoção do Estado Democrático de Direito, conforme previsto no artigo 1º, *caput*, da Constituição impôs uma alteração substancial no campo da validade da lei, que deixa de estar vinculada, como nos paradigmas anteriores do Estado Moderno, à simples regularidade do processo legislativo, agregando-se a necessidade de compatibilização com as normas e garantias constitucionais (ZAGREBELSKY, 2011, p. 28-29).

No que tange especificamente à segurança jurídica, apesar de possuir referência expressa apenas no artigo 103-A, §1º, da Constituição Federal, tem-se que se trata de garantia prevista no rol de direitos fundamentais, tanto no preâmbulo quanto no *caput* do artigo 5º da Carta Constitucional (ÁVILA, 2011, p. 203-204). Concebe-se a segurança jurídica em dois sentidos. Pelo sentido amplo, tem por escopo garantir e proteger, de forma geral, diversos campos do Direito. Pelo sentido estrito, objetiva a estabilidade das relações jurídicas, garantindo solidez ao indivíduo em suas escolhas, no sentido de que, mesmo se houver modificação legislativa, eventual relação jurídica estabelecida permanecerá inalterada (SILVA, 2006, p. 6654).

Na realidade social, caracterizada pelo dinamismo das relações jurídicas e, sobretudo, pela promulgação diária de uma infinidade de leis novas, a segurança jurídica possui função imprescindível, no sentido de estabilizar o Direito no decorrer do tempo. “É aqui que entra a segurança jurídica como um direito fundamental” (FERRAZ JR., 2005, p. 264-265).

Na medida em que consagrada como direito fundamental, nos exatos termos do artigo 5º, §1º, da Constituição Federal, tem-se que a segurança jurídica possui aplicação irrestrita e imediata (DIMOULIS; MARTINS, 2014, P 95), revestindo-se do caráter de direito subjetivo, cujo exercício pode se dar tanto verticalmente, em face do Estado, quanto horizontalmente, em face de outro particular (OLIVEIRA, 2015, p. 28). A eficácia horizontal também possui um efeito indireto, de irradiação, sobre a legislação comum (DIMOULIS; MARTINS, 2014, p. 105).

A segurança jurídica se aplica não apenas para evitar a arbitrariedade, mas também para exigir dos órgãos governamentais que atuem por meio de “normas gerais, claras, conhecidas, relativamente constantes ao longo do tempo, prospectivas, não contraditórias e possíveis de cumprir” (WALDRON, 1989, p. 84), permitindo ao indivíduo que determine, mediante informações confiáveis, as suas atitudes e escolha livremente o curso de sua vida (ÁVILA, 2019, p. 14).

Em suma, para que a segurança jurídica seja efetivada, imperioso se faz que o ordenamento jurídico se caracterize pela “cognoscibilidade, confiabilidade e calculabilidade” (ÁVILA, 2011, p. 211).

Por meio da cognoscibilidade, exige-se que o Direito seja compreendido pelo indivíduo, de modo que a lei tenha condições de orientar plenamente os sujeitos que a ela devem respeitar (RAZ, 1979, p. 213-214). Por confiabilidade, impõe-se que ao indivíduo sejam garantidos o cumprimento e a realização do Direito previsto, devendo existir “um estado de intangibilidade de situações passadas, de durabilidade do ordenamento jurídico e de irretroatividade de normas presentes” (ÁVILA, 2011, p. 291-292). Por fim, em relação à calculabilidade do Direito, a segurança jurídica atuará de modo a evitar surpresas por mudanças repentinas e improváveis na lei, ou seja, o Direito somente será calculável se o sujeito tiver condições de identificar a forma e os momentos em que a lei poderá ser alterada, de modo a, hoje, poder “presentificar o futuro” (ÁVILA, 2011, p. 292).

Analisando-se a questão sob este prisma, entende-se que descumprir a segurança jurídica implica violação ao próprio Estado Democrático de Direito. Tal infração ocorre quando, por exemplo, o indivíduo é surpreendido pela má aplicação ou pela aplicação retroativa de uma norma. Em tal paradigma os indivíduos devem ser tratados como sujeitos que possuem autonomia, viabilizando que planejem suas atitudes e seu futuro de acordo com a lei (RAZ, 1979, p. 222). Isto quer dizer que se não houver segurança jurídica não haverá dignidade, liberdade, e muito menos um Estado Democrático de Direito (ÁVILA, 2019, p. 19).

Segundo Ávila (2019, p. 19), somente há segurança jurídica

quando o indivíduo conhece e compreende o conteúdo do Direito, quando tem assegurados no presente os direitos que conquistou no passado e quando pode razoavelmente calcular as consequências que serão aplicadas no futuro relativamente aos atos que praticar no presente.

Nesta senda, a segurança jurídica se mostrará efetivada quando o ordenamento jurídico conferir aos cidadãos a cognoscibilidade, a confiabilidade e a calculabilidade do Direito. Em conjunto com a legalidade, a segurança jurídica constitui os “dois pilares de sustentação do Estado de Direito” (SILVA, 2005, p. 54).

3. SOCIEDADE DE RISCO E SEGURANÇA JURÍDICA

A emergência da sociedade de risco forja uma nova percepção da sociedade moderna, que praticamente se sente obrigada a refletir sua situação e seu desenvolvimento, tendo agora uma missão de formular questões do presente e do futuro, num cenário dramaticamente perturbador pelas incertezas produzidas no curso de sua evolução.

Na visão do sociólogo alemão Ulrich Beck (2013, p. 28), a sociedade de risco se constitui em uma sociedade catastrófica, em que o estado de exceção tem fortes possibilidades de tornar-se normal. Isto porque os riscos suportados pela sociedade atual diferem dos assumidos pelas comunidades passadas, “fundamentalmente por conta da globalidade de seu alcance (ser humano, fauna, flora) e de suas causas modernas. São riscos da modernização. São um produto de série do maquinário industrial do progresso” (BECK, 2013, p. 26).

A sociedade de risco cria novas realidades, novos fatos. A evolução científica e tecnológica conforma novos riscos, impondo “ao Estado um novo padrão de proteção, distinto do clássico paradigma de tutela dos bens jurídicos primários, característico do Direito Penal liberal”. (MAYA, 2017, p. 4). Ademais, dada a complexidade do cenário criado pela sociedade de riscos, tem-se que o Estado e as “instituições políticas convertem-se em gerenciadoras de um processo que elas nem planejaram e nem definiram, mas pelo qual elas têm de responder” (BECK, 2013, p. 280).

Na atualidade, vê-se que o crime organizado afeta e impacta diretamente a vida moderna, aumentando sobremaneira os riscos na socieda-

de, evidenciando-se o dilema: de um lado, há a necessidade de proteção e efetivação da segurança, em especial a jurídica, que constitui obrigação do Estado; de outro, o avanço das organizações criminosas que se desenvolvem mais rapidamente do que a produção legislativa, lesando a sociedade como um todo. Exemplos disso são facilmente constatados nos casos de crime de colarinho branco, corrupção, crimes ambientais, dentre outros.

Buscando resolver este complexo impasse, é necessário que o Estado adote medidas destinadas a fortalecer a legislação nacional e a cooperação internacional no combate aos grandes crimes que causam descompasso entre a segurança almejada e a sociedade de risco (NOTARI e LEAL, 2015, p. 191).

Sabe-se que, em tese, a definição da punibilidade desses novos riscos competiria ao Poder Legislativo, que sabidamente não é capaz de acompanhar as alterações promovidas pelo avanço das relações sociais. Nesta espécie de vácuo legislativo, o Poder Judiciário acaba tomando a frente da condução da segurança pública (REIS; CARICATI; GIUBLIN, 2018, p. 465). Neste contexto, as medidas estatais adotadas no intento de coibir o crime na sociedade de risco, muitas vezes acabam por violar a segurança jurídica e a justa expectativa que o cidadão deveria ter na previsibilidade do Direito. Algumas decisões exaradas pelo Poder Judiciário, que deveria garantir a integridade e promover a aplicação uniforme da lei penal, acabam por colocar o jurisdicionado em situação de dúvidas e incertezas.

Um caso conhecido de insegurança jurídica pode ser visto no caso da prisão em segunda instância. Recentemente, o Supremo Tribunal Federal promoveu uma verdadeira surpresa no jurisdicionado. No ano de 2009, fixou o entendimento de que o cumprimento da sentença penal condenatória se daria apenas após o trânsito em julgado. Posteriormente, em 2016, reviu sua jurisprudência, firmando posição majoritária no sentido de permitir a prisão após decisão colegiada em segundo grau. Ao final, em 2019, retomou o primeiro entendimento, marcando posição no sentido da impossibilidade da prisão enquanto ainda pende decisão de órgão superior³.

3 Em 2009, o Supremo Tribunal Federal (STF) determinou que o réu só poderia ser preso após o trânsito em julgado, ou seja, depois do recurso a todas as instâncias. Antes do esgotamento de recursos, ele poderia no máximo ter prisão preventiva decretada contra si. (HC 126292)

Já em fevereiro de 2016, o Supremo decidiu que um réu condenado em segunda instância já pode começar a cumprir sua pena – ou seja, pode ser preso mesmo enquanto recorre aos tribunais superiores. Naquele momento, a regra foi aplicada ao caso de um réu específico. No mesmo ano, o STF reafirmou a decisão, que passou a ter validade para todos os casos no Brasil. (HC 84078)

A mudança de posicionamento do STF em relação ao assunto da prisão após o julgamento em segunda instância foi polêmica, provocando manifestações de diversos juristas em sentidos opostos. A referida mudança vertiginosa (e surpreendente) de posicionamento, por um lado, demonstrou a preocupação do Poder Judiciário com a desatualização das leis que, portanto, não fornecem a garantia de segurança, posto que promovem a demora no julgamento e, em consequência, conduzem à prescrição da pretensão punitiva do Estado. No entanto, a mencionada mudança de entendimento demonstra uma violação quebra do princípio da segurança jurídica, já que o posicionamento de uma Corte Suprema deve ser firme, respeitado e previsível.

O que se observa é que em uma sociedade de risco, o objeto de maior contraste é “a distinção da segurança em sentido objetivo, de proteção a riscos e perigos efetivos, quanto subjetivo ou interno” (BALTAZAR JUNIOR, 2010, p. 187).

Ao Estado compete a garantia da segurança de seus jurisdicionados, conforme já enfatizado, mas o que se nota é que no afã de efetivar este direito, muitas vezes acaba por deixar de lado outras garantias fundamentais de igual importância, como por exemplo a segurança jurídica.

Ao Estado é proibido ser insuficiente, ou seja, ele deve garantir a segurança. Ocorre que o Estado perpassa pela crise ocasionada pela globalização e pela sociedade de risco e, com isto, exsurge uma crise de identidade e confiança na constituição e nos direitos fundamentais (SARLET, 2006, p. 164).

Assim, na já citada alteração de entendimento do Supremo Tribunal Federal, muito embora tenha ocorrido no intento de combater o crime organizado, tem-se que acabou por contribuir com a instabilidade social, de modo a afetar sobremaneira a segurança jurídica, colocando em risco a legítima expectativa depositada pelo indivíduo no Estado.

Conforme explica LEAL (2020, p. 46), “*desde antes da formação do Estado Liberal, mesmo nos sistemas ainda autoritários de governos, a norma jurídica vem concebida como baluarte contra o arbítrio de tiranos*”, ou seja, a norma serve de baliza ao abuso de poder, o que conduz ao entendimento de que a modificação de uma norma com base em entendimentos jurisprudenciais contraditórios viola a segurança jurídica, ampliando os malefícios já tão extensos em uma sociedade de risco.

Em 2019, a constitucionalidade da condenação em segunda instância voltou ao Supremo Tribunal Federal para novo julgamento. Apesar de a questão ser, em grande medida, um dos pilares da Operação Lava Jato, o Ministro Dias Toffoli afirmou que “o julgamento não se refere a nenhuma situação particular”. (ADCs 43, 44 e 54).

Vive-se em um mundo no qual novos bens jurídicos surgem diariamente, e o Estado é incapaz de acompanhar estas mudanças. Neste contexto, ao atuar em confronto à segurança jurídica, o próprio Estado contribui com o aumento da insegurança e, conseqüentemente, com o fomento da sociedade de risco⁴.

BECK (2013, p. 24) enfatiza que “a promessa de segurança avança com os riscos e precisa ser, diante de uma esfera pública alerta e crítica, continuamente reforçada por meio de intervenções”. No entanto, a segurança jurídica também deve ser respeitada e efetivada, sob pena de violar-se o próprio paradigma do Estado Democrático de Direito.

4. CONCLUSÃO

O presente trabalho buscou demonstrar a importância de respeito e efetivação da segurança jurídica, e os desafios impostos pela sociedade de risco vivenciada hodiernamente. Se por um lado ao Estado cabe proteger seus jurisdicionados, de outro não pode cometer excessos.

A legislação não consegue acompanhar de forma adequada o avanço da tecnologia e dos novos riscos surgidos diariamente, razão pela qual o Poder Judiciário atua no intento de superar vácuos legislativos e interpretativos, fato que, por vezes, acaba por violar a segurança jurídica, trazendo mais insegurança do que protegendo.

Apesar da demora nos julgamentos, que muitas vezes acabam por prescrever atos criminosos, entende-se que o Estado acaba por cometer excesso quando, conforme visto, em 10 (dez) anos muda três vezes seu posicionamento sobre um determinado assunto (prisão em segunda instância), desgastando assim um dos pilares da Constituição, a segurança jurídica e contribuindo para o incremento da sociedade de risco.

Por óbvio, não se está afirmando que todo o ato jurisdicional contribui para o fomento da sociedade de riscos. O papel do Poder Judiciário é fundamental para o perfeito funcionamento do Estado Democrático de Direito e para a persecução penal.

4 “O Direito Penal é um instrumento qualificado de proteção de bens jurídicos especialmente importantes. Fixado este ponto, parece obrigatório levar em conta a possibilidade de que sua expansão obedeça, ao menos em parte, já a aparição de novos bens jurídicos – de novos interesses ou de novas valorações de interesses preexistentes -, já ao aumento do valor experimentado por alguns dos que existiam anteriormente, que poderia legitimar sua proteção por meio do Direito Penal. (SÁNCHEZ, 2002, p. 27)

Há muito ainda o que se analisar quando as causas da sociedade de risco. No entanto, é necessário atentar que em um Estado Democrático de Direito, a lei deve ser clara e firme a ponto de garantir a estabilidade das relações jurídicas e, portanto, garantir a segurança e a previsibilidade das relações sociais.

O tema é extenso e merece ser aprofundado, devendo o Estado combater o crime organizado, um dos fatores fomentadores da sociedade de risco, sem, contudo, quebrar a confiança nas instituições e mantendo a segurança jurídica intacta.

REFERÊNCIAS

ÁVILA, Humberto. Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no direito tributário. São Paulo: Malheiros, 2011.

ÁVILA, Humberto. Constituição, liberdade e interpretação. São Paulo: Malheiros, 2019.

BECK, Ulrich. Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade. Trad. Sebastião Nascimento. 2ª ed. São Paulo: Ed. 34, 2013.

BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. Crime Organizado e Proibição de Insuficiência. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 126292, Relator Min. Teori Zavaski, julgado em, 17/02/2016. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 84078, Relator Min Eros Grau, julgado em 05/02/2009. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ações Diretas de Constitucionalidade nº 43, 44 e 54, julgadas no ano de 2019. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal.

DIMOULIS, Dimitri. MARTINS, Leonardo. Teoria geral dos direitos fundamentais. 5ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2014.

FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. Segurança jurídica, coisa julgada e justiça. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, Porto Alegre, v.1, n. 3, p. 263-278, 2005, p. 264-265.

LEAL, Rogério Gesta. O direito penal e processual penal na sociedade de riscos: aspectos teóricos e pragmáticos (estudos de casos). São Paulo: Tirante Lo Blanch, 2020.

MAYA, André Machado. O processo penal na sociedade de risco: a persecução penal entre os ideais de liberdade e segurança. *Revista de Direito Penal, Processo Penal e Constituição*, Brasília, v.3, n.1, p. 97-117, jan./jun. 2017.

NOTARI, Márcio Bonini; LEAL, Rogério Gesta. O crime de lavagem de dinheiro no âmbito da convenção da OCDE e as políticas públicas de combate à corrupção. *Revista do Direito Público*, Londrina, v.10, n.2, p. 187-206, mai./ago. 2015.

OLIVEIRA, Paulo Mendes de. Coisa julgada e precedente: limites temporais e as relações jurídicas de trato continuado. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

RAZ, Joseph. The rule of law and its virtue. In: *The authority of law. Essays on law and morality*. Oxford: Oxford University Press, 1979.

REIS, Clayton; CARICATI, Fabiana Baptista Silva; GIUBLIN, Priscila. Sociedade de risco, definição democrática do risco e segurança jurídica. *Percurso*, [S.I.], v. 2, n. 25, p. 448-471, dez. 2018. Disponível em: <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/percurso/article/view/3120>. Acesso em: 30 jun. 2020, 10:28.

SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição, proporcionalidade e direitos fundamentais: o direito penal entre proibição de excesso e de insuficiência. *Revista Opinião Jurídica*, n. 7, 2006.

SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

SILVA, Almiro do Couto e. O princípio da segurança jurídica no direito público brasileiro e o direito da administração pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da Lei do processo administrativo da União (Lei 9.784/1999). In: ÁVILA, Humberto (org). *Fundamentos do estado de direito: estudos em homenagem ao professor Almiro do Couto e Silva*. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA, José Afonso da. Constituição e segurança jurídica. Fórum Administrativo – Dir. Público – FA, Belo Horizonte, ano 6, n. 59, p. 6653-6661, jan. 2006.

VALIM, Rafael Ramires. O princípio da segurança jurídica no direito administrativo. Dissertação de Mestrado. Pontifícia Universidade Católica. São Paulo, 2009.

WALDRON, Jeremy. The rule of law in contemporary liberal theory. Ratio Juris, v.2, n.1, p. 79-96, mar. 1989.

ZAGREBELSKY, Gustavo. El derecho dúctil: Ley, derechos, justicia. 10ª ed. Trad. De Marina Gascón. Ed. Trotta: Madrid, 2011, p. 28-29.



**ANÁLISE DA POSSIBILIDADE DE SUSPENSÃO
COMPULSÓRIA DA CONVIVÊNCIA
PARENTAL FACE À CRISE SANITÁRIA
CAUSADA PELO COVID-19**

**ANALYSIS ON THE POSSIBILITY OF COMPULSORY
SUSPENSION OF PARENTAL
ACQUAINTANCESHIP FACING THE
HEALTH CRISIS CAUSED BY COVID-19**

MICHAEL ALMEIDA DI GIACOMO¹

THATYANE REGINA GOMES OLIVEIRA COLARES²

Resumo: O presente artigo tem por objeto de estudo as decisões em nossos Tribunais sobre a possibilidade de suspensão compulsória do direito à convivência parental face ao atual período de enfrentamento à pandemia mundial causada pelo Covid-19. Nesse sentido, a pesquisa analisa a prevalência do direito à saúde como limitador do exercício à convivência, bem como, a necessária preservação do núcleo fundamental do referido instituto. A fim de ir ao encontro das decisões judiciais, lança-se mão do método empírico na distinção doutrinária e legislativa sobre a matéria, no âmbito nacional e internacional. Na organização do texto, tem-se um

1 Advogado. Mestre em Direito pela Fundação Escola Superior do Ministério Público/RS. Especialista em Direito Constitucional pela Faculdade de Direito Prof. Damásio de Jesus/SP. <http://lattes.cnpq.br/4129529576917830> e-mail: michaeldi-giacomo@hotmail.com

2 Advogada. Mestranda em Direito na Fundação Escola Superior do Ministério Público/RS. Especialista em Direito Processual Civil; em Direito e Processo do Trabalho e; em Direito Eletrônico. <http://lattes.cnpq.br/8074641519035421> e-mail: thatyaneoliveira@terra.com.br

caminho dedutivo, do geral para o particular. Em breves considerações finais, a constatação que a suspensão compulsória, em determinadas situações, é decisão adequada quando encontra um meio alternativo de convivência e seja estipulado um prazo para que seja restabelecido o *status quo ante*.

Palavras-chave: Constituição. Convivência Parental. Covid-19. Família. Suspensão Compulsória.

Abstract: The purpose of this article is to study the decisions in our Courts on the possibility of compulsory suspension of the right to parental coexistence in view of the current period of confrontation with the world pandemic caused by Covid-19. In this sense, the research analyzes the prevalence of the right to health as a limiter of the exercise to coexistence, as well as the necessary preservation of the fundamental nucleus of the referred institute. In order to meet judicial decisions, the empirical method is used in the doctrinal and legislative distinction on the matter, at the national and international levels. In the organization of the text, there is a deductive path, from the general to the particular. In brief final considerations, the finding that compulsory suspension, in certain situations, is an appropriate decision when it finds an alternative means of coexistence and a deadline is established for the status quo ante to be reestablished.

Keywords: Access to Information. Constitution. Constitutional Rights. Publicity. Transparency.

1. INTRODUÇÃO

O atual contexto social de enfrentamento ao Covid-19, uma pandemia que atinge proporções globais, tem causado uma série de efeitos colaterais nas relações interpessoais neste início de século. Com isso, na ideia de combate à disseminação do vírus, a orientação e o incentivo ao isolamento social tem sido um procedimento adotado em muitos países, e defendido por especialistas como Tedros Adhanom Ghebreyesus, diretor geral da Organização Mundial da Saúde (OMS), ao enfatizar: “É vital respeitar a dignidade do próximo. É vital que os governos mantenham informados e apoiem o isolamento” (OMS, 2020, *on-line*). Nessa ideia de promoção e orientação ao isolamento social, não somente as relações econômicas ou trabalhistas, para ficar em breves exemplos, aca-

baram por sofrer impactos significativos, mas, muitos outros institutos, como no caso, as relações parentais e os acordos ou decisões judiciais de convivência entre pais e filhos. Sob esse contexto, no sentido de primar pela proteção às crianças e aos adolescentes, muitos governantes determinaram a suspensão do calendário escolar no modo presencial. Além do resguardo à saúde, cuida-se de não os ter como vetores na disseminação da doença para seus familiares, especialmente, os considerados grupos de risco. Com efeito, nos últimos meses, os pais passaram a ter mais tempo de convivência com seus filhos, no entanto, essa nova rotina acabou por ter reflexo direto nas famílias em que os genitores exercem a guarda compartilhada ou unilateral de suas proles. No entanto, a necessidade de isolamento social levou à suspensão compulsória, mesmo que temporária, em alguns casos, do direito à convivência do pai ou mãe que não resida na mesma casa que seu filho.

Neste contexto, à guisa de introdução e a partir das referidas ideias, por meio do presente artigo busca-se analisar às decisões proferidas pelo Poder Judiciário com a suspensão compulsória do direito à convivência face ao advento da pandemia causada pelo Covid-19. Como objetivo geral, o estudo da colisão do exercício do direito à convivência em face da prevalência do direito à saúde e seus fundamentos. Como objetivo específico, tem-se a análise da preservação do núcleo fundamental do direito à convivência com a aferição do modo escolhido pelos magistrados a fim de tutelar o exercício do referido direito. Para uma melhor compreensão do leitor, o desenvolvimento do trabalho é dividido em duas etapas: na primeira, tendo por fundamento a previsão Constitucional, a legislação infraconstitucional e a matéria em Direito comparado a fim de compreender os aspectos e fundamentos do direito à convivência parental enquanto direito humano basilar na formação e desenvolvimento dos infantes. A seguir, tem-se a análise de caso propriamente dita, com a aferição dos julgados pátrios a contextualizar a legislação vigente com a necessidade de readequação de acordos e decisões judiciais já consolidadas a partir da decisão de suspensão compulsória da convivência parental. Em relação à metodologia, adota-se o estudo empírico, tendo por fundamento a Constituição da República de 1988, a legislação infraconstitucional, a doutrina especializada, no âmbito nacional e internacional e os julgados atualizados sobre a matéria. Na organização do texto, foi adotado um caminho dedutivo – do geral para o particular.

2. O DIREITO À CONVIVÊNCIA FAMILIAR SOB A ÓTICA DO DIREITO PÁTRIO E DO DIREITO COMPARADO

A Declaração dos Direitos da Criança, de 1959, adotada pela Assembleia das Nações Unidas e ratificada pelo Brasil, no princípio 6º, prevê o tratamento da convivência familiar enquanto direito da criança e do adolescente, ao referir-se que “para o desenvolvimento completo e harmonioso de sua personalidade, a criança precisa de amor e compreensão. Criar-se-á, sempre que possível, aos cuidados e sob a responsabilidade dos pais” (ONU, 1959). O princípio elenca a existência dos aspectos relacionados na constituição do direito à convivência familiar, tais como: o desenvolvimento da personalidade da criança na família e no ambiente a ser criada, a responsabilidade do Estado e da sociedade no auxílio às crianças em situação de vulnerabilidade.

No período de sua vigência, os princípios elencados na Declaração foram avaliados e fundamentaram novos dispositivos, agora, presentes na Convenção Internacional dos Direitos da Criança, adotada pela Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas, (UNICEF, 1989), tendo sido promulgada pelo Brasil por meio do Decreto nº 99.710/1990 (BRASIL, 1990). Com efeito, os Estados signatários, conforme artigo 9.3, “devem respeitar o direito da criança que foi separada de um ou de ambos os pais a manter regularmente relações pessoais e contato direto com ambos”, e a par do artigo 10.2, “a criança de pais que residam em Estados diferentes deverá ter o direito de manter periodicamente relações pessoais e contato com ambos”. (UNICEF, 1989).

No Brasil, tendo por primazia a Constituição da República de 1988, tem-se estabelecido um rol de princípios e regras a fim de assegurar os direitos fundamentais dos cidadãos e os deveres do Estado. No que importa à convivência familiar, resta disciplinado no artigo 227, que “é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde [...] à liberdade à convivência familiar e comunitária” (BRASIL, 1988). Em sede de legislação infraconstitucional, o Estatuto da Criança e do Adolescente, em simetria com a norma Constitucional, aduz em seu artigo 4º, que “é dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, [...] à liberdade e à convivência familiar”. E, no capítulo III, o artigo 19 aduz a normatização do direito da criança e do adolescente “a ser criado e educado no seio de sua família [...] assegurada a convivência

familiar e comunitária”. (BRASIL, 1990). A partir dos referidos dispositivos foi formulado o Plano Nacional de Promoção, Proteção e Defesa do Direito de Crianças e Adolescentes à Convivência Familiar e Comunitária, o qual reconhece que “a convivência familiar é fundamental para o desenvolvimento da criança e do adolescente, os quais não podem ser concebidos de modo dissociado de sua família” (BRASIL, 2006, p. 29).

Dessa maneira, no que se refere ao direito à convivência familiar, é fácil constatação que o referido instituto deve ser aferido a par da efetiva participação de todos os membros do grupo que se entenda por família. Como isso, todos devem ser estimulados a participar do dia a dia dos infantes, a estimular a autoestima, a satisfação afetiva e “um desenvolvimento sadio a partir de um vínculo de afeto e confiança com um adulto” (FACHINETTO, 2009, p. 62).

3. A POSSIBILIDADE DE SUSPENSÃO COMPULSÓRIA DO DIREITO À CONVIVÊNCIA PARENTAL FACE À CRISE SANITÁRIA CAUSADA PELO COVID-19

Com a pandemia causada pelo surto da Covid-19, desde janeiro do corrente ano, todos as nações estão enfrentando uma Emergência de Saúde Pública de Importância Internacional, conforme declaração a Organização Mundial de Saúde (ONU, 2020). Desse modo, muitas medidas, antes inéditas, foram adotadas a fim de conter a disseminação do vírus e, por consequência, não sobrecarregar o sistema de saúde. No que se refere ao direito à convivência parental, devido à necessidade de isolamento social, os filhos em que os pais exercem a sua guarda compartilhada ou unilateral tiveram, em algumas situações, a suspensão de forma compulsória do seu direito à convivência parental. A medida, potencializada face a dificuldade do diálogo e da instituição de novas regras para o período de excepcionalidade, tem por fundo a proteção das crianças sob o argumento de que os deslocamentos representam riscos à sua saúde. Com isso, alguns julgados pátrios, com base nas recomendações das autoridades públicas de saúde ao isolamento social, têm deferido demandas por parte dos genitores no encontro da suspensão do contato na forma presencial com seus filhos no decorrer do período pandêmico, ou em períodos específicos, a depender do caso concreto.

É o exemplo do julgado apreciado na 2ª Vara de Famílias e Sucessões da cidade de Presidente Prudente, Estado de São Paulo, em que o magistrado suspendeu, inicialmente, por catorze dias o direito de visitas do pai a sua filha de sete anos. O referido, que tem por profissão ser piloto de aviação em uma empresa de grande porte, teve como pretensão realizar uma viagem com a filha para Bariloche, na Argentina. A mãe, que tem um filho de um ano e cinco meses, fruto de outra relação, arguiu que o bebê apresenta quadro de bronquite e que uma possível contaminação da sua irmã, em virtude da proximidade entre ambos, o colocará em uma situação de risco. Na decisão prolatada, o magistrado asseverou que,

[...] noutros termos, em razão da pandemia mundial decorrente da propagação do Coronavírus é realmente recomendável, por força da profissão exercida pelo requerido, por algum tempo, deixe de manter contato com seus filhos. É algo que no momento e infelizmente o bom senso nos impõe. (SÃO PAULO, 2020, p. 1-2).

O pai restou impedido de contato presencial com sua filha pelo período de catorze dias, a partir do seu retorno da Argentina, sendo que a decisão “pode ser revisada para menos (ou mais?), caso as recomendações das autoridades públicas de saúde o permitirem ou exigirem o agravamento das restrições já conhecidas” (SÃO PAULO, 2020, p.2). Um fato a ser destacado na leitura da decisão, é que ao pai não restou vislumbrado uma outra forma de contato, seja por telefone, internet, ou mesmo ver sua filha a uma distância segura de no mínimo dois metros como recomendam as autoridades sanitárias.

Na capital federal, o pedido *sui generis* de um pai determinou a suspensão temporária do regime de visitas a sua filha. O requerente arguiu que por viver com seus genitores, já idosos, integrantes, dessa forma, do grupo de risco estabelecido pelas autoridades sanitárias, ao promover o deslocamento no encontro de sua filha poderia se contaminar e, assim, colocaria em risco a vida dele e dos demais familiares. A demanda, que no juízo *a quo* resultou na procedência do pedido, com a anuência da mãe, acabou sendo apreciada em sede de recurso pela 8ª Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios - TJDF, visto que a mãe formulou pedido de reconsideração. Nos fundamentos postos pelo Desembargador relator, que deferiu liminarmente o requerimento do pai, consta que,

[...]. As autoridades públicas de todas as esferas de poder, cientes da inquestionável gravidade dos fatos, adotaram diversas medidas de isolamento social no intuito de diminuir a velocidade de propagação da pandemia, pontuou o relator que considerou prudentes os argumentos relativos à preservação da saúde da filha e dos pais do genitor, idosos. (DISTRITO FEDERAL, 2020, *on-line*).

Com efeito, a decisão prolatada teve por princípio preservar o interesse da criança e a sua saúde com a suspensão das visitas no período em que vigorarem as medidas de isolamento social determinadas pelas autoridades sanitárias. No Rio Grande do Sul, junto a 1ª Vara de Família e Sucessões da cidade de Taquari, a sentença proferida alterou temporariamente a forma de visitação do pai ao seu filho de apenas um ano de idade. O pedido, requerido pela mãe da criança, teve por fundo o fato de o infante, ainda estar em fase de amamentação, e ficar sob o risco de uma possível contaminação caso fosse mantida a rotina de visitas. Em sua cognição o magistrado considerou que,

[...] os cuidados, portanto, devem ser extremos, obedecendo às recomendações da OMS. Se o isolamento social é necessário a jovens adultos e saudáveis, o que se dirá em relação a crianças na primeira infância. (RIO GRANDE DO SUL, 2020, *on-line*).

Em sua ponderação, o magistrado asseverou da necessidade da suspensão compulsória, entretanto, teve atenção na preservação do núcleo do direito fundamental de convivência parental ao determinar que os pais devem fazer contato por aplicativo que permita a visualização por vídeo, ao vivo, duas vezes por semana, pelo prazo mínimo de 10 minutos. No seu entender, “muitas alternativas já foram ventiladas para a visitação neste período, a fim de sacrificar na menor medida o direito de convivência [...], mas a visitação virtual é a melhor dela ao caso” (RIO GRANDE DO SUL, 2020, *on-line*). Em sentido contrário às decisões alhures, a 7ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em sede de Agravo de Instrumento, decidiu uma outra situação *sui generis*, em que a filha está sob a guarda do pai em Porto Alegre. A mãe, que não reside na cidade, veio ficar um tempo curto na capital, até os festejos da Páscoa. No entanto, devido a suspensão de suas atividades laborais no período da pandemia, requereu que lhe fosse assegurado o direito ao convívio com a criança junto à residência da avó materna. O juízo *a quo* indeferiu a demanda da genitora, entendendo que a convivência deveria se dar, pro-

visoriamente, em caráter virtual, face ao período pandêmico. Em sede de Agravo de Instrumento, o Desembargador relator deferiu parcialmente a pretensão da mãe, nos seguintes termos:

[...], contudo, a fim de preservar a necessária convivência entre mãe e filha, deve ser regularizada a visitação materna. Cabível a pretensão de visitação, não obstante o evento Covid-19, uma vez que a mãe certamente empreenderá todos os cuidados que a etiqueta médica recomenda para preservar a saúde da criança. (RIO GRANDE DO SUL, 2020, *on-line*).

A pretensão primeira não foi concedida à mãe, ou seja, a convivência na residência da avó materna, mas, entendeu o magistrado que não havia óbice para o convívio presencial, sempre que não houver comprovação de riscos adicionais à criança, mesmo no atual cenário de crise sanitária. Como é possível constatar nos julgados apreciados, há uma prevalência muito firme na tutela do direito fundamental à saúde. Por outro viés, uma vez que é fundamental para a formação dos infantes, não é de se olvidar que o núcleo do direito à convivência parental deve ser preservado. Dessa forma, é preciso sensibilidade por parte do julgador a fim de que o “excesso de cuidado” por uma das partes, não seja motivo para que a outra tenha demasiada restrição na convivência com seu filho e possa ser tipificado como alienação parental.

4. CONCLUSÃO

A pandemia que ora enfrentamos tem causado inúmeros questionamentos e uma readequação da ordem jurídica, em muitas áreas, a fim de resolver questões que se impõe face à necessidade de proteção à saúde das pessoas. Em relação ao objeto do presente artigo, um desses pontos de conflito surge nas relações parentais, mais precisamente no exercício do direito à convivência entre pais e filhos. No caso, a escolha pela suspensão compulsória do direito à convivência parental, como foi possível de ser aferido, tem sido a decisão majoritária em nosso Tribunais.

Com efeito, quando não há a possibilidade de resolução por meio do diálogo entre as partes, cabe ao Poder Judiciário tutelar o direito na medida de sua eficácia e proteção do seu núcleo fundamental. Nessa limitação do direito à convivência, os julgados analisados prezam pelo res-

guardo sanitário das partes envolvidas e levam em consideração todos as pessoas pertencentes ao núcleo familiar. Dessa maneira, as decisões prolatadas devem encontrar um meio alternativo para que o genitor limitado tenha contato com seu filho, bem como, entendemos que o prazo estipulado da suspensão deve estar devidamente claro e especificado.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. (1988). In: Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF. 05 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em: 01 jun. 2020.

BRASIL. Decreto nº 99.710, de 21 de novembro de 1990. Promulga a Convenção sobre do Direito da Criança. In: Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF. 22 nov. 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d99710.htm Acesso em: 04 jun. 2020.

BRASIL. Lei nº 10.046, de 10 de janeiro de 2020. Institui o Código Civil. “Artigo 1.630. Os filhos estão sujeitos ao poder familiar [...]”. In: Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF. 10 jan. 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2020/110406.htm Acesso em: 02 jun. 2020.

BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente. “Artigo 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral [...]”. In: Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF. 13 jul. 1990. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm Acesso em: 02 jun. 2020.

BRASIL. Presidência da República. Secretaria Especial dos Direitos Humanos. Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome. Plano Nacional de Promoção, Proteção e Defesa do Direito de Crianças e Adolescentes à Convivência Familiar e Comunitária. Brasília, DF, dezembro de 2006. Disponível em: http://www.dhnet.org.br/dados/pp/a_pdfdht/plano_nac_convivencia_familiar.pdf Acesso em: 04 jun. 2020.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Justiça suspende visitas paternas temporariamente para evitar disseminação do co-

ronavírus. Copyright Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios- TJDFDT. Abril de 2020. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/noticias/2020/abril/coronavirusdesembargador-suspende-temporariamente-visitas-de-pai-a-filha-menor-de-idade> Acesso em: 13 jun. 2020. (Segredo de Justiça).

FACHINETTO, Neidemar José. O direito à convivência familiar e comunitária: contextualizando com as políticas públicas inexistentes. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

FUNDO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A INFÂNCIA. Convenção sobre o Direitos da Criança, 1989. Copyright UNICEF Brasil. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/convencao-sobre-os-direitos-da-crianca> Acesso em: 04 jun. 2020.

OMS volta a defender isolamento social: “é a única opção que temos”. CORONAVÍRUS. Uol site de notícias. São Paulo, em 30 de mar. de 2020. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/saude/ultimas-noticias/redacao/2020/03/30/oms-volta-a-defender-isolamento-social-e-a-unica-opcao-que-temos.htm> Acesso em: 01 de jun. 2020.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Declaração dos direitos da criança 1959. In: Biblioteca virtual de direitos humanos. Universidade de São Paulo – USP. Copyright 2020. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Crian%C3%A7a/declaracao-dos-direitos-da-crianca.html>, Acesso em: 02 de jun. 2020.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. OMS declara coronavírus emergência de saúde pública internacional. Copyright ONU Brasil, 30/01/2020. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/oms-declara-coronavirus-emergencia-de-saude-publica-internacional/> Acesso em: 05 jun. 2020.

PEREIRA, Luiz Fernando. A regulamentação do direito de visitas dos menores na relação familiar. Jusbrasil. Copyright 2016. Disponível em: <https://drluizfernandopereira.jusbrasil.com.br/artigos/264241346/a-regulamentacao-do-direito-de-visitas-dos-menores-na-relacao-familiar> Acesso em: 02 jun. 2020.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Pai deve fazer visita virtual à filha durante a pandemia de Coronavírus. Copyright 2015. Departamento de Informática. 13 mai. 2020. Disponível em: <https://www.tjrs.jus.br/novo/noticia/pai-deve-fazer-visita-virtual-a-filha-durante-a-pandemia-de-coronavirus/> Acesso em: 13 jun. 2020. (Segredo de Justiça).

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Agravamento de Instrumento nº 70084139260, Sétima Câmara Cível, Relator: Carlos Eduardo Zietlow Duro. Julgado em: 15 mai. 2020. DJe. 17 mai. 2020.

SÃO PAULO. (Estado). Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Comarca de Presidente Prudente. 2ª Vara de Família e Sucessões. Repte. (...); Reqdo. (...) Processo nº 1014033.2018.8.26.0482. Julgador: Juiz de Direito (...). Data do julgamento: 19 mar. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/piloto-a-viao-proibido-ver-filha-risco.pdf> Acesso em: 13 jun. 2020. (Segredo de Justiça).



RESPONSABILIZAÇÃO DOS AGENTES PÚBLICOS EM TEMPOS DE PANDEMIA: UMA ANÁLISE DA MEDIDA PROVISÓRIA Nº 966/2020

PUBLIC AUTHORITIES' RESPONSIBILITY IN PANDEMIC TIMES: AN ANALYSIS OF PROVISIONAL MEASURE N. 966/2020

*DANIELA ARGUILAR CAMARGO¹
BETIELI DA ROSA SAUZEM MACHADO²*

Resumo: No dia 13 de maio de 2020 foi publicada a Medida Provisória 966 que tem como intuito a responsabilização dos agentes públicos por ação e omissão em atos que estejam relacionados a nova pandemia do Coronavírus-Covid-19. Desse modo, o trabalho teve como objetivo responder a seguinte problemática de pesquisa: a MP 966 fere dispositivos constitucionais pátrios e tendo sua inconstitucionalidade declarada? Para responder ao questionamento utilizou-se o método dedutivo e hermenêutico. A estrutura metodológica parte da análise da responsabilização do agente público anterior a MP 966, em segundo as mudanças ocorridas em razão de sua publicação e ao final observa-se a sua constitucionalidade. Em fase conclusiva demonstra-se que a MP 966 foi declarada constitucional pelo Supremo

- 1 Doutoranda e Mestre em Direitos Sociais e Políticas Públicas pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul, com bolsa Prosuc/Capes. Pós-graduada em Direito Tributário pela Escola Superior da Magistratura Federal. Graduada em Direito pela Universidade Franciscana. Advogada. ORCID: <<https://orcid.org/0000-0002-5370-6969>>. E-mail: <danielacamargo68@gmail.com>.
- 2 Mestre em Direitos Sociais e Políticas Públicas pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul, com bolsa PROSUC/CAPES, modalidade II (2020). Pós-Graduada em Direito Processual Público pela Universidade de Santa Cruz do Sul e Centro de Ensino Integrado Santa Cruz. Graduada em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul (2016). Advogada. ORCID: <<http://orcid.org/0000-0003-3489-6741>>. E-mail: <betielisauzem@yahoo.com.br>.

Tribunal Federal, e que ainda está em tramitação cinco ações diretas de inconstitucionalidade relacionadas a vários pontos da medida provisória.

Palavras-chave: Agentes públicos. Constituição Federal. MP 966.

Abstract: On May 13, 2020, Provisional Measure 966 was published, which aims to hold public officials accountable for actions and omissions in acts that are related to the new Coronavirus-Covid-19 pandemic. Thus, the work aimed to answer the following research problem: does MP 966 hurt national constitutional provisions and having its unconstitutionality declared? To answer the question, the deductive and hermeneutic method was used. The methodological structure starts from the analysis of the accountability of the public agent prior to MP 966, according to the changes that occurred due to its publication and at the end its constitutionality is observed. In a conclusive phase, it is demonstrated that MP 966 was declared constitutional by the Federal Supreme Court, and that five direct actions of unconstitutionality related to various points of the provisional measure are still pending.

Keywords: Public agents. Federal Constitution. MP 966.

1. INTRODUÇÃO

A atuação dos agentes públicos sempre teve que estar em consonância com os ordenamentos vigentes, sendo eles amplamente responsabilizados na esfera cível, administrativa e penal. Muitas vezes para que seja tomada uma decisão, o gestor público ou demais agentes tem receio de violar dispositivos legais. Dito isso, em março de 2020 iniciou-se um grande enfrentamento a pandemia do novo Coronavírus (Covid-19) e com isso várias decisões estão sendo tomadas para contornar a crise.

Nesse sentido, foi publicada a MP 966 que responsabiliza os agentes, civil e administrativamente, caso venham a agir ou omitir com dolo ou erro grosseiro na prática de atos relacionados com a pandemia, seus efeitos econômicos e sociais, em virtude da crise ora gerada. Diante disso, surge a seguinte problemática de pesquisa: a MP 966 fere dispositivos constitucionais pátrios e tendo sua inconstitucionalidade declarada? Para responder ao questionamento utilizou-se o método dedutivo, pois realiza-se uma análise do geral para o particular, e hermenêutico, possibilitando a correta interpretação dos textos. Assim, inicia-se com a

análise da responsabilização do agente pública anterior a MP 966, para posteriormente verificar as mudanças ocorridas com a sua publicação, e ao final observar a sua constitucionalidade.

2. A RESPONSABILIZAÇÃO DO AGENTE PÚBLICO ANTERIOR À MEDIDA PROVISÓRIA Nº 966

O descumprimento dos deveres e a inobservância das proibições geram consequências para o agente público, ou seja, responsabilidade dos servidores (MEDAUAR, 2014, p. 345). Sendo o agente público caracterizado por ser toda pessoa física que atua como órgão estatal, isto é, produzindo ou manifestando a vontade do Estado (JUSTEN FILHO, 2018).

Destaca-se que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 utiliza cinco expressões diversas: 1) agentes políticos, conforme artigo 37, inciso XI; 2) servidores públicos, nos termos do Título III, Capítulo VII, Seção II; 3) titular de emprego público, previsto no artigo 37, inciso I; 4) contratado por tempo determinado, segundo artigo 37, inciso IX; 5) militar, disposto no artigo 42 (JUSTEN FILHO, 2018). Nesse sentido, Mello (2008) complementa que os agentes públicos devem ser entendidos tanto como agentes políticos quanto agentes administrativos, ou seja, servidores e particulares exercendo funções públicas.

Ressalta-se que o agente público pode ser responsabilizado nas esferas civil, administrativa e penal³. Com relação a responsabilidade administrativa Medauar (2014, p. 348) salienta que tal responsabilidade se expressa por meio do descumprimento dos deveres e da inobservância do servidor das proibições de caráter funcional, prevista nos estatutos ou outras leis. O descumprimento, por ação ou omissão, recebe diversas nomenclaturas: infração disciplinar, falta funcional, infração funcional, infração administrativa, ilícito administrativo⁴.

3 No presente artigo não será abordada a responsabilidade dos agentes públicos na esfera penal em razão de que a Medida Provisória ser restrita as esferas civis e administrativas, em razão da vedação de edição de medidas provisórias sobre matéria penal, nos termos do artigo 62, parágrafo 1º, inciso I, alínea “b” da Constituição Federal.

4 Os ilícitos administrativos e infração administrativa são nomenclaturas que não se restringem aos servidores, mas também aos particulares como nos casos de desatendimento de normas e medidas decorrentes do poder de polícia, má execução de contrato administrativo.

A responsabilidade administrativa é apurada no âmbito da própria Administração e produz sanções de natureza administrativa, denominadas de sanções disciplinares, as quais são impostas por autoridade administrativa (MEDAUAR, 2014, p. 348). Evidencia-se que a responsabilização pelo exercício irregular das atribuições dos agentes está regulamentada pela Lei 8.112/90 nos artigos 121, 122 e 124.

Já quanto a responsabilização civil do agente, verifica-se que este deverá reparar o dano causado pela ação ou omissão, dolosa ou culposa, que tenha causado à Administração, sendo que a lesão pode ocorrer diretamente ao patrimônio público ou gerar prejuízo a terceiro. Desta forma, para que ocorra a responsabilização do agente e para que seja obrigado a reparar o prejuízo causado, é necessário que seja comprovado o dolo – intenção de lesar ou que assumiu o risco -, ou a culpa – negligência, imprudência ou imperícia, sendo que para tanto a Administração deve adotar as medidas legais necessárias, não podendo inocentar o agente (MEDAUAR, 2014, p. 347).

É importante mencionar que se for constatado o dolo ou a culpa, a Administração poderá consultar o agente com a finalidade de obter o pagamento, através de desconto em folha ou de forma diversa. Contudo, se o agente se negar a pagar, a Administração deve ingressar com ação de ressarcimento, bem como, a Administração pode ingressar com ação de regresso contra o agente para obter o ressarcimento de indenização que pagou a particulares, em razão dos danos causados pelo agente, nos termos do artigo 37, parágrafo 6º da Constituição⁵ (MEDAUAR, 2014, p. 347).

Ademais, incide responsabilidade civil para todo aquele que exerça mesmo que transitoriamente ou sem remuneração, mandato, emprego, cargo ou função em qualquer órgão, poder ou ente estatal, e que pratique ato de improbidade, conforme previsto na Lei 8.429/1992⁶,

5 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: [...] § 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa (BRASIL, 1988).

Salienta-se que a responsabilidade do Estado nessa hipótese é objetiva, sendo vedado ao terceiro o direito de reivindicar indenização de forma direta ao agente público, em razão da teoria da dupla garantia.

6 *Destaca-se que a responsabilidade subjetiva é inerente à improbidade administrativa, visto que a Constituição adota a responsabilidade subjetiva dos agentes públicos*

entre os artigos 9º, 10, 10-A e 11. Cabe ressaltar que de acordo com o artigo 28 da Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Decreto-Lei 4.657/42), regulamentado pelo Decreto 9.830/19, prevê que o agente público responde pessoalmente pelas decisões e opiniões técnicas quando tenha agido com dolo ou erro grosseiro.

Além disso, (OLIVEIRA, 2018, p. 14-23) destaca os pressupostos para a responsabilização civil e administrativa do agente por infração hermenêutica – por decisões ou opiniões técnicas – de acordo com os artigos 20 ao 30 da LINDB⁷, sendo necessário que esteja presente: o dolo ou erro grosseiro, conforme artigo 28 da LINDB; *parâmetro da contextualização na apuração da responsabilidade do agente público, nos termos do artigo 22 da LINDB*, verificando se a conduta do agente público, à época do ato, era razoável ou não; e *ilicitude da conduta, visto que essa deve contrariar o ordenamento jurídico*.

De outro modo, os casos de crimes de responsabilidade que envolvem o Presidente da República, que não são crimes propriamente ditos por se tratarem das condutas politicamente proibidas, são infrações que consistem em atos contra a probidade na Administração e as leis orçamentárias, nos termos do artigo 85, incisos V e VI, da Constituição, bem como disposto no artigo 4º, incisos V e VI, da Lei 1.079/1950. Ainda, os Ministros de Estado podem cometer crimes de responsabilidade, de acordo como previsto no artigo 13 da Lei 1.079/1950.

3. MUDANÇAS NA RESPONSABILIZAÇÃO DO AGENTE PÚBLICO EM DECORRÊNCIA DA MP 966

No dia 13 de maio de 2020 foi editada a Medida Provisória nº 966, a qual visa delinear os parâmetros para se analisar a existência de responsabilização dos agentes públicos nas esferas civil e administra-

em geral, nas ações regressivas, contemplando o devido processo legal, a proporcionalidade, a legalidade e a interdição à arbitrariedade dos Poderes Públicos no desempenho de suas funções sancionatórias. *Assim, na improbidade administrativa é necessário que haja a presença do elemento subjetivo, ou seja, que seja comprovado a prática de condutas gravemente culposas ou dolosas, pois nesse caso é inadmissível a responsabilidade objetiva (OSÓRIO, 2007, p. 291).*

7 A partir de tais dispositivos foi inaugurado o regime especial de responsabilização administrativa.

tiva nos atos executados em decorrência do enfrentamento da emergência em saúde pública ocasionada pela pandemia do coronavírus (Covid-19) e/ou para o combate dos efeitos econômicos e sociais gerados pela crise. Assim, conforme a referida norma, as condutas dos agentes só poderão resultar em responsabilização caso sejam praticadas com dolo ou erro grosseiro. Inicialmente, aparentemente a MP 966 parece abordar uma matéria já positivada no artigo 28 da LINDB.

Evidencia-se que a MP 966 estende o regime especial de responsabilização a todos os atos de agentes públicos que sejam relacionados, direta ou indiretamente⁸, com a Covid-19. Desta forma, o referido regime de responsabilização exige que estejam presentes os seguintes requisitos: erro grosseiro ou dolo, conforme artigo 1º e 2º da MP 966; parâmetro da contextualização, nos termos do artigo 3º da MP 966 (nota-se que o referido artigo detalha o parâmetro da contextualização, assim complementando o artigo 22 da LINDB e o artigo 8º do Decreto nº 9.830/2019); e ilicitude da conduta, sendo que esse é incito ao conceito de responsabilização.

Salienta-se que a Medida provisória 966 aborda os conceitos de erro grosseiro e denexo de causalidade que já estavam positivados no artigo 28 da LINDB, regulamentado pelo Decreto 9.830/19. Contudo, a MP 966 ao buscar apoio no Decreto 9.830/19, o qual apresenta como enfoque a responsabilidade administrativa, acaba estendendo as referidas regras a seara da responsabilidade civil, a qual atende a pressupostos diversos.

Guimarães (2020) complementa que ao analisar as prescrições do regramento consubstanciado na MP, especialmente, no artigo 1º é possível verificar que somente em caso de dolo ou erro grosseiro os agentes públicos serão condenados ao ressarcimento dos danos causados ao erário. Portanto, a regra abrange a responsabilidade civil, que até então era desconsiderada pelo Tribunal de Contas da União, bem como baliza a responsabilidade pessoal do agente público, afastando possíveis inseguranças, ou seja, a ausência de proteção legal do gestor público honesto que comete erro escusável.

É mister mencionar que a responsabilização supracitada abrange somente as ações ou omissões relacionadas, direta ou indiretamente, as medidas de enfrentamento da emergência de saúde pública e ao combate dos efeitos econômicos e sociais decorrentes da pandemia do coronaví-

8 Os atos relacionados direta ou indiretamente com a pandemia do coronavírus, entende-se como qualquer um que se destine para o enfrentamento do estado de emergência pública ou para o combate dos efeitos econômicos ou sociais.

rus, isto é, as decisões ou opiniões técnicas que sejam desvinculadas dessas finalidades não serão atingidas pela MP 966 (GUIMARÃES, 2020).

Além disso, observa-se que com a edição da MP 966 a responsabilidade administrativa do agente público que se embasa em opinião técnica de outro, mesmo em tempos de Covid-19, nada mudou, visto que o artigo 2º da norma em comento transcreve apenas o artigo 12, § 6º, do Decreto nº 9.830/2019. Portanto, se o agente obtiver a mesma competência técnica do autor do ato, se aplica o regime especial de responsabilização, nos termos do artigo 22 da LINDB e artigo 1º da MP 966. No entanto, se ele não possuir a mesma competência técnica estará protegido, salvo erro grosseiro perceptível *primo ictu oculi* ou conluio, conforme artigo 2º da MP 966 e artigo 2º do Decreto nº 9.830/2019.

Ademais, nota-se que a MP 966 em nenhum momento afasta o direito de terceiros demandarem indenização em face ao Estado pelos danos causados por agentes públicos, mesmo que os danos sejam advindos no contexto da Covid-19, pois o artigo 37, §6º, da Constituição não foi alterado. Todavia, o direito de regresso do Estado em desfavor do agente público gerador do dano foi afetado pela MP 966, visto que se ocorrerem danos a terceiros causados por agentes públicos no âmbito da pandemia, o direito de regresso do Estado contra o agente causador está submetido ao preenchimento dos seguintes requisitos: dolo ou erro grosseiro; parâmetro da contextualização; e ilicitude da conduta.

Por fim, Guimarães (2020) salienta que ao contrário do que parece se tratar de mera reedição de matéria já positivada, a MP 966 consagra uma nítida distinção em relação à LINDB, pois proporciona segurança aos agentes públicos na adoção das medidas que pareçam ser as mais adequadas para o enfrentamento da emergência de saúde pública causada pela pandemia do coronavírus, ou seja, os eventuais erros escusáveis não causarão a sua responsabilização.

4. A CONSTITUCIONALIDADE DA MP 966

Diante do exposto anteriormente, a MP 966 que surge para restringir a possibilidade de responsabilização dos agentes públicos durante o período da Pandemia do novo Coronavírus (Covid-19), prevê principalmente que os agentes só podem ser responsabilizados nas esferas civil e administrativa caso ajam ou omitam com dolo ou erro grosseiro

na prática de atos relacionados com o enfrentamento da saúde pública, efeitos econômicos e sociais decorrentes da crise gerada pela pandemia, conforme mencionado nos capítulos anteriores.

Primeiramente, cabe mencionar que a sua leitura não pode ser feita separadamente da MP 961/2020 que fala do Regime Diferenciado de Contratações Públicas, ou seja, licitações de obras, serviços, locações entre outros durante a pandemia - conforme o Decreto Legislativo nº 6/2020 o período de calamidade irá até 31 de dezembro de 2020.

Em segundo, mesmo com a sua polêmica repercussão, o Supremo Tribunal Federal declarou a Medida Provisória como constitucional. Contudo, cinco Ações Diretas de Inconstitucionalidade estão em tramitação no STF: ADI 6421 proposta pela Rede Sustentabilidade; ADI 6422 proposta pelo partido Cidadania; ADI 6424 proposta pelo partido Socialismo e liberdade; ADI 6425 proposta pelo partido Comunista Brasil; ADI 6427, proposta pela Associação Brasileira de Imprensa; ADI 6431, proposta pelo partido Verde. Vale ressaltar que todas elas possuem como Relator, o Ministro Roberto Barroso.

Em fase de liminar, o STF deferiu parcialmente o pedido das cinco ações para: “a) conferir interpretação conforme à Constituição ao art. 2º da MP 966/2020, no sentido de estabelecer que, na caracterização de erro grosseiro, deve-se levar em consideração a observância, pelas autoridades” e estipulou o seguinte critério: “(i) de *standards*, normas e critérios científicos e técnicos, tal como estabelecidos por organizações e entidades internacional e nacionalmente conhecidas”, devendo-se levar em consideração ainda “(ii) os princípios constitucionais da precaução e da prevenção”.

E ao final entendeu ser necessário a conferência da interpretação conforme a Constituição ao artigo 1º da MP, explicitando que a autoridade pela qual compete a decisão técnica deve exigir que a opinião técnica trate: “(i) das normas e critérios científicos e técnicos aplicáveis à matéria tal como estabelecidos por organizações e entidades reconhecidas nacional e internacionalmente”.

Os ministros Luiz Fux e Gilmar Mendes afirmaram que a crise ocasionada pela saúde pública requer uma certa celeridade nos atos que devem ser realizados pelo administrador público, sendo que com a MP 966 ele teria maior segurança para agir. Assim, ressaltam que não se trata de uma “carta de alforria” para que os agentes pratiquem atos irresponsáveis, pois a norma não está distante do regime de responsabilidade civil e administrativa dos agentes públicos, ordenamentos que estão vigentes atualmente e seguem a sua normalidade.

Diante disso, poderíamos reunir três argumentos que podem embasar as ações acima relatadas, em primeiro que tal matéria não deveria ser vinculada por uma medida provisória - com relação a isso, uma matéria para ser veiculada por uma MP precisa ser urgente, e entende-se que este requisito esteja presente, tendo em vista que se relaciona com o enfrentamento de uma pandemia que está causando vários enfrentamentos desde março de 2020 quando surge no Brasil, conforme o Ministério da Saúde. Em segundo, viola a regra constitucional que está prevista no artigo 37 §6º da Constituição Federal; - a referida normativa dispõe que:

[...] as pessoas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa (BRASIL, 1988).

Pode-se observar que o artigo dispõe que enquanto o Estado responder de forma objetiva pelos danos causados a terceiros, o agente que for o causador do dano, irá responder subjetivamente “os agentes públicos somente poderão ser responsabilizados nas esferas civil e administrativa se agirem ou se omitirem com dolo ou erro grosseiro pela prática de atos relacionados, direta ou indiretamente”. Nota-se que não há divergência entre os dispositivos referidos, pois mesmo que a MP faça menção ao erro, o erro grosseiro de que trata é uma forma de culpa que está qualificada pela intensidade de sua gravidade, englobando várias outras condutas negligentes.

E em terceiro a indeterminação de alguns dos dispositivos. Com relação a esse ponto é importante frisar que não há um fundo constitucional para tal argumento, pois o ordenamento jurídico brasileiro está recheado de conceitos indeterminados, sendo que muitas vezes só podem ser contrastados no plano concreto. Ao final, cumpre analisar que a MP 966 tem a sua constitucionalidade declarada pelo STF, sendo que as ações que estão tramitando e tem relação com a medida provisória ainda carecem de decisão final, fato que faz com que este trabalho analise somente os fatos que hoje podem ser encontrados.

4. CONCLUSÃO

O trabalho teve como intuito responder a seguinte problemática de pesquisa: a MP 966 fere dispositivos constitucionais pátrios e tendo sua inconstitucionalidade declarada? Para responder ao questionamento uti-

lizou-se o método dedutivo e hermenêutico. Iniciou-se com a análise da responsabilização do agente público antes da MP 966, destacando-se os ordenamentos vigentes e a responsabilização administrativa cível e penal.

Em segundo observou-se os principais aspectos da MP 966, que prevê principalmente que os agentes só podem ser responsabilizados nas esferas civil e administrativa caso venham a agir ou omitir algo com dolo ou erro grosseiro na prática de atos relacionados com o enfrentamento da saúde pública, efeitos econômicos e sociais decorrentes da crise gerada pela pandemia do Coronavírus (Covid-19). E em terceiro, verificou-se a constitucionalidade da MP 966, onde foi analisado que o STF declarou a sua constitucionalidade, a partir dos fundamentos expostos anteriormente. Foram mencionadas as ações que tramitam no STF e que questionam a referida norma.

Desse modo, pode-se responder ao questionamento proposto no trabalho, onde foi considerado que a MP não fere os dispositivos constitucionais pátrios, tendo inclusive sua constitucionalidade declarada pelo STF. A MP 966 não tem como intuito deixar o agente público cometer atos que não podem posteriormente serem responsabilizados, mas garante uma segurança no momento da tomada de decisão. Ela não é contrária a nenhum dispositivo da Lei de Responsabilidade Fiscal ou Lei de Improbidade Administrativa, apenas denota que em período de calamidade pública, os agentes serão responsabilizados por ação e omissão em seus atos.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 05 out. 1988*. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 16 jun. 2020.

_____. *Decreto n. 9.830*, de 10 de junho de 2019. Regulamenta o disposto nos art. 20 ao art. 30 do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, que institui a Lei de Introdução às normas do Direito brasileiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/decreto/D9830.htm>. Acesso em: 16 jun. 2020.

_____. *Decreto-Lei n. 4.657*, de 04 de setembro de 1942. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm>. Acesso em: 16 jun. 2020.

_____. *Medida Provisória n. 966*, de 13 de maio de 2020. Dispõe sobre a responsabilização de agentes públicos por ação e omissão em atos relacionados com a pandemia da covid-19. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/mpv/mpv966.htm>. Acesso em: 16 jun. 2020.

_____. *Supremo Tribunal Federal*: pesquisa de jurisprudência. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search>>. Acesso em: 16 jun. 2020.

GUIMARÃES, Edgar. *Responsabilização dos agentes públicos à luz da MP 966: mais do mesmo? Nem tanto*, 19 maio 2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-mai-19/edgar-guimaraes-responsabilizacao-agentes-publicos-mp-966>>. Acesso em: 16 jun. 2020.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 13 ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 18. ed., rev. e atual., São Paulo: Malheiros, 2014.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Curso de Direito Administrativo*. 25. ed. Malheiros. São Paulo, 2008.

OLIVEIRA, Carlos Eduardo Elias de. *A Dúvida Jurídica Razoável e a Cindibilidade dos Efeitos Jurídicos*. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, março/2018 (Texto para Discussão nº 245). Disponível em: <www.senado.leg.br/estudos>. Acesso em: 16 jun. 2020.

OSÓRIO, Fábio Medina. *Teoria da improbidade administrativa*, São Paulo: RT, 2007.



**O PROCESSO DE CONSTITUCIONALIZAÇÃO
DO DIREITO PRIVADO BRASILEIRO: O
ABANDONO DA CONCEPÇÃO INDIVIDUALISTA E
PATRIMONIALISTA EM PROL DA CONCRETIZAÇÃO
DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA¹**

**THE BRAZILIAN PRIVATE LAW CONSTITUTIONALIZATION
PROCESS: THE NEGLECTION OF THE INDIVIDUALIST
AND PATRIMONIALIST CONCEPTION FOR THE
CONCRETIZATION OF THE HUMAN DIGNITY**

ÉRICA VEIGA ALVES²

DÉRIQUE SOARES CRESTANE³

-
- 1 “O presente trabalho foi realizado com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior - Brasil (CAPES) - Código de Financiamento 001 “This study was financed in part by the Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior - Brasil (CAPES) - Finance Code 001”.
 - 2 Mestranda em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC, Área de Concentração em Direitos Sociais e Políticas Públicas, na Linha de Pesquisa Constitucionalismo Contemporâneo, com bolsa PROSUC/CAPES, modalidade II. Graduada em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul. Especialista em Direito Civil. Integrante do Grupo de Pesquisas “Intersecções Jurídicas entre o Público e o Privado - Constitucionalização do Direito Privado”, vinculado ao PPGD da UNISC, coordenado pelo Prof. Dr. Jorge Renato dos Reis. Advogada. E-mail: veigaalves@yahoo.com.br
 - 3 Pós-graduando em Direito Digital pelo Complexo de Ensino Renato Saraiva (CERS). Graduado em Direito pelo Centro Universitário da Região da Campanha (URCAMP). Membro do Grupo de Pesquisas “Intersecções Jurídicas entre o Público e o Privado” vinculado ao PPGD da UNISC, coordenado pelo Prof. Dr. Jorge Renato dos Reis. E-mail: dscrestane@gmail.com

Resumo: O processo de constitucionalização que o direito privado vem sofrendo desde a promulgação da Constituição de 1988 exigiu que se superasse o modelo individualista e patrimonialista que o direito civil tinha sob influência do Código Civil de 1916. Nesse sentido, visa-se analisar o contexto do processo de constitucionalização do direito privado como forma de exclusão da posição individualista e patrimonialista em prol da concretização da dignidade da pessoa humana. Para responder a problemática de pesquisa, realiza-se o seguinte questionamento: a constitucionalização do direito privado foi um vetor de concretização do princípio da dignidade da pessoa humana? O método de abordagem utilizado foi o dedutivo. Os resultados da pesquisa apontam que com a exclusão do posicionamento individualista e patrimonialista do direito privado brasileiro, abre-se espaço para um posicionamento solidário, em favor da efetividade do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

Palavras-chave: Constitucionalização do direito privado; Dignidade da pessoa humana

Abstract: The process of constitutionalization that private law has suffered since the promulgation of the 1988 Constitution required that the individualistic and patrimonialist model that civil law had under the influence of the Civil Code of 1916 be overcome. In this sense, it aims to analyze the context of the process of constitutionalization of private law as a form of exclusion from the individualistic and patrimonialist position in favor of the realization of the dignity of the human person. To answer the research problem, the following question is asked: was the constitutionalization of private law a vector of embodiment of the principle of the dignity of the human person? The approach method used was deductive. The results of the research indicate that, with the exclusion of the individualistic and patrimonialist position of Brazilian private law, space is opened for a solidary positioning, in favor of the effectiveness of the constitutional principle of the dignity of the human person.

Keywords: Private law's constitutionalization; Human person dignity.

1. INTRODUÇÃO

A pesquisa ora proposta pretende analisar o contexto do processo de constitucionalização do direito privado como exclusão da posição

individualista e patrimonialista em prol da dignidade da pessoa humana. Destaque-se que desde a promulgação da Constituição de 1988 o Brasil vivencia um processo de constitucionalização do direito privado que exige o abandono da concepção individualista e patrimonialista da legislação civil.

Torna-se necessário, portanto, em um primeiro momento, analisar o processo de constitucionalização do direito privado brasileiro, bem como a evolução dos direitos fundamentais, para que se tenha noção dos valores atualmente protegidos pelo ordenamento jurídico. A partir dessa análise será possível compreender o princípio da dignidade da pessoa humana e responder o questionamento proposto pela pesquisa, qual seja, a constitucionalização do direito privado foi um vetor de concretização do princípio da dignidade da pessoa humana?

Com isso poderá ser verificada a concretização do princípio da dignidade da pessoa humana a partir da constitucionalização do direito privado, ou não, o método de pesquisa a ser utilizado será o dedutivo.

2. O PROCESSO DE CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PRIVADO BRASILEIRO

Historicamente o direito privado sempre foi considerado um ramo autônomo que se preocupava, basicamente, em garantir a segurança jurídica para os negócios entabulados pelos burgueses. Todavia, mesmo sendo muito mais antigo do que o direito constitucional, espécie de direito público, passou a receber sua interferência com o advento do fenômeno da constitucionalização.

Se faz relevante diferenciar constitucionalização de publicização. Enquanto essa, em breve explanação, se caracteriza pela intervenção estatal na autonomia privada a fim de proteger juridicamente o hipossuficiente, aquela, tema deste trabalho, “objetiva submeter o direito positivo privado aos fundamentos de validade constitucionalmente estabelecidos, ou seja, é fazer uma releitura do direito civil à luz dos princípios e regras constitucionais.” (REIS, 2009, p. 126-127).

Enquanto a sociedade vivia no Estado Liberal, as constituições, de uma maneira geral, não se preocupavam em regular as relações privadas que, naquele tempo, possuíam seus regramentos restritos ao Código Civil. Contudo, com o advento do Estado Social o poder constituinte passou a inserir no texto maior mandamentos públicos que deveriam ser

observados pelos indivíduos em suas relações privadas, e pelo poder judiciário, a interpretação do direito (SARMENTO, 2004).

A preocupação da constituição federal em regular as relações privadas não foi considerada, em um primeiro momento, suficiente para elevá-la ao epicentro do ordenamento jurídico privado. As normas constitucionais foram consideradas meros programas políticos, de eficácia limitada, dependente de regulamentação pelo poder legislativo (SARMENTO, 2004). Foi o reconhecimento da força normativa da constituição, em especial a vontade de constituição, defendida por Hesse (1991), que alcançou o desiderato.

Mas, a força normativa da Constituição não reside, tão-somente, na adaptação inteligente a uma dada realidade. A Constituição jurídica logra converter-se, ela mesma, em força ativa, que se assenta na natureza singular do presente [...]. Embora a Constituição não possa, por si só, realizar nada, ela pode impor tarefas. [...] Concluindo, pode-se afirmar que a Constituição converter-se-á em força ativa se fizerem-se presentes na consciência geral – particularmente, na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional –, não só a vontade do poder [...], mas também a vontade da Constituição. (HESSE, 1991, p. 19).

Vinculada à transição do Estado Liberal para o Estado social está a consagração, no texto constitucional, dos direitos fundamentais. Todavia, tal fenômeno, longe de poder ser considerado célere, ocorreu no decorrer dos séculos, caracterizando as denominadas dimensões de direitos fundamentais. A primeira dimensão dos direitos fundamentais corresponde aqueles que exigem uma prestação negativa do Estado, que pauta sua conduta em apenas assegurar a possibilidade de exercício dos direitos aos indivíduos. São os direitos vinculados à liberdade, à vida, à propriedade, etc. (SARLET, 2012).

Desse comportamento mínimo estatal resultou um grave contexto de desigualdade social onde, de um lado, haviam pessoas com expressivas propriedades e, de outro, haviam pessoas sem o mínimo necessário para a subsistência. Visando solucionar esse cenário surge a segunda dimensão dos direitos fundamentais que não mais se contenta com a mera garantia da liberdade do indivíduo, pelo contrário, impõe ao Estado o dever de agir positivamente para assegurar a todos os meios materiais necessários para atingirem a qualidade de vida. Tratam-se dos direitos vinculados à igualdade (CARDOSO, 2010).

Em que pese a segunda dimensão de direitos fundamentais tenha imposto ao Estado a obrigação de agir positivamente na garantia da igualdade entre as pessoas, observou-se que o desiderato não foi, e nem poderia ser alcançado exclusivamente com o agir estatal. Mostrou-se necessária a criação de uma mentalidade coletiva nas pessoas para que cuidassem do seu próximo e garantissem, de mesmo modo, seus direitos. Surgiu assim a terceira dimensão dos direitos fundamentais, forte nos ideais da Revolução Francesa, despontando ideais solidarísticos (FARIAS, 1998).

Comparando a terceira dimensão de direitos fundamentais com as duas primeiras verifica-se uma grande diferença. De fato, enquanto essas são de titularidade do homem-indivíduo, aquela é endereçada a proteção dos grupos humanos, tendo, por conseguinte, uma titularidade difusa ou coletiva (SARLET, 2014). Ressalte-se que os direitos relativos à solidariedade não afrontam a liberdade individual, apenas apresentam um contorno a autonomia privada, uma vez que os direitos fundamentais, independentemente de sua dimensão, sempre serão complementares (KUNDE; REIS, 2018).

No Estado Social de Direito é alterada a noção de legalidade outrora existente no ideal liberal, as leis, de uma maneira geral, deixam de ser absolutamente abstratas e gerais para assumirem uma postura mais programática, visando concretizar objetivos específicos traçados pelo Estado (STRECK; DE MORAIS, 2014).

Especificamente no Brasil, o fenômeno pode ser observado a partir do advento da Constituição Federal de 1988, que impôs a necessidade de uma nova interpretação ao Código Civil brasileiro de 1916, até então em vigor, que era permeado de valores individualistas e patrimonialistas, que buscavam garantir maior liberdade ao indivíduo, forte no princípio da igualdade formal e do liberalismo político e econômico (REIS, 2009).

Isso porque “a constitucionalização do Direito Privado não se resume ao acolhimento, em sede constitucional, de matérias que no passado eram versadas no Código Civil. O fenômeno é muito mais amplo [...]” (SARMENTO, 2004, p. 99). Evidente a necessidade de uma releitura teleológica da lei privada.

Todavia, mesmo com a releitura teleológica do Código Civil de 1916, logo ele se mostrou ineficiente para regular o atual sistema privado permeado de valores como o da dignidade da pessoa humana, assim, em 2003, após longo trâmite legislativo, entrou em vigor o código civil de 2002, criado à luz dos valores do Estado Social, consolidando, de fato, a constitucionalização do direito privado (REIS, 2009).

Abandonou-se, assim, a concepção puramente individualista e patrimonialista das relações privadas brasileiras, despontando novos valores, relevantes ao Estado Social, como a dignidade da pessoa humana. Tema que será analisado no próximo tópico.

3. A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO FORMA DE O ABANDONO DA CONCEPÇÃO INDIVIDUALISTA E PATRIMONIALISTA

Conforme referido, a inclusão de princípios jurídicos no ordenamento jurídico não é um processo célere, nem tampouco perfectibilizado em um único ato. Trata-se de uma construção histórica, sempre em movimento, sofrendo influência de valores sociais, econômicos, culturais e políticos.

Revela-se a importância dos princípios constitucionais que “[...] pela sua plasticidade, conferem maior flexibilidade à Constituição, permitindo a ela que se adapte mais facilmente às mudanças que ocorrem na sociedade” (SARMENTO, 2004, p. 87).

Nesse contexto assume especial relevo o princípio da dignidade humana que, contemporaneamente, “[...] se assenta sobre o pressuposto de que cada ser humano possui um valor intrínseco e desfruta de uma posição especial no universo.” (BARROSO, 2014, p. 14).

Isso porque, com o advento da modernidade, foi superada a visão clássica de dignidade humana que, malgrado reconhecesse a superioridade dos seres humanos em relação aos demais animais existentes na natureza, não reconhecia igual dignidade a todos os seres humanos. À época, acreditava-se no status do indivíduo, alguns nascendo para realizar nobres atividades, outros para realizar atividades subalternas (SARMENTO, 2016).

Com a evolução do conceito de dignidade da pessoa humana e sua inserção no texto constitucional brasileiro⁴, seus efeitos passaram a ser irradiados nas relações privadas, interferindo no Código Civil de 1916, até então em vigor. Foi externada uma verdadeira preocupação em efetivar os direitos humanos fundamentais, valorando de maneira especial interesses coletivos, atenuando um ciclo fortemente individualista e patrimonialista (ALVES; REIS, 2018).

4 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;

Mais um passo na direção da desconstrução do pensamento individualista foi o advento do Código Civil brasileiro de 2002. Diploma normativo em que se observa a migração de diversos valores constitucionais, como, por exemplo, a dignidade da pessoa humana. A segurança jurídica, outrora tão privilegiada, atualmente deve ser interpretada em conjunto com valores maiores, com os objetivos traçados pela Constituição Federal, aliás, o poder constituinte externou sua intenção em criar uma sociedade justa, livre e solidária, com vida digna para todos. (FACCHINI NETO, 2012).

Princípios determinam que “algo seja cumprido na maior medida possível diante das possibilidades fáticas e jurídicas do caso concreto, constituindo, portanto, mandamentos a serem otimizados (GAVIÃO; GAVIÃO, 2018, p. 25). Infere-se daí que, princípios, na mesma medida que ofertam direitos aos indivíduos, também impõe deveres, ao menos de sua proteção e não interferência no direito dos demais.

É justamente neste cenário que a dignidade da pessoa humana demonstra o seu papel no abandono da concepção individualista e patrimonialista, outrora existente em solo brasileiro.

Em relação à adoção de concepção mais concreta de pessoa, o caso brasileiro tem singularidades. Por um lado, ao longo da nossa história, o discurso jurídico muitas vezes se deixou impregnar por concepções do sujeito muito abstratas e descoladas da realidade. Foi assim, por exemplo, no Direito Privado, que se desenvolveu sob a égide do Código Civil de 1916, marcado pelo forte individualismo. A Constituição de 88 certamente não guarda qualquer ranço atomista. A releitura do ordenamento guiada pelos valores da Constituição impõe que se rechace qualquer visão excessivamente abstrata do indivíduo – insensível à sua situação real no mundo – em favor de concepção mais concreta e integral da sua personalidade (SARMENTO, 2016, p. 58-59).

A dignidade da pessoa humana traz ao centro dos holofotes o indivíduo, lembrando que este é o fim, e nunca o meio, tanto da ordem jurídica quanto da proteção Estatal. Ser humano esse que, para ser realmente digno, deve ser concretamente considerado, em seus sentimentos, e não reduzido meramente à visão abstrata, sob pena de voltar à visão individualista.

[...] o discurso abstrato e insular de pessoa, ao ignorar as necessidades materiais dos indivíduos e negar a importância dos vínculos sociais para a subjetividade, deu lastro ao individual-

lismo possessivo, que, [...], se mostrou tão cruel, na prática, em relação aos sujeitos mais vulneráveis. A sua projeção jurídica legitimou e alimentou a exclusão, ao idealizar a autonomia e cerrar os olhos para a opressão econômica e cultural (SARMENTO, 2016, p. 76).

Elevar a dignidade da pessoa humana ao status de princípio constitucional produz efeitos impossíveis de ignorar, entre eles, está a necessidade da adoção de valores mais coletivos e difusos inclusive nas relações estritamente privadas.

4. CONCLUSÃO

O presente trabalho buscou analisar o contexto do processo de constitucionalização do direito privado como exclusão da posição individualista e patrimonialista em prol da dignidade da pessoa humana. Nesse intuito, buscou-se analisar o processo de constitucionalização do direito privado brasileiro, bem como a evolução dos direitos fundamentais, demonstrando os valores atualmente protegidos pelo ordenamento jurídico.

Procurou-se, ademais, estudar o princípio da dignidade da pessoa humana aplicado ao direito privado, verificando sua influência no seu processo de constitucionalização.

Foi demonstrado o vínculo entre a evolução dos direitos fundamentais e a constitucionalização do direito privado que impõe a este uma interpretação teleológica, e a sua aplicação sempre em consonância com o texto constitucional. Outrossim, verificou-se que a evolução do conceito de dignidade da pessoa humana que, atualmente, confere a todos os indivíduos igual dignidade e que, a adoção desse princípio pelo direito constitucional produz efeitos hermenêuticos e legiferantes no direito privado que devem ser obrigatoriamente observados.

Assim, é possível responder de maneira positiva o questionamento proposto pela pesquisa na medida em que sim, a constitucionalização do direito privado é vetor de concretização do princípio da dignidade da pessoa humana.

REFERÊNCIAS:

ALVES, Érica Veiga; REIS, Jorge Renato. Contrato de promessa de compra e venda: da inovação da súmula 239 de sjt e da desnecessidade de registro para fins de adjudicação. in: Fernanda Brandt; Jorge Renato dos Reis. (org.). Interseções Jurídicas Entre o Público e o Privado: a Concretização da Solidariedade. 1ed. Curitiba: Ithala, 2018, v. 1, p. 259-274.

BARROSO, Luís Roberto. A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a constituição de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial. Tradução Humberto Laport de Mello. – 3. reimpressão. – Belo Horizonte: Fórum, 2014.

CARDOSO, Aneílton da Silva. Princípio da solidariedade: o paradigma ético do direito contemporâneo. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2010.

FACCHINI NETO, Eugênio. A constitucionalização do direito privado. Revista do Instituto do Direito Brasileiro da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa - RIBD, v. 01, p. 185-244, 2012.

FARIAS, José Fernando de Castro. A origem do direito de solidariedade. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

GAVIÃO FILHO, Anízio Pires; GAVIÃO, Juliana Venturella Nahas. A construção dos direitos fundamentais como princípios e a ponderação. In: XXVII Encontro Nacional Do Conpedi Em Salvador, 2018, Salvador. Teorias Da Justiça, Da Decisão e da Argumentação Jurídica. Florianópolis: Conpedi, 2018. V. 1. P. 22-40.

HESSE, Konrad. A Força Normativa da Constituição. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

KUNDE, Bárbara Michele Moraes; REIS, Jorge Renato dos. A construção de um novo paradigma de sociedade fraternas: reflexões a partir do princípio da solidariedade para a concretização de direitos fundamentais. XXVII Congresso Nacional do Conpedi. Direitos e Garantias Fundamentais II. Porto Alegre - RS: 2018, p. 21-38).

REIS, Jorge Renato. A constitucionalização do Direito Privado: algumas considerações para análise. Revista Atos e Fatos, v. 1, p. 126-139, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

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

SARMENTO, Daniel. Direitos Fundamentais e Relações Privadas. Brasil: Livraria e Editora Lumen Juris, 2004.

STRECK, Lenio Luiz; DE MORAIS, José Luis Bolzan. Ciência política e teoria do estado. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.



ENFRENTAMENTO AO CRIME ORGANIZADO
À LUZ DA PROIBIÇÃO DE EXCESSO E DA
PROIBIÇÃO DE INSUFICIÊNCIA
FACING ORGANIZED CRIME IN THE LIGHT
OF THE EXCESS PROHIBITION AND THE
INSUFFICIENCY PROHIBITION

LUÍS CARLOS ROLLSING¹

ÉLBIO FERRAZ JUNIOR²

Resumo: O balizamento de bens jurídicos merecedores de tutela penal encontra-se previsto na Constituição da República Federativa do Brasil. Assim, toda legislação penal pretérita ou superveniente ao texto constitucional deve estar amparada por seus fundamentos, princípios e regras. Neste contexto, o enfrentamento à expansão do Crime Organizado na atual sociedade globalizada merece atenção do legislador; porém as reprimendas devem estar adequadas aos ditames normativos do Estado Democrático e de Direito. Neste ensaio pretendemos tematizar o crime organizado na atualidade à luz das proibições de excesso e insuficiência. Na sequência, será analisada a Lei 12.850/2013 como materialização legal da tutela penal de enfrentamento ao Crime Organizado, principalmente no que tange aos meios investigativos previstos no texto legal.

Palavras-chave: crime organizado; princípio da proporcionalidade; proibição de excesso; proibição de insuficiência.

Abstract: The delimitation of legal assets worthy of criminal protection is provided for in the Constitution of the Federative Republic of Brazil. Thus, all past criminal legislation or supervening to the constitutional

1 Mestrando em Direito pela Fundação Escola Superior do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Endereço eletrônico: luiscarlosrollsing@gmail.com

2 Mestrando em Direito pela Fundação Escola Superior do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Endereço eletrônico: elbioferrazjunior@gmail.com

text must be supported by its foundations, principles and rules. In this context, tackling the expansion of Organized Crime in today's globalized society deserves attention from the legislator; however, the reprimands must be adequate to the normative dictates of the Democratic State and of Law. In this essay we intend to focus on organized crime in the light of prohibitions of excess and insufficiency. Then, the legal materialization of the warrants will be analyzed in the light of the Organized Crime Law. **Keywords:** organized crime; proportionality principle; prohibition of excess; prohibition of insufficiency.

1. INTRODUÇÃO

A globalização da economia mundial, com o conseqüente avanço tecnológico, criação de áreas de livre comércio, incremento das transações comerciais e financeiras, progresso da Internet, entre outros fatores pós-modernos, refletiram na melhoria de vida da população de muitos países.

Porém estes fatores de maior liberdade nas relações pessoais também incrementaram e qualificaram práticas criminosas em nível transnacional, a exemplo do tráfico de drogas, de armas, de pessoas, lavagem de dinheiro, etc.

Nesta perspectiva, a investigação de crimes dessa natureza não poderia ser mais realizada na forma dos delitos tradicionais, como furto e roubo, com as técnicas previstas pelo Código de Processo Penal do século passado. Novas modalidades extraordinárias e modernas exigiam atenção por parte do Poder Público a fim de dismantelar verdadeiras “multinacionais do crime”.

Dessa forma, após várias tentativas de estabelecer legislação que atendesse as expectativas quanto à eficácia ao combate ao crime organizado, e suas ramificações, chegou-se à lei 12.850/2013 que conceituou crime organizado e estabeleceu técnicas e procedimentos modernos de investigação.

Por seu turno, a Constituição Federal estabelece uma série de direitos fundamentais ao cidadão e que devem ser obedecidos pelo Poder Público, como a liberdade, a dignidade da pessoa humana e a privacidade.

Assim, este artigo busca, num primeiro momento, analisar o princípio da proporcionalidade no viés de proibição de excesso e proibição de insuficiência.

Posteriormente, será explicitada a moderna legislação de enfrentamento ao crime organizado e uma análise crítica a respeito das suas

disposições que restringem direitos previstos na Carta Magna, principalmente o direito à liberdade.

2. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE: PROIBIÇÃO DE EXCESSO E PROIBIÇÃO DE INSUFICIÊNCIA

2.1. PROIBIÇÃO DE EXCESSO

Princípios são normas que exigem que algo seja exercido na máxima medida possível dentro das possibilidades fáticas e jurídicas do caso concreto. São mandamentos de otimização qualificados por poderem ser perfectibilizados em graus variados e por não se vincularem somente às possibilidades fáticas, mas também às jurídicas, que são determinadas pela colisão de princípios e regras (ALEXY, 2011, p. 90).

Os direitos fundamentais possuem o status de princípios e, assim, qualquer conflito entre eles deve passar pelo teste de sopesamento da proporcionalidade, com suas máximas parciais da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito (ALEXY, 2011, p. 588).

Na lição de Figueiredo Dias, o direito penal como *ultima ratio* deriva sempre do princípio da proporcionalidade em sentido amplo, o qual faz parte dos princípios inerentes ao Estado de Direito. Desse modo, o direito penal, ao aplicar sanções onerosas para os direitos e liberdades individuais, só pode intervir nos casos que outros meios sociais e jurídicos se mostrem insuficientes e inadequados. Caso contrário, a intervenção estatal vai de encontro ao princípio da proporcionalidade, ferindo o princípio da proibição de excesso (FIGUEIREDO DIAS, 2001, pp. 57 e 58)

Infere-se que, não raras vezes, as medidas extraordinárias de investigação previstas na Lei 12.850/2013 (crime organizado), a exemplo da infiltração policial e interceptação telefônica, mostram-se conflitantes com direitos fundamentais dos cidadãos, notadamente aos direitos de liberdade e privacidade. Assim, urge a necessidade de se lançar mão da proporcionalidade a fim de verificar se o meio investigativo está ou não de acordo com os mandamentos legais.

Como visto, o postulado da proporcionalidade é abordado pelas máximas da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

A adequação é um meio eficaz para se alcançar um fim. Há uma relação empírica entre o meio e o fim, não sendo avaliado, neste momento, se é o mais intenso ou mais seguro (ÁVILA, 2005, p. 116).

Não há dúvidas que a criminalidade organizada causa sérios danos aos bens jurídicos da sociedade, devendo o Estado implementar políticas de segurança pública a fim de evitar que a população seja vítima de verdadeiras empresas criminosas.

Assim, a Lei do Crime Organizado, com suas medidas invasivas da privacidade, é um meio adequado para alcançar o fim desejado, pois, como já referido, não é mais possível investigar delitos de grande magnitude e sofisticação com os meios oferecidos pelo Código de Processo Penal.

Por seu turno, o exame da necessidade exige que o Poder Público verifique, entre os meios disponíveis para alcançar um fim, o menos restritivo aos direitos fundamentais. Assim, o critério da necessidade, ou intervenção mínima, estabelece que as medidas escolhidas deverão materializar-se como mecanismos menos gravosos, dentre os eficazes e disponíveis, à obtenção do fim pretendido (FELDENS, 2005, p. 163).

É certo que existem outras técnicas investigativas menos invasivas à privacidade das pessoas que, supostamente, estejam cometendo atos ilícitos. Porém, a estrutura hierarquizada das organizações criminosas, aliada a sofisticada tecnologia utilizada por seus integrantes que levam à proteção de seus líderes, exigem meios extraordinários de investigação.

Formado os juízos a respeito da adequação e da necessidade, passa-se a análise da proporcionalidade no sentido estrito, ou mandamento de ponderação, que deve avaliar a intensidade do direito fundamental ofendido e a importância do princípio colidente prestigiado.

Tem-se, então, que no exame da ponderação o escopo da intervenção consiste uma parte essencial da mesma, de sorte que a magnitude do objetivo pretendido se pondera com a importância do dano gerado no direito fundamental, razão pela qual torna-se de suma importância examinar a relevância que o texto constitucional concede à obtenção do referido fim (FELDENS, 2005, p. 166)

Assim, para que uma medida corresponda à proporcionalidade em sentido estrito, as vantagens devem ser, no mínimo, iguais às desvantagens. Em outras palavras, o interesse público deve ser tamanho que deverá suplantar direito fundamental, porventura, afetado.

Neste panorama de ponderação entre bens em conflito, se justificaria a restrição de alguns direitos importantes dos cidadãos, desde que imperiosa a necessidade de proteção de outros bens jurídicos constitucionais fundamentais, a exemplo da segurança pública (PEREIRA, 2019, p. 215).

2.2. PROIBIÇÃO DE INSUFICIÊNCIA

Os direitos fundamentais não se extinguem como direitos subjetivos de proteção do indivíduo contra atos do Poder Estatal, mas se constituem, também, de significado jurídico-objetivo, exigindo ação positiva dos poderes constituídos e não somente garantias negativas de direitos individuais (SARLET, 2003, p. 321).

Dessa forma, o princípio da proporcionalidade não se exaure na premissa da proibição de excesso, já que reclama dever de tutela por parte do Estado contra agressões a direitos fundamentais oriundas de terceiros. A doutrina alemã denomina essa ação positiva do Estado de proibição de proteção deficiente (STRECK, 2004, pp. 314 e 315).

Tem-se, então, que os direitos fundamentais, de forma oblíqua, também irradiam seus efeitos nas relações entre particulares já que o Estado tem o dever de proteger os cidadãos nas relações entre si (CANARIS, 2004, p. 388).

Neste sentido, a proibição de insuficiência se conecta com a proibição de excesso. A primeira estipula o grau mínimo de proteção, ao passo que a proibição de excesso estabelece o limite máximo da intervenção estatal para o fim de proteção do indivíduo (BALTAZAR JUNIOR, 2010, p. 60).

Tem-se percebido no âmbito legislativo uma mitigação das garantias individuais com a promulgação de legislação penal prevendo técnicas investigadas mais eficientes na prevenção de ações delituosas praticadas por organizações criminosas (MAYA, 2017, p. 103).

Dessa forma, o bem jurídico segurança pública tem auferido destaque entre os deveres de proteção do Estado já que a ausência de segurança impede o livre exercício dos demais direitos fundamentais e “o livre desenvolvimento da personalidade humana com dignidade” (BALTAZAR JUNIOR, 2010, p. 187).

E não poderia ser diferente, pois a segurança pública e o enfrentamento à criminalidade e violência são de interesse público indisponível do Poder Estatal e da própria sociedade. Esse enfrentamento à criminalidade exige harmonia na proteção de bens jurídicos da sociedade e dos investigados da prática de atos ilícitos (LEAL, 2017, p. 786).

Neste contexto, a Constituição Federal ao mesmo tempo em que exige o dever estatal de observância dos direitos fundamentais do indivíduo, também declara sua preocupação com o dever de proteção da sociedade contra ações criminosas. Assim, impõe ao Estado que edite normas penais para criminalizar condutas como o racismo, o terrorismo, a tortura e o tráfico de drogas, as quais, sem dúvida alguma, podem se incorporar à criminalidade organizada.

3. LEI 12.850/2013 COMO MEIO DE MATERIALIZAÇÃO DA TUTELA PENAL

Inicialmente, importante destacar que a criminalidade organizada não se confunde com a criminalidade de massas.

Esta última pode ser facilmente visualizada, compreendendo arrombamento de apartamentos, roubos, furtos de automóveis, entre outros. Já a criminalidade organizada possui uma visibilidade menor do que a de massas, não havendo consenso entre os especialistas no que ela realmente consiste. Porém, possui um gigantesco potencial de ameaça e é capaz de corromper os poderes do Estado, abarcando uma gama de infrações penais sem vítimas imediatas, a exemplo do tráfico de drogas e da corrupção (HASSEMER, 1993, pp. 65, 66 e 67).

Nesse contexto, não é possível combater a criminalidade organizada com normas incompletas e que não estipulem regras claras e eficientes para obtenção de provas em desfavor de integrantes de organizações criminosas poderosas e bem estruturadas.

O Congresso Nacional, após várias normas legais inócuas, promulgou a Lei 12.850/2013 que passou a definir organização criminosa, os meios de obtenção de provas e o rito legal a ser seguido pelos encarregados de investigar pessoas integrantes de quadrilhas que cometem os mais variados delitos previstos na legislação penal brasileira.

A Lei 12.850/2013 representa um novo modelo de enfrentamento ao crime organizado, pois essa “novel legislação supriu lacunas que na prática inviabilizavam a plena efetividade das medidas de investigação e obtenção de prova já tipificadas no ordenamento jurídico” (MAYA, 2017, p. 109).

O texto legal, em seu artigo 1º, adotou como características essenciais para perfectibilização de organização criminosa a pluralidade de agentes; a divisão de tarefas; o objetivo de vantagem de qualquer natureza; ser um grupo estruturado; e cometimento de crimes graves, com penas cominadas superiores a quatro anos ou delitos de caráter transnacional, independentemente da pena prevista.

A Lei do Crime Organizado prevê os meios de investigação e obtenção de provas. O artigo 3º possibilita, expressamente, a colaboração premiada; captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos; ação controlada; acesso a registros de ligações telefônicas e telemáticas, a dados cadastrais constantes de bancos de dados públicos ou privados e a informações eleitorais ou comerciais; interceptação de

comunicações telefônicas e telemáticas, nos termos da legislação específica; afastamento dos sigilos financeiro, bancário e fiscal, nos termos da legislação específica; infiltração, por policiais, em atividade de investigação; cooperação entre instituições e órgãos federais, distritais, estaduais e municipais na busca de provas e informações de interesse da investigação ou da instrução criminal.

Na maioria das vezes, os meios de obtenção de prova, a exemplo da infiltração policial e a interceptação das comunicações telefônicas e telemáticas, são utilizados na fase investigativa da persecução penal, de preferência quando o indivíduo não tem conhecimento da investigação que pesa sobre sua pessoa. O fator surpresa é de fundamental importância para a eficácia na obtenção da prova (AMBOS, 2017, p. 19).

Fugiria ao propósito deste ensaio abordar toda a norma legal ou, ainda, esgotar a análise dos meios investigativos. Assim, faremos breve menção à infiltração policial que é, sem dúvida, o meio mais invasivo da intimidade e vida privada dos investigados, sendo o último recurso previsto na norma legal para angariar provas contra integrantes do crime organizado.

Infiltração policial consiste em autorizar um agente policial a integrar uma organização criminosa fazendo-se passar por criminoso. Agindo dessa forma, participará das atividades diárias, interagindo com os delinquentes em suas conversas e decisões, conhecendo melhor a estratégia do grupo e, assim, tendo condições de repassar informações às autoridades (MENDRONI, 2016, p. 216).

Neste sentido, a infiltração de agentes no submundo secreto da delinquência organizada é útil e pertinente como meio de obtenção de provas, a fim da responsabilização de pessoas pertencentes a organizações criminosas (PEREIRA, 2019, p. 215).

Tem-se que a infiltração policial prevista na Lei em comento deve ser precedida de motivada e sigilosa autorização policial após representação da Autoridade Policial ou requerimento do Ministério Público. Essa ferramenta altamente invasiva de investigação somente poderá ser colocada em prática caso a prova não possa ser produzida por outros meios disponíveis.

De acordo com §3º do artigo 10, o prazo de infiltração é de seis meses, sem prejuízo de eventuais renovações desde que comprovada sua necessidade. Parte da doutrina entende que, adotando os parâmetros de simetria e razoabilidade, a prorrogação deve ser limitada ao período já anteriormente autorizado de infiltração policial. (SOUSA, 2015, p. 89).

Findo o prazo de infiltração, deverá ser apresentado relatório circunstanciado ao juiz competente que, de imediato, cientificará o Ministério Público.

Importante destacar que a norma legal prevê que, no curso da fase investigativa, a Autoridade Policial poderá determinar a seus agentes relatório da atividade de infiltração. Já o Ministério Público poderá requisitar a qualquer tempo o referido relatório.

No requerimento do Ministério Público e na representação da Autoridade Policial deverão constar a demonstração da necessidade da medida, o alcance das tarefas dos agentes e, se possível, os nomes ou apelidos das pessoas investigadas e o local da infiltração.

O pedido de infiltração será distribuído de forma sigilosa, não devendo conter os nomes a fim de não conter informações que possam indicar a operação a ser realizada ou identificar o policial que será infiltrado.

O agente que não atuar com a devida proporcionalidade responderá pelos excessos que praticar, salvo quando não for exigível conduta diversa.

A lei 12.850/2013 foi alterada, no ano de 2019, pela Lei 13.964/2019 a qual incluiu a infiltração de agentes policiais em ambientes virtuais, assunto a ser estudado futuramente em outro ensaio.

Conforme verificado, o rumo político-criminal tende a buscar maior efetividade na prevenção e repressão de determinados delitos resultantes de modernas tecnologias, ou relativos à criminalidade tradicional, que fomentam a sensação de insegurança da sociedade. (MAYA, 2017, p. 111)

4. CONCLUSÃO

O crime organizado é uma realidade atual em, praticamente, todos os países do mundo, acompanhando o capitalismo globalizado nos seus mais diversos aspectos, como o crescimento das relações comerciais entre as nações e o avanço desenfreado da tecnologia.

Neste contexto, as organizações criminosas, favorecidas por sofisticada tecnologia e pelo lucro angariado pelas variadas espécies de delitos, passaram a atingir os mais diversos segmentos da sociedade, corrompendo autoridades de altos escalões e colocando em risco a segurança pública e a paz social.

Com esse cenário, não foi mais possível enfrentar estas verdadeiras multinacionais do crime com investigação que foi projetada para apurar delitos convencionais, de caráter individual, a exemplo de furtos e roubos.

Assim, veio a Lei 12.850/2013 que detalhou o rito dos meios extraordinários de investigação, como a infiltração de agentes policiais em organizações criminosas, e os crimes que seriam abrangidos pela norma legal.

Importante destacar que a Lei prevendo medidas invasivas na vida privada das pessoas passa a ferir direitos fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, os quais devem ser obedecidos e garantidos pelo Poder Público.

Dessa forma, a persecução penal instaurada para investigar delinquentes organizados deve ser, ao mesmo tempo, eficiente e observar as garantias constitucionais dos investigados e/ou acusados.

Nesta trilha, ingressa o princípio da proporcionalidade, com suas máximas de adequação, necessidade e proporcionalidade no sentido estrito, para aferir, no caso concreto, se justifica a restrição de alguns direitos fundamentais dos investigados com a aplicação dos meios ofertados pela Lei do Crime Organizado.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

ÁVILA, Humberto. Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo: Malheiros, 2005.

AMBOS, Kai e ROMERO, Eneas (organizadores). Crime organizado: análise da Lei 12.850/2013. São Paulo: Marcial Pons Brasil, 2017.

BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. Crime organizado e proibição de insuficiência. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

CANARIS, Claus-Wilhelm. Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

DIAS, Jorge de Figueiredo. Temas Básicos da Doutrina Penal: Sobre os Fundamentos da Doutrina Penal – Sobre a Doutrina Geral do Crime. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

FELDENS, Luciano. A Constituição Penal : A dupla face da Proporcionalidade no controle de normas penais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

HASSEMER, Winfried. Três Temas de Direito Penal. Porto Alegre: Fundação Escola Superior do Ministério Público, 1993.

LEAL, Rogério Gesta. O Direito Fundamental à Intimidade em Face da Persecução Penal, 2017. file:///C:/Users/PCRS/Downloads/Dialnet-ODireitoFundamentalAIntimidadeEAPersecucaoCriminal-7145903.pdf. (Acesso em 7/04/2020).

MAYA, André Machado. O Processo Penal na Sociedade de Risco: a persecução penal entre os ideais de liberdade e segurança, 2017. file:///C:/Users/PCRS/Downloads/2199-11567-1-PB%20(1).pdf (acesso em 6/04/2020).

MENDRONI, Marcelo Batlouni. Crime organizado: aspectos e mecanismos legais – São Paulo: Atlas, 2016.

PEREIRA, Flávio Cardoso. Segurança Pública: os desafios da pós-modernidade/organizadores: Antonio Henrique Graciano Sexberger...[et al.]. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição, Proporcionalidade e Direitos Fundamentais: O direito penal entre proibição de excesso e de insuficiência, 2003. file:///C:/Users/PCRS/Downloads/AIJC10_10_Ingo_Wolfgang_Sarlet.pdf (acesso em 10/05/2020).

STRECK, Lenio Luiz. Bem Jurídico e Constituição: Da proibição de excesso à proibição de proteção deficiente ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais, 2004. <http://www.escoladaajuris.org.br/esm/images/arquivos/penal/bemjuridicoconstituiaolniusstreck.pdf> (acesso em 10/05/2020).

SOUSA, Marllon. Crime organizado e infiltração policial: parâmetros para a validação da prova colhida no combate às organizações criminosas – São Paulo: Atlas, 2015.



**A RACIONALIDADE TRANSVERSAL ENTRE
DIFERENTES ORDENS JURÍDICAS PROPORCIONADA
PELO TRANSCONSTITUCIONALISMO DE MARCELO
NEVES E SUA RELEVÂNCIA
PARA AS CIÊNCIAS CRIMINAIS**

**THE CROSS-RATIONALITY BETWEEN DISTINCT
LEGAL ORDERS PROVIDED BY MARCELO NEVES'
TRANSCONSTITUTIONALISM AND ITS RELEVANCE
TO CRIMINAL SCIENCES**

VITOR FONTANA DE ÁVILA¹

Resumo: Trata-se de breve estudo sobre a tese de Transconstitucionalismo de Marcelo Neves e seu referencial teórico, a Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann, como instrumento jurídico adequado para tratar da unidade estrutural de cada sistema jurídico e, simultaneamente, permitir a abertura cognitiva do sistema em um diálogo que respeita a diferen-

1 Aluno integrante do PPGD/FMP Mestrado Acadêmico em Direito, na Fundação Escola Superior do Ministério Público. Integrante do grupo de pesquisa CNPQ *O terrorismo contemporâneo: conformação histórica e regulamentação jurídica*, sob orientação do Dr. Bruno Heringer Jr., vinculado à linha de pesquisa *Tutelas à efetivação de direitos públicos incondicionados*. Integrante dos grupos de pesquisa CNPQ *Colisão de Direitos Fundamentais* e *o Direito como Argumentação*, sob orientação do Prof. Dr. Anízio Pires Gavião Filho; *Teoria do Direito: da academia à prática*, sob orientação do Prof. Dr. Francisco José Borges Motta, ambos grupos vinculados à linha de pesquisa *Tutelas à efetivação de direitos transindividuais*. Especialista *latu sensu* em Direito Público, na Escola Verbo Jurídico/Centro Universitário Leonardo da Vinci. Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais, na Universidade Franciscana. Advogado. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8371305660618338>. E-mail: vitor.f.avila@hotmail.com

ciação e desafia o paradoxo sistêmico acima mencionado, para resultados benéficos entre dois ou mais entrelaçamentos transconstitucionais. Como as Ciências Criminais também possuem assuntos de matéria constitucional, diante da utilização do método procedimental hipotético-dedutivo, é levantada a possibilidade se o transconstitucionalismo também pode auxiliar para refinamento de diálogos transversais de questões penais em dois exemplos mencionados no trabalho. Se for possível, talvez traga mais riqueza para as Ciências Criminais utilizar desse instrumento em questões que transcendem a esfera penal e se confundem com a esfera constitucional, além de aumentar desafios para uma melhor coerência do Direito enquanto sistema social de código binário lícito/ilícito, não dando precedência ao *ego* ou ao *alter*, contudo, afirmando essa dupla contingência ao promover comunhão de esforços em assuntos constitucionais e humanitários comuns.

Palavras-chave: ciências criminais; direitos fundamentais; direitos humanos; teoria dos sistemas; transconstitucionalismo.

Abstract: This is a brief study on the thesis of Transconstitutionalism by Marcelo Neves and his theoretical framework, Niklas Luhmann's Theory of Systems, as an appropriate legal instrument to deal with the structural unity of each legal system and, simultaneously, allow the cognitive opening of the system in a dialogue that respects differentiation and challenges the aforementioned systemic paradox, for beneficial results between two or more transconstitutional entanglements. As the Criminal Sciences also have matters of constitutional matter, given the use of the hypothetical-deductive procedural method, the possibility is raised whether transconstitutionalism can also help to refine transversal dialogues of criminal matters in two examples mentioned in the work. If possible, it may bring more wealth to the Criminal Sciences to use this instrument in matters that transcend the criminal sphere and are confused with the constitutional sphere, in addition to increasing challenges for a better coherence of Law as a social system of lawful/unlawful binary code, not giving precedence to the ego or to the alter, however, affirming this double contingency in promoting a communion of efforts in common constitutional and humanitarian matters.

Keywords: constitutional rights; criminal sciences; human rights; social systems theory; transconstitutionalism.

1. INTRODUÇÃO

Para o pensamento teórico jurídico do presente século, a resolução de conflitos se revelou mais complexa e desafiadora, diante da multiplicidade de exigências e práticas sociais de relações jurídicas das mais diversas, demonstrando cada vez mais dissenso entre objetivos e metas pessoais e coletivas de uma comunidade política. Além disso, a maior capacidade de reconhecimento entre comunidades jurídicas parece revelar uma multidimensão jurídica entre sistemas distintos, cujo contato revela atritos diante do atual paradigma de hierarquia entre ordens jurídicas.

Esse trabalho pretende abordar, num método hipotético-dedutivo de abordagem e método bibliográfico de procedimento, uma tese jurídica, ainda recente, que propõe um diálogo de *entrelaçamento transversal* entre sistemas jurídicos diversos, o *Transconstitucionalismo*, concebido por Marcelo Neves diante dos pressupostos teóricos da Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann. O *Transconstitucionalismo*, como se verá, não ignora a existência sistêmica de uma ordem jurídica em relação a outra, nem também supõe que, entre ordens jurídicas diversas, há uma necessária hierarquia. Na verdade, diante da multiplicidade de sistemas, o que se pressupõe é que cada ordem jurídica tem sua própria autonomia, seu desenvolvimento e sua própria estrutura. O grande trunfo do *Transconstitucionalismo* que será apresentado mais adiante, mas, mencionado em poucas palavras nesse momento, é sua *racionalidade transversal*: através dos aspectos da *dupla contingência* (*ego* e *alter*), há um reconhecimento mútuo entre ordens jurídicas diversas de algum aspecto jurídico controvertido, em que se pressupõe que, na interação entre *ego* e *alter*, uma ordem jurídica que auxilia o outro a responder uma controvérsia jurídica de ordem constitucional – isto é, relativa a direitos fundamentais e direitos humanos – de forma mais equânime e consensual, numa articulação que revela o diálogo normativo racional, evitando uma sobreposição por autoridade normativa entre ordens jurídicas e procurando afirmar a identidade e alteridade presentes numa atividade transconstitucional de multiplicidade de sistemas jurídicos, ou seja, as características próprias de cada ordem jurídica. Se houver sucesso nessa proposta, a hipótese desse artigo é a possibilidade de propor o transconstitucionalismo como uma relevante ferramenta para as questões constitucionais que desafiam as Ciências Criminais como um todo (Política Criminal, Criminologia e Dogmática Penal). As demais ordens jurídicas que possuem suas próprias Ciências Criminais poderão abordar aspectos normativos para um

resultado jurídico consensual e eficaz com esse instrumento jurídico, relevante para o caráter universal dos direitos humanos e naquilo que os diferentes catálogos de direitos fundamentais concordam entre si.

2. O TRANSCONSTITUCIONALISMO E SUA IMPORTÂNCIA PARA O DIREITO PENAL

Conforme dito anteriormente, o *Transconstitucionalismo* surge, fundamentado na Teoria Sistêmica de Niklas Luhmann, para tentar apaziguar dissensos entre ordens jurídicas diversas no tocante aos direitos fundamentais e direitos humanos, tentando escapar de uma imposição meramente hierárquica entre ordens jurídicas diversas e reconhecendo as particularidades de cada sistema jurídico, por vislumbrar *a priori* a racionalidade transversal por pressuposição de *dupla contingência* (NEVES, 2009). Nesse sentido, não procura mais sustentar essa tese um isolamento de um sistema jurídico dos demais, nem mesmo um simples acolhimento (ou interiorização) de conteúdo jurídico alheio, *v.g.*, por mera força coercitiva de uma decisão judicial, não levando em consideração as características próprias de cada ordem jurídica. Antes, busca o contato entre as ordens jurídicas, não para um simples conflito, mas, para um *entrelaçamento transversal* que resulta um diálogo normativo, para uma aproximação de sistemas que não partem de perspectiva de si para o outro. Antes, partem do reconhecimento daquilo que possuem, seja em comum ou em divergência, para um consenso que garante uma estabilidade jurídica multinível (NEVES, 2009).

É possível traçar esses objetivos nessa tese inovadora de Marcelo Neves, porque, em primeiro lugar, Niklas Luhmann traz grandes contribuições ao Direito na perspectiva de sua Teoria dos Sistemas. Como Leonel Severo Rocha aponta, Luhmann inova em seu pensamento teórico ao abordar o Direito de maneira sistêmica. Porque, é somente numa teoria de sistemas, pressupondo diferenciação entre elas, que há sentido, significado, diante das relações sociais com o meio ambiente onde está inserido aquele sistema. Porque é o sistema, na dinâmica da diferenciação, que o sentido é construído. Se assim é, todo o sistema diferenciado precisa ser, ao mesmo tempo, *operativamente fechado*, isto é, suas características próprias em uma unidade, e deve ser *cognitivamente aberto*, para que seja possível observar suas diferenças cognitivas, sua racionalidade distinta. Nesse sentido,

um sistema (nesse caso, a sociedade como um todo) possui essencialmente a *comunicação* como elemento principal: é a capacidade de externar suas características próprias e repeti-las num funcionamento ordenado, percebendo também suas divergências com outros sistemas. Diante disso, como objeto preferencial de sua teoria, Luhmann destaca a *comunicação*, pois, somente a comunicação levará a mais comunicação (ROCHA, 2003).

Vemos, portanto, que a Teoria dos Sistemas de Luhmann, se voltada sua aplicação ao Direito, torna o Direito como um todo em um sistema social, e que ultrapassa dois paradigmas do Direito atualmente: a teoria normativista, fechado em si mesmo por legitimidade advinda de validade que justifica, numa regra de reconhecimento (*rule of recognition*) ou na norma fundamental (*grundnorm*), a sua estrutura; a teoria hermenêutica, que abre todo o sistema, mas não encontra sua própria identidade social. Assim, a vantagem da abordagem luhmanniana do Direito é que se trata de um sistema, simultaneamente, aberto e fechado. A isso se dá o nome de *autopoiesis*, que é sistema de repetição e diferença, equacionando sua unidade no paradoxo acima descrito (ROCHA, 2003).

Seguindo o pensamento de Luhmann, um sistema *autopoietico* é vinculado ao tipo de operações que são realizadas e isso se aplica tanto à criação de operações vindouras como, também, na formação de estruturas no sistema. Ou seja, não há uma “diferença essencial” ou “diferença material” entre operação e estrutura. Nesse sentido, um sistema jurídico também possui sua própria criação jurídica e preserva sua estrutura, por ser operativamente fechado (LUHMANN, 2004). Pelo fato do Direito ser um sistema social e operar de maneira fechada, podemos identificar a identidade cognitiva daquele sistema jurídico e, assim, podemos avançar com maior segurança para a cognição aberta que os sistemas jurídicos necessariamente possuem. Porém, é fato que, quanto mais complexo seu sistema é, mais complexo é o ambiente no qual aquele sistema se desenvolve. Por isso a Teoria dos Sistemas tem seu trunfo em se voltar para as questões de estrutura social interna e, no caso do Direito, as questões jurídicas, para compreender o Direito em suas relações sistema/ambiente, percebendo o pico de gravidade numa complexidade e seletividade inerente a essas relações (LUHMANN, 1983).

Diante disso, talvez seria o caso, portanto, de desenvolver uma ferramenta, um instrumento técnico-jurídico especial e dotado de um *status* constitucional que corresponda às exigências da Teoria dos Sistemas e, ao mesmo tempo, fuga da convencionalidade atual do pensamento teórico jurídico (LUHMANN, 1985). Não é coincidência, portanto, que Marcelo

Neves traz sua tese de *Transconstitucionalismo*. Esse instrumento está plenamente adequado à exigência de Niklas Luhmann. Começando pela análise interna do Direito, Marcelo Neves já analisa que a própria constituição já é um acoplamento estrutural entre dois sistemas diversos: o Direito e a Política, de maneira que se torna uma ferramenta para uma racionalidade transversal entre eles, respeitando cada um sua estrutura, mas, mutuamente, se reconhecendo e enriquecendo um ao outro em diálogo (NEVES, 2013). De semelhante modo, uma vez que há diferentes ordens jurídicas, cada qual com seu sistema e, cada vez mais, um ordenamento jurídico está em contato com o outro, há problemas de estrutura e conteúdo que são ignorados. Porque o entrelaçamento transconstitucional não procura somente destacar o fato de que há sobreposições de ordens jurídicas diversas ou um acoplamento interno do conteúdo de uma ordem jurídica diversa. Pelo contrário, busca-se um diálogo racional de entrelaçamento que garanta a unidade e a diferenciação de ordens jurídicas diversas, retirando o foco de uma controvérsia somente na identidade de uma ordem para, de fato, rever os sistemas jurídicos num sistema funcional de sociedade a nível global, em que as ordens jurídicas, todas elas, tem um mesmo código binário, a diferença entre lícito e ilícito. Diante da unidade e particularidade do lícito/ilícito, é possível ver a diferença e a unidade de sistemas jurídicos diversos, prontos para, antes de qualquer atividade jurídica habitual, dialogar em entrelaçamento transconstitucional (NEVES, 2009).

É possível ver isso em questões muito práticas e, aqui, podemos ver que tem relevância inclusive na questão de direitos fundamentais que são bens jurídicos penalmente tutelados, como Marcelo Neves trata no capítulo 3 (três) de sua obra *Transconstitucionalismo*. Como exemplo, houve um caso julgado pelo pleno do Supremo Tribunal Federal da República Federativa do Brasil, quanto ao *Habeas Corpus* nº 82.424/RS, em 17 de novembro de 2003, em que o mérito discutido era sobre caracterizar como racismo a publicação de livro que possuía caráter antissemita – no seu bojo, o livro foi escrito negando a historicidade do holocausto –, foi negada a ordem e afirmada a imprescritibilidade nesse caso, firmando-se em manifestações anteriores de casos semelhantes de órgãos jurídicos diversos, como a Suprema Corte dos Estados Unidos e a Câmara dos Lordes no Parlamento Inglês (NEVES, 2009). É um exemplo claro de que, por mais que haja uma menção a “direito comparado”, se trata de um diálogo transconstitucional, no qual o Brasil, em sua própria ordem jurídica, possui suas próprias regras constitucionais para tratar de certos fatos puníveis e, ainda assim, recorre a elementos de ordens jurídicas diversas para afirmar que a controvérsia

alcança outros sistemas jurídicos. Não se trata, portanto, de afirmar que, “visto que uma ordem jurídica diversa reconhece o holocausto e considerada ofensa a bens jurídicos tutelados o caráter antissemita de algo, deve ser negada a ordem”. Um entrelaçamento transconstitucional *afirma a unidade sistêmica em conjunto do que possui em comum com ordem jurídica diversa*, levando a uma compreensão maior e plural do Direito, sem desprezar particularidades intrassistêmicas.

Outra situação que revela a importância do transconstitucionalismo para uma racionalidade transversal e, além disso, para uma expansão cognitiva das Ciências Criminais, é o exemplo de Marcelo Neves quanto a relação entre a ordem jurídica das comunidades indígenas nas quais há prática de relações sexuais entre adultos e menores, e o infanticídio. Nessas comunidades, é considerada uma prática lícita, muito embora no nosso Direito Penal atual (Decreto-Lei n.º 2.848/1940) considere ilícito, em seus artigos 123 e 213, § 1º. A complexidade aumenta se considerada a Convenção n.º 169 a respeito dos Povos Indígenas e Tribais, da Organização Internacional do Trabalho, em que prescreve o direito de tais comunidades de conservar seus costumes e situações próprias, desde que não estejam em incompatibilidade tanto com direitos fundamentais do sistema nacional onde tais comunidades se encontram, quanto com os direitos humanos reconhecidos em nível internacional. O que fazer? Para Marcelo Neves, a questão demanda uma resposta que não caia num universalismo superficial dos direitos humanos, em que uma concepção ocidental ontológica de tais direitos é afirmada de forma absoluta, incompatível com a possibilidade de uma racionalidade transversal entre ordens estatais e não-estatais, essas últimas num modelo diverso do nosso, porém, jurídicas nas suas dimensões binárias lícito/ilícito. Na verdade, é necessária uma atuação positiva do transconstitucionalismo para um aprendizado recíproco da experiência de sistemas jurídicos, respeitando a operação fechada da ordem jurídica, mas com atenção ao outro em suas diferenças cognitivas (NEVES, 2009). Somente tendo isso como parte lógica do pensamento jurídico transconstitucional é que poderemos chegar a uma construção do Direito que respeita ordens jurídicas diversas e soma esforços naquilo que corresponde a respostas adequadas aos direitos fundamentais e direitos humanos.

É possível, portanto, perceber grandes vantagens numa abordagem transconstitucional com fundamento na Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann, inclusive para enriquecer as questões levantadas pelas Ciências Criminais na questão de fatos puníveis – como mencionados acima,

no caso dos indígenas e do antissemitismo – que repercutem em mais de uma ordem jurídica. Partindo de um pressuposto de análise do Direito na Teoria dos Sistemas, não há uma distância do Direito com a teoria, mas, um verdadeiro arcabouço complexo para estudo do Direito como ordem jurídica (LUHMANN, 2016) e, no caso do transconstitucionalismo, de um estudo de várias ordens jurídicas num plano multinível, que se entrelaçam e se mantêm estruturalmente autônomas, embora não isoladas uma das outras. Muito embora não seja necessário prescindível uma visão constitucional clássica advinda do liberalismo político, o transconstitucionalismo se apresenta como o futuro do direito constitucional, alcançando e exigindo maior intensidade de interdisciplinaridade (NEVES, 2009). Sendo esse o caso, as Ciências Criminais também serão enriquecidas na atuação desse instrumento tão rico que é o transconstitucionalismo.

3. CONCLUSÃO

Nesse breve artigo, foram introduzidas as ideias gerais a respeito da Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann para que, num segundo momento, o Transconstitucionalismo de Marcelo Neves pudesse ser analisado propriamente. Inicialmente, demonstra-se o caráter inovador de uma abordagem sociológica do Direito na perspectiva sistêmica, uma vez que, respeitado o Direito como um sistema social operativamente fechado e, simultaneamente, cognitivamente aberto, cada ordem jurídica pode manter suas peculiaridades, sem prescindir da comunicação com demais ordens jurídicas que coexistem com ele. Um sistema, mesmo que se retroalimentando, pode se comunicar com outro sistema e afirmar suas diferenças, sem se preocupar em prescindir de sua própria estrutura.

A partir disso, num segundo momento discute-se brevemente sobre o transconstitucionalismo, tese de Marcelo Neves com escopo na Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann, na qual busca um entrelaçamento transversal entre ordens jurídicas diversas, para um maior diálogo e comunicação, preservando as estruturas internas e aliando esforços em comum para uma melhor resposta jurídica para os casos de direitos fundamentais e direitos humanos. É certo que, como visto, o transconstitucionalismo está relacionado ao constitucionalismo clássico de perspectiva liberal, porém, aperfeiçoa-o ao desafiar o pensamento jurídico atual de hierarquia entre ordens jurídicas ou, em outros casos, mera interna-

lização de direito alheio numa ordem jurídica específica, muitas vezes causando contradições internas que poderiam ser evitadas numa análise sistêmica do Direito.

Em dois breves exemplos de decisões judiciais de natureza penal, sobre antissemitismo e fatos puníveis na ordem jurídica estatal brasileira quanto a práticas de relações sexuais entre adultos e menores, e o infanticídio, demonstra a complexidade da visão sistêmica de ordens jurídicas, onde o transconstitucionalismo tem a melhor oportunidade para se desenvolver, demonstrando um diálogo possível onde as Ciências Criminais podem se apoiar para resolver casos complexos, sem tomar como referência o *ego* ou o *alter* para prejudicar um ao outro. Pelo contrário, reafirma-se a dupla contingência, respeitando as peculiaridades estruturais diferentes, mas, com ativa cognição para ajustar semelhanças a fim de um resultado jurídico positivo em favor dos direitos humanos e dos direitos fundamentais, temas altamente relevantes para o Direito Constitucional e para as Ciências Criminais.

REFERÊNCIAS

LUHMANN, Niklas. O direito da sociedade. São Paulo: WWF Martins Fontes, 2016.

LUHMANN, Niklas. Law as Social System. New York, EUA: Oxford University Press, 2004.

LUHMANN, NIKLAS. Sociologia do Direito I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

LUHMANN, NIKLAS. Sociologia do Direito II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985.

NEVES, Marcelo. Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico. São Paulo: WWF Martins Fontes, 2013.

NEVES, Marcelo. Transconstitucionalismo. São Paulo: WWF Martins Fontes, 2009.

ROCHA, Leonel Severo. Epistemologia Jurídica e Democracia. 2. ed. São Leopoldo: Ed. UNISINOS, 2003.



**UM DIREITO GERAL DE LIBERDADE?
REFLEXÕES SOBRE A NORMA FUNDAMENTAL
DE LIBERDADE DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL
DE 1988 A PARTIR DA TEORIA DOS DIREITOS
FUNDAMENTAIS DE ROBERT ALEXY**

A GENERAL RIGHT OF LIBERTY? REFLECTIONS
ON THE FUNDAMENTAL RIGHT TO LIBERTY IN THE
1988 FEDERAL CONSTITUTION BASED ON ROBERT
ALEXY'S THEORY OF FUNDAMENTAL RIGHTS

ANDRÉ MACHADO MAYA¹
PIETRO CARDIA LORENZONI²

Resumo: O presente ensaio é resultado parcial dos trabalhos realizados no âmbito do grupo de pesquisa *Direito fundamental à segurança e Direitos de liberdade: a complexa harmonia em matéria penal*, cujo objetivo é investigar a existência, o conteúdo e os limites das denominadas obrigações processuais penais positivas. O texto possui a finalidade de verifi-

-
- 1 Doutor e mestre em Ciências Criminais pela PUCRS; Especialista em Direito do Estado pela UniRitter e em Ciências Penais pela PUCRS. Professor de Direito Penal e Processo Penal dos cursos de Graduação e Mestrado em Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul (FMP). Advogado. Membro fundador do Instituto Brasileiro de Direito Processual Penal (IBRASPP). *E-mail* de contato: andremmaya@gmail.com
 - 2 Mestre em Direito pela Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul (FMP-RS). Doutorando em Direito pela UNISINOS. Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS), Especialista em justiça constitucional e direitos fundamentais pela Universidade de Pisa/Itália (UNI-PI). Especialista em gestão e docência no ensino superior pela Universidade Luterana do Brasil (ULBRA). Advogado. *E-mail* de contato: pclorenzoni@gmail.com.

car a existência de um direito geral de liberdade no plano constitucional brasileiro. A este efeito, inicia-se a abordagem pelo referencial teórico de Robert Alexy, acerca dos direitos fundamentais para, na parte final, posicionar a liberdade enquanto valor estrutural dos Estados Democráticos, destacando as semelhanças entre a norma de liberdade que se extrai da Constituição Federal brasileira e o direito geral de liberdade trabalhado por Alexy com base na jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha. A pesquisa está em fase inicial, de modo que o objetivo do presente ensaio é contextualizar as bases teóricas sobre as quais se desenvolverá o restante da pesquisa.

Palavras-chave: 1. Liberdades; 2. Direitos Fundamentais; 3. Constituição Federal.

Abstract: The present essay is a partial result of the work carried out within the research group Fundamental Right to Security and Rights of liberty: a harmony complex in criminal matters, the purpose of which is to investigate the content and the limits of State's positive obligations in the criminal persecution as a realization of the fundamental right of security. The text pretends to verify the existence of a general right of liberty in the Brazilian constitutional plan. It begins with the approach by Robert Alexy's theoretical framework on fundamental rights, in the final part, to position liberty as a structural value of Democratic States, standing out as similarities between the norms of liberty that Brazilian and the general right of liberty worked by Alexy based on the jurisprudence of the Federal Constitutional Court of Germany. Research is in its early stages, so the purpose of the present essay is contextualized as a theoretical basis on what the remaining research developments are.

Key-words: 1. Liberty; 2. Fundamental rights; 3. Federal Constitution.

1. INTRODUÇÃO

A coexistência entre os valores de liberdade e segurança é um dos pontos de mais acentuada complexidade no âmbito do Direito Penal e Processual Penal contemporâneos, em especial no atual cenário de uma sociedade de risco globalizada, marcada por uma perene revolução tecnológica e por uma crescente aceleração do fluxo de informações e das redes de relacionamento social. A sensação de insegurança, inerente a esse contexto e potencializada pela mídia, faz ecoar as demandas por

segurança direcionadas ao Estado, do que resulta uma política criminal desorientada, uma legislação simbólica e a flexibilização de direitos e garantias individuais que moldam o devido processo penal no plano teórico. Nesse cenário, se desenvolvem construções teóricas a embasar a existência de deveres de proteção penal impostos ao Estado, a serem materializados tanto no plano do direito material, quanto no plano processual penal. Como consequência, a expansão da intervenção penal consolida a retração de liberdades inerentes à formatação democrática.

Essa construção teórica, conquanto embasada também em julgados da Corte Interamericana de Direitos Humanos, em casos envolvendo o Brasil, inaugura um caminho distinto do consolidado pela doutrina penal iluminista, de um Direito Penal e Processual Penal como limites ao poder punitivo estatal, amparado na ideia dos direitos fundamentais como instrumentos de defesa do cidadão em face do Estado. Daí a importância de se especificar o conteúdo desses deveres impostos ao Estado e de se estabelecer limites aos mesmos, como forma de assegurar a prevalência do valor liberdade na atual quadra democrática.

Esse é o cenário do qual partem as atividades desenvolvidas no grupo de pesquisa *Direito fundamental à segurança e Direitos de liberdade: a complexa harmonia em matéria penal*, com o objetivo de verificar a existência, o conteúdo e os limites das chamadas obrigações processuais penais positivas, ou dos deveres de proteção pela via processual penal. A pesquisa está em andamento, ainda em uma fase inicial, e no presente ensaio a proposta é destacar a prevalência do valor liberdade na formatação dos Estados democráticos de Direito. A esse efeito, parte-se do referencial teórico de Robert Alexy, sobre os direitos fundamentais, para então destacar o peso determinante da liberdade e como se concebe um direito geral de liberdade no plano constitucional brasileiro. O ensaio, porque produto de um estágio inicial de pesquisa, não se propõe a apresentar resultados, mas a expor o contexto da pesquisa, sob o prisma do referencial teórico mencionado.

2. A ESTRUTURA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA TEORIA DE ROBERT ALEXY

A teoria proposta por Robert Alexy, em sua obra sobre os direitos fundamentais, se insere no âmbito de uma pretensão teórica de conferir um embasamento à argumentação sobre direitos fundamentais que pos-

sibilite decisões jurídico-democráticas racionais (ALEXY, 2017b, p. 548). Em sendo o direito argumentativo, naturalmente que a aplicação dos direitos fundamentais será também argumentativa (ATIENZA, 2005, p. 1). Daí a necessidade de uma teoria dos direitos fundamentais que, pautada na premissa racional, permita o controle das decisões judiciais.

Embasado, portanto, na sua teoria da argumentação jurídica, Alexy estrutura a teoria dos direitos fundamentais de maneira tridimensional, sob os vieses dogmático, empírico e jurídico. Seu ponto de partida é a diferença entre texto e norma: enquanto texto é o que está expresso, a norma é o produto da sua interpretação. No caso específico das normas de direitos fundamentais, Anizio Gavião Filho (2010, p. 25) explica que “o conceito semântico de norma pressupõe a distinção entre norma e proposição normativa”, sendo aquela o significado de sentido desta, que é o conjunto de signos linguísticos contido em uma disposição de direito fundamental.

A norma, para Alexy (2017b, p. 85 - 108), é sempre uma regra ou um princípio: enquanto regra, assume a forma de um mandamento definitivo a ser aplicado em determinada situação concreta; na forma de princípio, se apresenta como um mandamento de otimização a ser aplicado na máxima medida do possível, um dever *prima facie* que, diante de uma colisão de princípios originada de um caso concreto, se transforma em um dever definitivo. Essa transformação ocorre pela aplicação da técnica da ponderação, decorrente do princípio da proporcionalidade, cujo resultado estabelece uma relação de prevalência condicionada e uma regra para o caso concreto. No caso dos direitos fundamentais, eles apresentam uma dupla configuração, isto é, são tanto regra como princípio (LORENZONI, 2018, p. 34). No resultado da ponderação em casos relacionados com direitos fundamentais, forma-se a norma de direito fundamental atribuída.

As normas de direitos fundamentais, assim, representam o produto da interpretação do texto expresso na Constituição. Sua funcionalidade, conforme Alexy (2017, p. 193-248), está atrelada ao reconhecimento desses direitos como direitos subjetivos, e decorre da sua concepção como (I) direito a algo; (II) liberdades; e (III) competências.

A tridimensionalidade é da essência da sua estrutura enquanto *direito a algo*. A proposição lógica de Alexy, pode ser assim expressada: A tem direito a C em face de B. O enunciado é facilmente compreendido se pensarmos no direito à vida ou à liberdade de expressão. Na perspectiva empírica, o Estado deve prover tais direitos; na perspectiva normativa, deve reconhecer situações novas e aptas à tutela do direito, e normatizar

essas situações. Dessa estrutura de *direito a algo* resultam posições jurídicas concebidas a partir de relações deônticas: oposições inerentes às relações entre deveres, obrigações e permissões. Se *Pedro* tem direito a expressar livremente seu pensamento em face do Estado, então o Estado tem o dever de respeitar a manifestação de pensamento de *Pedro*. Disso decorre a permissão do Estado para que *Pedro* se manifeste livremente, e a faculdade de *Pedro* exercer ou não esse direito (ALEXY, 2008, p. 193 e seg.)

A liberdade trabalhada por Alexy (2017, p. 218-234) está relacionada a posições jurídicas fundamentais. Não se trata de um objeto, mas de uma qualidade atribuída a pessoas, a ações ou a uma sociedade. Sua estrutura segue a lógica triádica, a enunciar uma relação entre (1) o titular da liberdade, (2) o obstáculo à liberdade e (3) o objeto da liberdade. O ponto central da estrutura é o objeto, relacionado sempre a uma ação. Em sentido positivo, uma pessoa é livre para praticar uma única ação, quando não houver embaraço ou proibição. Em sentido negativo, a pessoa é livre quando lhe for possível uma alternativa entre várias ações. A ausência de obstáculos à alternativa de ações possíveis é o que determina a liberdade jurídica na construção de Alexy. Essa liberdade jurídica pode ser protegida ou não pelo direito. A liberdade não protegida é a simples permissão, decorrente da ausência de obrigação ou de dever, enquanto combinação de negações de dever-ser. Não há uma norma constitucional ou garantia relacionada a ela. Ao contrário, a liberdade protegida é aquela cuja faculdade é assegurada por um direito a algo, de modo que represente uma posição jurídica do titular do direito. Essa proteção pode ser em sentido negativo (direito de defesa – a que o Estado não obstaculize o exercício do direito) ou positivo (direito a prestações – a que o Estado implemente ações fáticas e jurídicas que assegurem a efetividade do direito). A proteção da liberdade protegida é assegurada pelo direito, pela norma; a liberdade não protegida pode ser protegida pelo Judiciário, mas não o é necessariamente. Ambas, porém, são liberdades jurídicas.

Por derradeiro, a completar a estrutura triádica, competência é uma capacidade de ação atribuída a determinado sujeito por uma norma jurídica. O sujeito, em razão desta norma jurídica, está em uma posição que lhe permite alterar uma situação jurídica, a partir do exercício de um ato jurídico. É diferente de permissão, na medida em que permitido é o que não é proibido. A competência pressupõe uma norma jurídica que fundamente o seu exercício. Para Alexy, “ações que constituem o exercício de uma competência são ações institucionais” (2008, p. 238), assim definidas como aquelas que, para serem realizadas, “pressupõem a exis-

tência de regras que lhes são constitutivas.” Não bastam as capacidades naturais. (ALEXY, 2008, p. 239). As competências ampliam a margem de ação do indivíduo e, portanto, o seu âmbito de liberdade jurídica, e o seu descumprimento implica em nulidade ou invalidade do ato.

Assim estruturadas as normas de direito fundamental, Alexy (2008, p. 249) apresenta uma concepção de *direito fundamental completo*, enquanto um “feixe de posições de diferentes conteúdos e diferentes estruturas”. No plano abstrato, valendo-se da teoria dos *status* de Jellinek, o autor alemão (2008, p. 254-275) apresenta quatro quadrantes que retratam as relações possíveis entre os sujeitos titulares e destinatários das normas jurídicas de direitos fundamentais. O primeiro quadrante é denominado de *status passivo*, no qual se verifica uma sujeição do indivíduo ao Estado, o que significa dizer que dessa relação decorre uma competência para o Estado e um dever ou obrigação para o indivíduo. O segundo quadrante é denominado de *status negativo*, em que se inserem as condutas do indivíduo que são indiferentes ou irrelevantes para o Estado. Trata-se do espaço individual de liberdade não protegida, assim compreendidas aquelas ações que não são obrigatórias e tampouco proibidas pelo Direito. Nesse caso, o indivíduo possui a faculdade de fazer ou não fazer, o que será indiferente para o Estado. Alexy subdivide esse *status* em duas partes: *status* negativo em sentido estrito, que compreende exatamente a proposta de Jellinek; e *status* negativo em sentido amplo, que além das liberdades jurídicas não protegidas, abrange também as liberdades protegidas, as quais estabelecem o âmbito dos direitos de defesa, aqueles direitos a ações negativas do Estado (não embaraço). O terceiro quadrante revela o *status positivo*, onde se incluem as situações de sujeição do Estado ao indivíduo. Aqui é o indivíduo que possui *direito a algo* e *capacidade* ou competência em face do Estado, que está obrigado ou possui um dever. Ter *direito a algo* + *competência* confere ao indivíduo uma pretensão positiva e impõe ao Estado uma obrigação ou um dever. Alexy, novamente, subdivide esse *status* em duas partes: *status* positivo em sentido estrito significa exatamente o proposto por Jellinek, enquanto ações positivas; *status* positivo em sentido amplo, além das ações positivas, abrange também as ações negativas, e aqui Alexy inclui novamente os direitos de defesa. O Indivíduo tem direito à não atuação do Estado e competência para exigir juridicamente o respeito estatal ao seu *direito a algo*. Por derradeiro, o último quadrante pertence ao *status ativo*, segundo o qual o indivíduo possui competência para participar da formação da vontade estatal. É uma competência que, assegurada pelo Direito, vai além do seu direito natural.

Como visto, os direitos fundamentais são pensados na teoria de Alexy como um feixe de posições jurídicas fundamentais cujo conteúdo concreto é determinado pelas noções de direitos, deveres, obrigações e faculdades, resultado da sua concepção triádica, enquanto *direitos a algo, liberdades e competências*. À contextualização que se propõe o presente ensaio importa em especial o conceito de liberdade, ao que é dedicado o tópico seguinte.

3. A CLÁUSULA GERAL DE LIBERDADE

A proposta do presente ensaio é trabalhar o direito fundamental à liberdade a partir do alinhamento entre a teoria de Robert Alexy (2017b) e o ordenamento jurídico-constitucional brasileiro. Para tanto, breves adaptações serão feitas em razão de algumas diferenças estruturais entre a Constituição brasileira de 1988 e a Constituição Alemã, que serve de base para o empreendimento teórico alexyano. Entre essas adaptações, nessa fase inicial, destacamos a positivação de um direito geral de liberdade no artigo 5º na Constituição Federal brasileira, o que na Alemanha surge apenas via jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal.

A história constitucional brasileira é marcada por uma consistente positivação do direito de liberdade, o que é perceptível desde a Constituição Imperial de 1824 até a Constituição Cidadã de 1988. A diversidade da força normativa dos dispositivos constitucionais foi proporcional às diversas gradações de autênticos Estados de Direito que tivemos ao longo da nossa história, culminando no contemporâneo Estado Democrático de Direito.

Nessa linha, a história pátria conforma, condiciona e norteia. Assim, desde 1824 percebemos que a redação constitucional traz um direito de liberdade geral, ao qual foram sendo acrescidas diversas liberdades específicas, como as de locomoção, pensamento, religiosa, entre outras, a partir dos diversos episódios históricos nacionais e globais. Na constelação constitucional de 1988, a liberdade é protegida desde a previsão do direito geral de liberdade previsto no artigo 5º, passando por garantias de direitos fundamentais primárias e secundárias – para lembrarmos de Ferrajoli (FERRAJOLI, 2016, p. 832) – até chegar em previsões expressas de mandamentos de criminalização, conforme os incisos XLII, XLIII e XLIV do mesmo artigo 5º da nossa Lei Maior.

A propósito, com Robert Alexy, lembramos que normas de Direito Penal podem ser compreendidas como normas de proteção de liberdade,

que zelam para que terceiros não embarquem o seu exercício. Essa parece ser, inclusive, a intenção da Constituição brasileira ao optar por positivar mandamentos de criminalização. A atual Carta constitucional criou normas que indicam, em determinados casos, uma exigência constitucional de intervenção por intermédio de mandados de criminalização ou tutela penal. Ademais, uma parcela dessas normas tem como objetivo selar um ponto de não retorno ao autoritarismo do período militar, protegendo princípios democrático-constitucionais por meio do sistema criminal, como no caso do inciso XLIV do artigo 5º da Constituição da República.

Já aqui se apresenta uma aparente contradição (que merece destaque, mesmo que no presente ensaio não tenhamos o espaço para tratar dela com toda a densidade necessária): “na medida em que o direito ativamente cria liberdade, ele cria também sempre – direta ou indiretamente – não-liberdades” (ALEXY, 2017, p. 247). Esse será um dos aspectos centrais para o desenvolvimento da pesquisa, uma vez que o direito fundamental à segurança e os deveres processuais penais ocupam legítimo espaço de tutela ao direito à liberdade. A grande questão é definir os limites do espaço de atuação legítima, tanto das demandas populares via poderes políticos representativos, como pela via do Poder Judiciário.

De outro lado, se impõe uma reflexão sobre o conteúdo do direito de liberdade. Um possível vislumbre da ideia central do conceito de liberdade pode ser encontrado no artigo 4º da Declaração de Direitos do Homem e Cidadão, que sintetiza o ideal de liberdade clássico³, qual seja: “liberdade consiste em poder fazer tudo que não prejudica o outro”.

A partir do direito germânico, podemos retomar uma ideia de direito geral de liberdade plenamente aplicável ao Brasil, a saber: a liberdade geral de ação é uma liberdade de se fazer ou deixar de fazer o que se quer. De um lado, a cada um é *prima facie* – ou seja, caso nenhuma restrição ocorra – permitido fazer ou deixar de fazer o que quiser (norma permissiva). De outro, cada um tem *prima facie* – ou seja, caso nenhuma restrição ocorra – o direito, em face do Estado, a que este não embarce sua ação ou abstenção, ou seja, a que o Estado nelas não intervenha (norma de direitos).

Essa é, precisamente, a linha seguida pelos comentários ao direito fundamental à liberdade feitos por Ingo Wolfgang Sarlet e André

3 Como em *Two Treatises of Government* de John Locke, *On Liberty* de John Stuart Mill e *L'Ancien Régime et La Révolution* de Alexis de Tocqueville. Trata-se da visão que Isaia Berlin compreenderá como dimensão negativa, ou seja, de um espaço de livre atuação sem interferência de outrem (não necessariamente preocupado com uma compreensão macro de autogoverno).

Rufino do Vale (2018, p. 222). Os autores partem do referencial teórico de Alexy – o que reforça a hipótese inicial de compatibilização do nosso ordenamento com a proposta teórica do autor – para destacar:

“Direito brasileiro reconhece as duas esferas, ou seja, a liberdade negativa e a liberdade positiva. Para Isaiah Berlin, liberdade negativa é a liberdade como não interferência, a qual protege uma área mínima na qual o homem pode ser e agir sem interferência do outro. A liberdade positiva, por outro lado, mais do que a ausência de interferência, requer que o indivíduo tome parte ativa no controle e domínio de si próprio (dois conceitos de liberdade de Isaiah Berlin)”

Sobre a Ideia de Isaiah Berlin (1969, p. 118-172), podemos sintetizar o objeto de cada dimensão de liberdade da seguinte maneira: a dimensão negativa responde qual a área dentro dos direitos de um sujeito em que ele é livre para fazer e ser aquilo que ele quiser sem interferência de outro, especialmente sem interferência do Estado; e a dimensão positiva responde quem é a fonte de controle e das interferências que determinam as ações do sujeito.

Nessa linha, consoante Alexy (2017, p. 220), é possível compreender o Direito Geral de Liberdade a partir do seu conceito positivo e negativo. Este – chamado de liberdade negativa – é o responsável por assegurar as possibilidades de ação, ou seja, tem como objeto da liberdade diferentes alternativas de ação. Aquele – chamado de liberdade positiva – é o responsável por assegurar a escolha de certa possibilidade de ação, ou seja, tem como objeto a liberdade de uma ação (e não diversas ações).

A relação entre a liberdade negativa e a liberdade positiva ensejará diferentes direitos do indivíduo em face do Estado, a fim de possibilitar tanto o *exercício de escolha* – por exemplo, consistindo numa vedação de proibição do Estado, possibilitando o livre-arbítrio do indivíduo – quanto o *exercício de uma ação* – por exemplo, consistindo numa obrigação do Estado, levantando barreiras econômicas postas em detrimento do indivíduo.

Isso é feito com o, sempre em mente, plano de fundo de que as liberdades jurídicas são positivadas e protegidas para pavimentar o caminho da autorrealização humana. Isso significa que as liberdades funcionam como as guardiãs de que o Estado, obrigatoriamente, reconheça cada indivíduo como detentor de uma dignidade que o possibilita buscar, de forma responsável, os meios para a realização das suas capacidades. Lembramos, aqui, que a justificativa para a própria existência desse Estado nasce com o reconhecimento das liberdades dos diversos indivíduos

que formam a comunidade política. O Estado, portanto, é um meio para as liberdades e sua existência está fundamentada enquanto ente responsável por protegê-las e respeitá-las.

Assim se compreende a proeminência do valor liberdade para a democracia, na exata medida em que, na sua completude, está intrinsecamente relacionada com a materialização da dignidade da pessoa humana, com a sua realização como sujeito de direitos. A realização da liberdade de cada um dos cidadãos, na máxima medida do possível, é o objetivo primeiro do Estado, e a essa finalidade se apresentam os deveres objetivos impostos ao ente estatal pelas normas constitucionais, entre eles o de prestar e concretizar a segurança (BARATTA, 2004, p. 201), nas suas diversas facetas.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Trad. de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008

ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. Ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

ATIENZA, Manuel. Las Razones Del Derecho. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2005.

BARATTA, Alessandro. Seguridad. In: FAIRA, Julio César (ed.). Criminología y sistema penal (compilación in memorian). Buenos Aires: Editorial BdeF, 2004. p. 199-220.

BERLIN, Isaiah. Two Concepts of Liberty. In: Four essays on Liberty. Oxford: Oxford University Press, 1969

Comentários à Constituição do Brasil. J. J. Gomes Canotilho et al.; outros autores e coordenadores Ingo Wolfgang Sarlet, Lenio Luiz Streck e Gilmar Ferreira Mendes. 2. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018

Comentários ao caput do art. 5º por André Rufino do Vale e Ingo Wolfgang Sarlet. Em: Comentários à Constituição do Brasil. J. J. Gomes Canotilho et al.; outros autores e coordenadores Ingo Wolfgang Sarlet, Lenio Luiz Streck e Gilmar Ferreira Mendes. 2. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris: Teoría del derecho*. 2.ed. Madrid: Trotta, 2016.

GAVIÃO FILHO, Anízio Pires. *Colisão de direitos fundamentais, argumentação e ponderação*. 2010. Tese (Doutorado em Direito), Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2010.

LORENZONI, Pietro Cardia. *A regra do prejuízo aplicada às nulidades processuais penais: estudo à luz da expansão do controle estatal pela via penal*. Dissertação (Mestrado). Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público, Mestrado em Tutelas à efetivação de Direitos Indisponíveis, Porto Alegre, 2018.



**SISTEMA PRISIONAL E COVID19: (IM)
POSSIBILIDADE DE EFETIVAÇÃO DE
DIREITOS DAS PESSOAS PRESAS FRENTE À
SUPERLOTAÇÃO CARCERÁRIA**

**PRISON SYSTEM AND COVID-19: THE (IM)
POSSIBILITY OF EFFECTIVENING THE IMPRISONED
RIGHTS IN FRONT OF PRISON OVERFLOW**

*CAROLINA DE MENEZES CARDOSO¹
JULIANA HOROWITZ²*

Resumo: Estruturado desde um processo de encarceramento em massa racista e seletivo, o sistema de justiça criminal brasileiro enfrenta o grave problema da superlotação de presídios, perpetrando violações diversas aos direitos constitucionais das pessoas presas. Tal realidade se agrava com os atravessamentos da pandemia da Covid19, que exige efetivo distanciamento social como forma de prevenção de contaminações desenfreadas. O presente trabalho analisa a atuação do Conselho Nacional de Justiça frente à dramática realidade vivida, demonstrando-se desafios enfrentados no âmbito prisional diante do cenário de pandemia. Evidencia-se a necessidade de efetivação de medidas alternativas à privação de liberdade dentre os órgãos responsáveis pela manutenção dos presídios no país, buscando-se o protagonismo dos direitos constitucionais das pessoas presas.

Palavras-chave: Covid-19; direitos constitucionais; encarceramento em massa; medidas alternativas à privação de liberdade; superlotação carcerária.

1 Advogada e Economista, Mestranda no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. menezescarolina@gmail.com.

2 Mestranda no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul bolsista CAPES. julianaghorowitz@gmail.com.

Abstract: Structured from a racist and selective process of incarceration, Brazil's criminal justice system faces the serious problem of prison overcrowding, perpetrating various violations of the constitutional rights of imprisoned people. This reality is aggravated by the crossings of the Covid-19 pandemic, which requires effective social distancing as a way of preventing rampant contamination. This paper analyzes the performance of the National Council of Justice in view of the dramatic reality experienced, demonstrating the challenges of the penal context in the pandemic scenario. It is evident the need for the implementation of alternative measures to the deprivation of liberty among the agencies responsible for the maintenance of prisons in the country, seeking the protagonism of the constitutional rights of prisoners.

Keywords: alternatives measures to freedom privation; constitutional rights; Covid-19; mass incarceration; prison overcrowding.

1. INTRODUÇÃO

O encarceramento no Brasil deparou-se com níveis de crescimento vertiginosos nas últimas décadas, chegando ao número de 726.354 privadas de liberdade em 2017 (BRASIL, 2019), sendo que, conforme dados do World Prison Population List (WALMSLEY, 2018), há mais de seiscentos e noventa mil pessoas presas no país. O aumento da população carcerária brasileira vem acompanhado do fenômeno de superlotação dos presídios, gerando violações de direitos diversas.

Tal cenário é atravessado pela precariedade e pela (in)efetividade da promoção de garantias às pessoas presas já era realidade no país. A pandemia do Coronavírus, nesse contexto, escancara as mazelas do sistema prisional e potencializa problemas já existentes, trazendo à tona a urgência de análise complexas acerca do contexto prisional.

De fato, a confirmação pela OMS de que o novo tipo de vírus trata-se de uma pandemia³, para o qual até o momento não se tem vacina ou medicamento antiviral específico, exige que não apenas os impactos epidemiológicos a nível global sejam enfrentados pelo Estado; mais do que nunca, se está diante de uma situação onde cabe ao ente público, e apenas a ele, garantir o direito constitucional à saúde de seus tutelados nas instituições prisionais.

3 Ou seja, uma doença de disseminação mundial com transmissão de pessoa para pessoa (OMS, 2020).

Assim sendo, este artigo propõe discutir quais os entraves causados pela pandemia da Covid19 no sistema prisional brasileiro, especialmente quanto a violações aos direitos constitucionais das pessoas presas. Para tanto, mobiliza-se o arcabouço teórico acerca do encarceramento em massa no Brasil. Em seguida, desenvolve-se análise das recomendações do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) frente ao contexto dramático da pandemia. Por fim, demonstra-se a necessidade de efetivação de tais recomendações, bem como de medidas de desencarceramento, em prol dos direitos constitucionalmente previstos àqueles privados de liberdade.

2. AS MAZELAS DO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO: ENCARCERAMENTO EM MASSA E SUPERLOTAÇÃO CARCERÁRIA

O fenômeno do hiperencarceramento no contexto nacional não é isolado da realidade continental; pelo contrário, imbrica-se ao avanço neoliberal delineado desde os anos 1970 (PIMENTA, 2018). Jonathan Simon (2017) analisa que o termo *mass incarceration* passou a ser utilizado referindo-se às mudanças significativas na escala de encarceramento no contexto estadunidense, especialmente a partir dos 1970. No mesmo sentido, David Garland (2001) aponta *mass incarceration* como fenômeno caracterizado pelo aprisionamento normalizado e sistemático de grupos populacionais, compostos, especialmente, por homens, jovens e negros nos centros urbanos estadunidenses (GARLAND, 2001, p. 11).

Trata-se de um estado que atua na sua máxima expansão penal, sendo que os problemas sociais passam a ser invisibilizados e tratados enquanto problemas penais. Nesse tom, partindo de uma perspectiva da antropologia histórica dos Estados Unidos, Loiq Wacquant (2015) evidencia que a expansão penal do estado se consolida enquanto projeto político central no cenário de avanço neoliberal, em detrimento de atuações sociais.

Desde uma perspectiva brasileira, na mesma linha do que evidenciado pelos autores internacionais, o processo de encarceramento em massa se desenha como seletivo e estigmatizante, também consolidando-se a partir da expansão do estado pena. Estudos do campo criminológico e de política criminal brasileiro demonstram que a clientela do sistema penal é composta, majoritariamente, por “jovens, negros, pobres e de baixa escolaridade, habitantes de bairros periféricos nas cidades brasileiras, são os mais sujeitos a esses processos, e, portanto, os rostos mais

comuns nas prisões” (PIMENTA, 2018, p. 181-2). Trata-se também de um processo marcadamente racista, o qual selecionada, em sua maioria, a população negra (BORGES, 2018).

Estruturado desde uma perspectiva seletiva, racista e estigmatizante, o sistema de justiça criminal concretiza um processo massivo de aprisionamento, o que reverbera na superlotação das instituições prisionais por todo o território nacional. Nesse sentido, Rangel e Bicalho (2016) discutem, desde o estudo dos relatórios de inspeções feitas em estabelecimentos penais brasileiros pelo Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCP), no período de 2011 e 2012, a superlotação enquanto violação de direitos das pessoas presas. Nas palavras dos autores, “a frequente superlotação constatada nas inspeções do CNPCP, nitidamente descumprindo a lei vigente, revela a própria prática política reservada àqueles que cumprem medidas privativas de liberdade no Brasil.” (RANGEL; BICALHO, 2016, p. 422).

No cenário de violações de direitos perpetradas pelo sistema prisional, Chies e Almeida (2019) também debatem as violações de direitos constitucionais das pessoas presas, escancarando a realidade das mortes nas prisões brasileiras. Nesse sentido, os autores destacam que “a desumanidade dos cárceres começa na seleção e exclusão das pessoas que integram grupos sociais marginalizados e se solidifica nas persistentes violações dos direitos fundamentais das pessoas privadas de liberdade.” (CHIES; ALMEIDA, 2019, p. 80). Dentre os apontamentos finais do estudo acerca das mortes sob custódia prisional, os autores apontam:

As degradantes condições estruturais e operacionais do sistema punitivo nacional são relevantes fatores a serem considerados na compreensão das expressões do fenômeno mortes sob custódia prisional no país. As amplas e imprecisas categorias utilizadas para o cômputo das mortes nos registros oficiais tendem a mascarar esta perspectiva. Por tal motivo a categoria da violência coletiva, em especial política por privação ou negligência em relação aos direitos, é uma chave analítica que deve ser explorada. (CHIES; ALMEIDA, 2019, p. 86)

Por certo, trata-se de um sistema precário, atravessado por desrespeitos múltiplos às vidas das pessoas presas. O processo de encarceramento em massa e a superlotação das instituições penais brasileiras não são novidade no cenário discutido, mas sim problemáticas antigas que, com a pandemia da Covid19 se potencializam, tornando-se ainda mais grave a realidade prisional atual.

3. PANDEMIA DO COVID-19 E ATUAÇÃO DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA

Até o momento, o Brasil já tem mais de 330.000 casos confirmados de Coronavírus, contando mais de 20.000,00 óbitos, o que acabou por colocar o país no centro da atenção mundial (BRASIL, 2020).

Visando a redução dos riscos epidemiológicos, diversas entidades brasileiras têm se manifestado no sentido de propor medidas de prevenção e enfrentamento para a população. Dentre elas, destaca-se a Recomendação 62/2020, publicada em dezessete de março de 2020 pelo Conselho Nacional de Justiça, que padronizou diretrizes e orientações acerca das medidas a serem implementadas pelo poder Judiciário como forma de evitar a disseminação e contaminação pelo Coronavírus no sistema prisional e socioeducativo.

No que toca ao sistema de justiça penal, para a fase de conhecimento, são feitas recomendações no sentido de reavaliação das prisões provisórias, priorizando a soltura das pessoas em grupo de risco ou atualmente alocadas em presídios com ocupação superior à capacidade, bem como no caso de crimes sem violência ou grave ameaça; suspensão do dever de comparecimento presencial, para aqueles em suspensão condicional do prazo; adequação da ordem de prisão preventiva à máxima excepcionalidade (CNJ, 2020).

No que tange à execução penal, a Recomendação preconiza a concessão de saídas antecipadas dos regimes fechados a semiaberto, novamente para grupos de risco ou pessoas em estabelecimentos prisionais superlotados; alinhamento das saídas temporárias, com a possibilidade de prorrogação do prazo de retorno ou adiamento da volta; concessão de prisão domiciliar àqueles cumprindo regime aberto e semiaberto, bem como para aqueles diagnosticados ou com suspeita de Covid-19; e suspensão temporária do dever de apresentação regular em juízo para aqueles cumprindo suas penas fora dos estabelecimentos prisionais (CNJ, 2020).

As medidas ali constantes, portanto, têm como objetivo a proteção à vida, controle da disseminação do vírus e garantia da continuidade da prestação jurisdicional (CNJ, 2020).

4. DISCUSSÃO E CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em um país de proporções continentais e de importantes diferenças culturais como o Brasil, a unicidade de recomendações nem sempre é possível (ou mesmo recomendável). A partir da eclosão de uma pandemia, contudo, é dever do Estado garantir uma ação conjunta e efetiva, que garanta a proteção de sua população, inclusive aquela presente nos estabelecimentos prisionais do país.

E esse dever está consubstanciado na Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso XLIX, que garante à pessoa presa a execução da pena de forma humanizada, com atenção a seus direitos fundamentais e preservação das suas integridades física e moral.

Contudo, em que pese constitucionalmente estabelecida, a garantia do cumprimento da pena de forma humanizada não é a regra geral no sistema prisional brasileiro. As diversas violações a direitos dos presos começam na própria impossibilidade de que cumpram a pena em local populacionalmente controlado, com o mínimo de espaço físico para garantir sua dignidade enquanto pessoa humana.

Em tempos de pandemia, onde palavra de ordem é o distanciamento social, medida preconizada por todos os países e entidades de saúde mundo afora, torna-se ainda mais latente a problemática da superpopulação dos presídios brasileiros. Não por outro motivo, o Conselho Nacional de Justiça prioriza entre suas Recomendações a redução da população carcerária, a partir de concessão de prisão domiciliar e progressão antecipada de regime. A preferência por essas medidas, portanto, vai ao encontro da necessidade de que sejam reduzidas ao máximo as pessoas em permanente contato coletivo, a fim de garantir o mínimo de saúde possível para as pessoas presas - o que é de responsabilidade do Estado.

Nesse mesmo sentido, importante que se faça referência à Resolução 1/2020 da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), principal órgão da Organização dos Estados Americanos (OEA), o que orienta os Estados a desenvolver de forma imediata e urgente medidas orientadas à proteção à vida, saúde e integridade física de suas populações. Percebe-se, assim, a comunhão das Recomendações do CNJ com aquelas preconizadas pela OEA, o que demonstra um esforço da instituição em reconhecer e enfrentar a pandemia.

A Recomendação do CNJ está sendo referendada pela Organização das Nações Unidas (ONU) como exemplo de boas práticas a serem seguidas a nível internacional. Resta saber, contudo, se serão efetivadas

pelos estabelecimentos prisionais pelo país. No ponto, vale a ressalva de que a não adoção dos Estados brasileiros de medidas efetivas de combate e prevenção ao Coronavírus dentro de suas instituições pode significar, em última análise, na responsabilização futura frente aos Poderes Executivo e/ou Judiciário, tendo em vista seu dever de garantir a saúde e integridade daqueles que estão sob sua custódia.

Embora existam justificativas das mais diversas ordens para a manutenção da prisão em estabelecimentos fechados, principalmente no que toca a crimes de maior gravidade, é importante que haja a ponderação de direitos, no sentido de que, em um conflito de normas, prevaleçam os direitos à vida e saúde frente aos demais. De fato, o isolamento social é imperativo para o controle da disseminação do vírus, pelo o que a manutenção da população prisional nos níveis atuais representa um retrocesso no que toca à garantia dos direitos fundamentais constitucionalmente estabelecidos.

REFERÊNCIAS

CHIES, Luiz Antônio Bogo; ALMEIDA, Bruno Rotta. Mortes sob custódia prisional no Brasil. Prisões que matam; mortes que pouco importam. Rev. Cien. Soc., Montevideo, v. 32, n. 45, p. 67-90, dic. 2019. Disponível em: http://www.scielo.edu.uy/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0797=55382019000200067-&lng=es&nrm-iso. Acesso em: 20 mai 2020.

BORGES, Juliana. O que é encarceramento em massa? Belo Horizonte: Letramento/Justificando, 2018.

BRASIL. Painel Coronavírus. Disponível em: <https://covid.saude.gov.br>. Acesso em: 23 maio 2020.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). Recomendação N° 62, de 17 de março de 2020. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/03/62-Recomenda%C3%A7%C3%A3o.pdf>. Acesso em: 22 maio 2020.

GARLAND, David. Introduction: The meaning of mass Imprisonment. In: Mass Imprisonment: Social Causes and Consequences. Org: David Garland. Sage Publication Ltd: United Kingdom, 2011.

PIMENTA, Victor Martins. Por trás das grades: o encarceramento em massa no Brasil. Rio de Janeiro: Revan, 2018.

RANGEL, Flavio Medeiros; BICALHO, Pedro Paulo Gastalho de. Superlotação das prisões brasileiras: Operador político da racionalidade contemporânea. *Estud. psicol.* (Natal), Natal, v. 21, n. 4, p. 415-423, Dec. 2016. Available from <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413=294-2016000400415X&lng=en&nrm-iso>. access on 20 May 2020. <https://doi.org/10.5935/1678-4669.20160040>.

SIMON, Jonathan. *Mass Incarceration on Trial: A Remarkable Court Decision and the Future of Prisons in America*. New York: The New Press, 2017.

WACQUANT, Loic. *Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos [A onda punitiva]*. Tradução de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2003, 3 edição, revista e ampliada, agosto de 2007. 2 reimpressão, abril de 2015.

WALMSLEY, Roy. *World prison population List (12 ed.)*. Londres: Institute for Criminal Policy Research, 2018. Disponível em: https://www.prisonstudies.org/sites/default/files/resources/downloads/wppl_12.pdf. Acesso em: 23 maio 2020.



**O NECESSÁRIO CONTROLE DAS PRÁTICAS
CORRUPTIVAS EM FACE DA ADMINISTRAÇÃO
PÚBLICA NO CONTEXTO DA SOCIEDADE DE
RISCOS APONTADA POR ULRICH BECK:
APONTAMENTOS TEÓRICOS E PERSPECTIVAS¹**

THE NECESSARY CONTROL OF CORRUPTIVE PRACTICES
IN FACE OF PUBLIC ADMINISTRATION IN THE CONTEXT
OF THE RISK SOCIETY POINTED OUT BY ULRICH BECK:
THEORETICAL NOTES AND PERSPECTIVES

*ROGÉRIO GESTA LEAL²
CHAIENE MEIRA DE OLIVEIRA³*

Resumo: O artigo tem como objetivo analisar a necessidade de controle das práticas corruptivas em face da administração pública no contexto da sociedade de riscos apontada pelo autor Ulrich Beck. Assim, pretende-se responder ao seguinte problema de pesquisa: Quais os reflexos que a sociedade de riscos apontada por Ulrich Beck traz à necessidade de

-
- 1 O presente artigo foi desenvolvido com base nas pesquisas realizadas no grupo de estudos “Estado, administração pública e sociedade” coordenado pelo professor doutor Rogério Gesta Leal vinculado ao Programa de Pós Graduação Mestrado e Doutorado em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC.
 - 2 Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Doutor em Direito. Professor Titular da UNISC e da FMP.
 - 3 Mestranda em Direito na Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC na linha de pesquisa Constitucionalismo Contemporâneo, com bolsa CAPES modalidade II (2019-2021). Pós-graduanda em Direito Penal e Processual Penal na Fundação Escola Superior do Ministério Público – FMP. E-mail: chaienemo@outlook.com.

controle das práticas corruptivas em face da administração pública no contexto brasileiro? Para isso o trabalho está estruturado em três tópicos, em um primeiro momento serão estudadas as características principais da sociedade de riscos na perspectiva da teoria de Ulrich Beck; após será estabelecida a relação da ocorrência das práticas corruptivas em face da administração pública e, por fim, pretende-se verificar quais são reflexos da sociedade de riscos na necessidade de controle da administração pública brasileira como instrumento de prevenção às práticas corruptivas.

Palavras-chave: Administração pública. Controle. Corrupção. Sociedade de riscos.

Abstract: This article has the objective to analyze the necessity of corruption practices control in face of public administration in a context of risk society studied by Ulrich Beck. With this, it is intended to answer the follow question: what are the reflexes of risk society studied by Ulrich Beck in the necessity of corruption control in face of Brazilian public administration? For this, the research is divided in three topics, at a first moment it will be analyzed the main characteristics of risk society in a perspective of Ulrich Beck's theory; after that it will be established the connection between corruption practices and public administration and; in the end, it is intended to verify what are the reflexes of risk society in the necessity of Brazilian public administration control as in instrument to prevent corruption practices.

Keywords: Public Administration. Control. Corruption. Risk Society.

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objetivo geral analisar a necessidade de controle das práticas corruptivas em face da administração pública no contexto da sociedade de riscos apontada pelo autor Ulrich Beck. O tema da pesquisa centra-se na relação entre a teoria da sociedade de riscos de acordo com a perspectiva de Ulrich Beck e a necessidade de controle das práticas corruptivas. Delimitando o tema nos aspectos teóricos, a análise da sociedade de riscos será estudada na perspectiva da teoria de Ulrich Beck, enquanto que o controle das práticas corruptivas em face da administração pública estará delimitado a realidade brasileira e os instrumentos disponíveis no âmbito interno.

Considerando a perspectiva da sociedade de riscos de Ulrich Beck, bem como o persistente problema da corrupção no cenário brasileiro e a necessidade de controle dos atos da administração pública, pretende-se responder ao seguinte problema de pesquisa: Quais os reflexos que a sociedade de riscos apontada por Ulrich Beck traz à necessidade de controle das práticas corruptivas em face da administração pública no contexto brasileiro? Para isso, será utilizado o método de abordagem dedutivo, em relação ao método de procedimento, o bibliográfico e a técnica de pesquisa bibliográfica com utilização de livros, artigos, periódicos, dentre outros meios.

A pesquisa justifica-se pelo fato de que diante da complexidade das relações impostas pela sociedade de riscos, faz-se necessário delimitar os aspectos relevantes e os reflexos trazidos por tal situação na necessidade de controle das práticas corruptivas tendo em conta os efeitos que estas trazem não somente aos indivíduos, mas a própria organização do Estado como um todo. A hipótese inicial é no sentido de que a sociedade de riscos pressupõe uma necessidade crescente da instrumentalização dos mecanismos de controle das práticas corruptivas, as quais assim como as relações entre sociedade e Estado têm apresentado complexidade cada vez maior exigindo novos mecanismos de prevenção e combate.

Assim, o trabalho está estruturado em três tópicos, no primeiro serão delimitadas características principais da sociedade de riscos na perspectiva da teoria de Ulrich Beck destacando os pontos mais relevantes para a análise que se pretende realizar. Após objetiva-se estabelecer apontamentos teóricos quanto a relação da ocorrência das práticas corruptivas e a administração pública e, por fim, pretende-se verificar quais são reflexos da sociedade de riscos na necessidade de controle da administração pública brasileira como instrumento de prevenção às práticas corruptivas.

2. A SOCIEDADE DE RISCOS NA PERSPECTIVA DE ULRICH BECK: CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS

O termo “sociedade de riscos” foi cunhado pelo sociólogo Ulrich Beck na década de 1980, período marcado por eventos significativos e também trágicos, por exemplo o acidente nuclear de Chernobyl em 1986, e busca delimitar a situação social vivida no contexto da pós modernidade no qual as sociedades mesmo que bem mais desenvolvidas

em aspectos econômicos e industriais quando em comparação a períodos anteriores, passa por situações de risco nunca antes vistas.

Tal concepção pode ser analisada sob o prisma ambiental, mas também de maneira mais ampla ao se verificar os riscos econômicos e sociais da sociedade. É justamente baseado nestas últimas esferas, que se pretende verificar a inserção do fenômeno da corrupção e a necessidade de ser estabelecido o seu efetivo controle, sobretudo naquelas práticas que afetam direta ou indiretamente a administração pública.

Outra relação que pode ser estabelecida é que se na década de 1980 tais preocupações já vieram à tona, no final dos anos 2010, os riscos se tornam cada vez mais aparentes, exigindo medidas emergenciais e efetivas por partes das sociedades, as quais ao mesmo tempo em que lidam com as consequências recentes dos novos paradigmas de Estado precisam lidar com situações jamais vivenciadas com intensa magnitude. Verifica-se também que a noção de risco, segundo Reis (2013) não está ligada apenas à noção de globalização, mas também à temporariedade tendo em conta que sempre estiveram presentes ao longo da evolução das diversas sociedades, cada uma possuindo seus riscos e perigos delimitados de acordo com o contexto histórico, político e econômico. Neste contexto, pode-se afirmar que os riscos são marcados por uma “invisibilidade” e imprevisibilidade.

Dentre as dimensões do conceito de risco estão a dimensão social, político e global. Sobre o risco global verifica-se que os riscos contemporâneos não estão restritos a determinada localização geográfica, o que é resultado também da abertura dos mercados financeiros internacionais além da ameaça terrorista que se estende em níveis nunca antes vistos, além de pandemias e desenvolvimento de novas tecnologias. Este é outro fator que demonstra a complexidade da atual sociedade de riscos em comparação com os períodos anteriores no momento em que um acontecimento em uma parte do planeta reflete em diferentes países em questão de minutos, o que projeta desenvolvimento, mas também problemas em níveis globais, o que é apontado por Maurício Júnior (2012).

Os riscos assim concebidos, conforme leciona Beck (1999) sempre dependem das decisões que são tomadas de modo que estes pressupõem tais decisões. Ocorre que os riscos que antes eram derivados de perigos incertos em uma sociedade pré-industrial tais como pragas, fome, catástrofes naturais, guerras e ainda deuses e demônios passam a se transformar em outros tipos de riscos, os quais podem ser melhor calculados por meio de sistemas racionais de controle e aferição.

Posteriormente em estudo mais recente, Beck (2010) retoma tais afirmações na medida em que em períodos passados as pessoas associavam os acontecimentos catastróficos com os processos de industrialização e modernização, os quais vinham quase sempre acompanhados de estágios de desenvolvimento até mesmo favoráveis relacionados ao aumento das forças produtivas e crescimento dos mercados. Se naquela época os perigos residiam na falta de acesso a bens materiais mais básicos, carência, fome e outras condições deploráveis; nos dias atuais o perigo é ainda mais grave: centra-se na “ameaça e destruição das bases naturais da vida”, sendo que algumas destas situações estão sendo verificadas não apenas no atual contexto de pandemia, mas também ao se referir a necessidade de controle dos atos estatais, conforme passa-se a analisar na sequência.

3. A CORRUPÇÃO E SUA OCORRÊNCIA EM FACE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: ASPECTOS CONCEITUAIS E CONTEXTO DEMOCRÁTICO

Em relação às práticas corruptivas, as quais possuem intensa relação com tais sociedades, que estas estão presentes em diferentes esferas tanto pública quanto privada demandando uma série de mecanismos a serem adotados por parte do Estado. Verifica-se inicialmente que há uma dificuldade entre autores brasileiros e estrangeiros em conceituar o que é corrupção, fator que proporciona uma necessidade ainda maior de estudo.

Neste contexto, Gabardo (2011) afirma que o fenômeno da corrupção não possui apenas um significado uma vez que pode ser analisada sob diversas perspectivas, tanto social, econômica ou histórica possuindo variações até mesmo no ramo do direito tendo em conta que envolve o direito penal, administrativo e civil. Com isso, da mesma forma que ocorre em relação aos riscos inerentes ao atual contexto de sociedade, a corrupção não está restrita a um único prisma, englobando as mais diversas esferas, o que a torna mais complexa exigindo por consequência a constante manutenção e aprimoramento das formas de prevenção e combate.

Além disso, seguindo o entendimento de que a administração pública jamais pode estar separada da sociedade, Starling (1977) ao realizar um estudo sobre o serviço público afirma que os administradores não podem, no caso não devem, ignorar os valores políticos da sociedade no

qual estão inseridos, de modo que o fenômeno da corrupção também está presente nestes dois setores com peculiaridades inerentes a cada esfera. Os administradores possuem funções essenciais na manutenção e aperfeiçoamento dos instrumentos de controle da administração pública, que por sua vez possuem funções ainda maiores do que aquelas previstas em lei, relacionando-se, em última análise, com as próprias bases democráticas.

Outro fator que igualmente merece destaque é analisado por Furtado (2015), quanto as novas estruturas assumidas pelos Estados Modernos, nunca antes vistas nem mesmo imaginadas tendo em conta que o volume de recursos geridos no âmbito do orçamento público e a variedade de funções assumidas, as quais não estão mais limitadas às tradicionais atividades estatais de prestação de serviços, polícia administrativa e fomento.

Por esta e outras razões é que se faz necessária a implementação dos mecanismos de controle, objetivando a fiscalização dos atos da administração pública, verificação de contas e irregularidades, dentre outras atividades no sentido de garantir o respeito a legislação, aos princípios constitucionais com ênfase na moralidade administrativa e ainda na prevenção e combate às práticas corruptivas, conforme passa-se a analisar no tópico seguinte.

4. A NECESSIDADE DE CONTROLE DOS ATOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NO CONTEXTO DA SOCIEDADE DE RISCOS: PERSPECTIVAS PARA O COMBATE À CORRUPÇÃO

Especificamente em relação aos reflexos da sociedade de riscos na necessidade de controle dos atos corruptivos, terceiro tópico deste estudo, é possível afirmar com base nas informações analisadas anteriormente, que a sociedade de riscos, por diversos fatores, impõe que sejam adotados mecanismos de prevenção e combate às práticas corruptivas. Isso é explicado pelo fato de que tal configuração de sociedade demanda por si só, a atuação ativa do Estado como forma de se auto preservar e conservar as estruturas do Estado Democrático de Direito.

O que, segundo Giorgi (2008), é explicado pelo fato de que os sistemas políticos estão suscetíveis a perda de legitimação das decisões bem como pelo fato de que as decisões políticas geram efeitos em outros sistemas. Assim, as patologias corruptivas ganham força no contexto do

risco, o que aumenta a necessidade de preservação das instituições como forma de garantir os pressupostos democráticos, os quais são abalados tanto pela corrupção em si quanto pelos riscos impostos pela sociedade.

Ocorre que um dos aspectos da sociedade de riscos, observado por Nonino e Ferreira (2016), é justamente a complexidade existente nas relações de responsabilidade possuindo alterações em relação a definição de bens jurídicos protegidos substituindo os bens individuais por bens coletivos o que demanda uma significativa mudança de paradigmas. Tal afirmação traz mudanças a longo prazo e afeta diretamente as estruturas organizacionais do Estado e estas perspectivas tornam necessária a adoção de mecanismos para desestimular condutas que sejam indesejadas aos bens jurídicos coletivos, dentre estas condutas é possível exemplificar as práticas de corrupção cometidas por pessoas físicas e jurídicas em face da administração pública. Sendo assim são utilizados mecanismos de capitulação de ilícitos sejam por meio de sanções administrativas ou penais para que os transgressores não pratiquem estes comportamentos e ajam de acordo com as regras pré-estabelecidas. Ainda, as sanções são um estímulo para o transgressor não reincidir em seu comportamento inadequado.

Por fim, denota-se que, nos termos observados por Giorgi (2008), as consequências da sociedade de riscos afetam não somente o campo do direito, mas também da economia e da política sendo que as possibilidades de tratamento de tais riscos são extremamente persistentes na medida em que se sabem quais são os riscos e quais são as possibilidades de enfrentamento, as quais em sua maioria são amplas. Embora o sistema político tenha sistemas de tomada de decisões capazes de solucionar algum dos problemas enfrentados, não detém de capacidade de avaliar toda e qualquer forma de enfrentamento o que é derivado da suscetibilidade a perda de legitimação das decisões bem como pelo fato de que as decisões políticas geram efeitos em outros sistemas.

Especificamente no caso brasileiro, estão disponíveis mecanismos de controle social, interno e externo, os quais ao menos no campo teórico e legislativo mostram-se suficientes para o exercício do efetivo controle da administração pública neste contexto de sociedade de riscos apresentado ao longo deste trabalho. Como exemplo, é possível citar os instrumentos utilizados no controle externo da administração pública, os quais tem como base o texto constitucional além de legislação específica quanto a temática, além da autonomia conferida às instituições responsáveis pelo exercício do referido controle.

5. CONCLUSÃO

Diante do exposto, destaca-se que devido ao espaço para exposição, a abordagem ocorreu de forma sucinta, de modo que, respondendo ao problema de pesquisa, o qual trazia o questionamento “quais os reflexos que a sociedade de riscos apontada por Ulrich Beck traz à necessidade de controle das práticas corruptivas em face da administração pública no contexto brasileiro” é possível afirmar que a sociedade de riscos devido às suas características impõe que o Estado adote mecanismos para proteger suas próprias estruturas democráticas sendo que as patologias corruptivas ganham espaço nesta construção social.

A hipótese inicial no sentido de que a sociedade de riscos presuppõe uma necessidade crescente da instrumentalização dos mecanismos de controle das práticas corruptivas, sobretudo aquelas cometidas em face da administração pública, impondo a qualificação destes mecanismos e adoção de medidas conjuntas entre Estado e sociedade restou confirmada em sua totalidade, o que pode ser verificado ao longo das considerações expostas nos três tópicos desta pesquisa.

Com isso, o reflexo principal da sociedade de riscos é o aumento da necessidade de estabelecer mecanismos de controle da corrupção como forma de prevenção e combate ao fenômeno tendo em conta que com a intensificação das relações estabelecidas entre os espaços público e privado, os reflexos dos atos corruptivos tornam-se ainda mais evidentes exigindo respostas concretas para a sua verificação e consequente aplicação de sanções.

Ademais, em um contexto onde os riscos, dentre os quais inserem-se as patologias corruptivas, são invisíveis e de difícil previsão, a manutenção de instrumentos de controle da administração pública, seja qual for a sua modalidade, social, interno ou externo é um dos pressupostos inerentes a manutenção da estrutura democrática. Com base em tais considerações pretende-se expandir a pesquisa com o intuito de avaliar a suficiência ou não dos atuais instrumentos de controle da administração pública, estabelecendo diretrizes para o seu melhor funcionamento e aplicabilidade, sobretudo quanto a atuação conjunta e sistêmica destes instrumentos.

Quanto as perspectivas, a conclusão é no sentido de que se faz necessário um aperfeiçoamento dos instrumentos de controle já existentes e que estão à disposição do Estado e da sociedade, utilizando-se destas possibilidades para a manutenção das estruturas estatais em um contexto de sociedade de riscos nas quais há incerteza e insegurança quanto ao futuro nas mais diversas esferas, seja econômica, política ou social.

REFERÊNCIAS

- BECK, Ulrich. World risk society. Polity Press: Oxford, 1999.
- BECK, Ulrich. Sociedade de riscos: rumo a uma nova modernidade. Tradução de Sebastião Nascimento. Editora 34: São Paulo, 2010.
- FURTADO, Lucas Rocha. As raízes da corrupção no Brasil: estudos de caso e lições para o futuro. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2015.
- GABARDO, E.; REIS, L. E. O gerencialismo entre eficiência e corrupção: breves reflexões sobre os percalços do desenvolvimento. In: SILVEIRA, R. D. da; CASTRO, R. A. P. de. (Org.). Estudos dirigidos de gestão pública na América Latina. Belo Horizonte: Fórum, 2011.
- GIORGI, Rafaelle de. O risco na sociedade contemporânea. Revista de Direito Sanitário, São Paulo v. 9, n. 1 p. 37-49, mar./jun, 2008.
- MAURÍCIO JÚNIOR, Alceu. O estado de risco: o estado constitucional de direito no paradigma social do risco. Tese. (Doutorado em Direito). Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2012.
- NONINO, Marina Esteves; FERREIRA, Daniel. O recrudescimento do direito administrativo sancionador na sociedade de riscos. Revista Unicuritiba, v. 2, n, 16, 2016.
- REIS, Juliana Moreira. Os efeitos da “sociedade de risco” na atual concepção de estado e de constituição – do estado democrático ambiental. Caderno de Estudos Ciência e Empresa, Teresina, Ano 10, n. 1, jul. 2013.
- STARLING, Grover. Managing the public sector. The Dorsey Press: Ontario. 1977.



AS ALTERAÇÕES PROMOVIDAS PELO PACOTE ANTICRIME NO QUE TANGE À PROGRESSÃO DE REGIME PENITENCIÁRIO

THE CHANGES BROUGHT BY THE ANTICRIME PACKAGE ON THE PENITENTIARY REGIME PROGRESSION MATTER

EDUARDO FLECK DE SOUZA¹

EDUARDO RITT²

Resumo: O presente trabalho busca analisar a progressão de regime no ordenamento jurídico brasileiro, sobretudo a partir das alterações promovidas pela Lei n.º 13.964/2019 – Pacote Anticrime. Em virtude da natureza bibliográfica, o método de abordagem adotado no desenvolvimento foi o dedutivo explorando-se o método de procedimento histórico-crítico que, procura dar tratamento localizado no tempo ao objeto do estudo. Em termos de técnica da pesquisa, utilizou-se documentação indireta, com consulta em bibliografia de fontes primárias e secundárias. O Código Penal prevê a aplicação de três regimes: fechado, semiaberto e aberto. Tendo em vista que o processo de execução no Brasil é dinâmico, o apenado que cumpre pena em um regime mais privativo poderá progredir para um regime

1 Acadêmico do quinto semestre do Curso de Direito na Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC. É estagiário do Ministério Público do Rio Grande do Sul, atuando na Promotoria de Justiça de Taquari - RS. E-mail: eduardoflecks@gmail.com.

2 Promotor de Justiça no Ministério Público do Rio Grande do Sul desde 1991, atuando na Promotoria de Justiça Criminal de Santa Cruz do Sul - RS desde 1998. Possui graduação em Curso de Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC (1990) e mestrado em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC (2000). É professor do Curso de Direito da UNISC e Coordenador do Projeto de Extensão: “Violência Doméstica e Familiar: Enfrentamento da Violência de Gênero”, que é desenvolvido pela Universidade de Santa Cruz – UNISC, na mesma cidade. E-mail: eritt@unisc.br.

mais suave, desde que satisfeitas as exigências legais. Seguindo a tendência de recrudescimento do sistema penal brasileiro, o Pacote Anticrime trouxe modificações endurecendo os critérios para a progressão de regime em casos específicos, se colocando como uma resposta rápida à sociedade diante dos problemas de segurança pública e o sentimento comum de impunidade em relação aos transgressores da lei elucidando que a execução penal reverbera um conflito entre as noções de segurança social e liberdade individual. Desse modo, tem-se que a alteração legislativa se lastreia em princípios importantes de matriz constitucional, notadamente a proporcionalidade, regulando de maneira mais rígida a progressão de regime nos casos considerados mais danosos à coletividade.

Palavras-chave: Direitos e garantias fundamentais; Lei de Execução Penal; Pacote Anticrime; Princípio da proporcionalidade; Progressão de regime.

Abstract: The paper aims at analyzing the progression of the regime in the brazilian legal system, especially based on the changes promoted by Law n.º 13.964/2019 – Anticrime Package. Face to bibliographic nature, the method of approach adopted in its development was deductive exploring as method of procedure the historical-critical that seeks to give a localized treatment in time to the subject of the study. In terms of research technique, indirect documentation was used, with a bibliography of primary and secondary sources. The Penal Code provides for the application of three regimes: closed, semi-open and open. Regarding to the fact that the enforcement process in Brazil is dynamic, the convict serving a sentence in a more private regime may progress to a smoother regime, provided that the legal requirements are met. Thus, following the tendency for the brazilian penal system to intensify, the Anticrime Package brought several modifications, hardening the criteria for regime progression in specific cases, posing itself as a quick response to society in the face of public security problems and the common feeling of impunity for lawbreakers. Thus, criminal enforcement reverberates with a conflict among the notions of social security and individual freedom. Thus, the legislative change is based on important principles of a constitutional matrix, notably proportionality, regulating the progression of the regime more rigidly in cases considered more harmful to the community.

Keywords: Anti-crime package; Fundamental rights and guarantees; Penal execution law; Proportionality principle; Regime progression.

1. INTRODUÇÃO

O sistema de progressão de regime de penas, dispositivo previsto na Lei de Execuções Penais (Lei n.º 7.210/1984) e no Código Penal, consiste na possibilidade de o apenado passar, de maneira progressiva, de um regime mais rigoroso para um mais suave. A Lei n.º 13.964/2019, intitulada de “Pacote Anticrime”, reuniu um conjunto de alterações principalmente na sistemática penal e processual com o intuito de aperfeiçoar a legislação vigente. Entre as modificações, estão aquelas promovidas no tocante aos requisitos para a progressão de regime, tornando as exigências legais mais específicas e rigorosas, dependendo das peculiaridades do caso e gravidade do crime. A partir de tal perspectiva, objetiva-se conceituar como se dava a progressão de regime antes das alterações do Pacote Anticrime, bem como analisar os novos requisitos trazidos pela nova redação sob a ótica penal e constitucional, considerando o reflexo em outros institutos penais.

O presente artigo visa responder a seguinte indagação, que é o problema do artigo: qual a repercussão do Pacote Anticrime em relação à progressão de regime, notadamente se os aspectos inovadores são positivos e a sua relação à luz das determinações da Constituição Federal?

Para realizar a investigação, em virtude da natureza bibliográfica do trabalho, o método de abordagem adotado foi o dedutivo. Já como método de procedimento, trabalhou-se com o histórico-crítico que, procura dar tratamento localizado no tempo ao objeto do estudo. Em termos de técnica da pesquisa, utilizou-se documentação indireta, com consulta em bibliografia de fontes primárias e secundárias.

2. A PROGRESSÃO DE REGIME PENITENCIÁRIO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

O sistema progressivo de execução das penas privativas de liberdade, adotado no Brasil, conforme artigo 112, *caput*, da Lei de Execuções Penais e artigo 33, §2º do Código Penal, pressupõe a gradativa devolução da liberdade ao condenado. Desse modo, Salvador Netto (2019, RB-8) pontua que a legislação pátria promove três etapas de privação de liberdade, devendo o condenado, cumprindo os requisitos legais, rumar de

regimes mais privativos em direção a regimes mais brandos que o possibilitem maior contato com a sociedade. No Brasil, há a previsão de três regimes de cumprimento de pena privativa de liberdade: O fechado, que consiste no cumprimento da pena em estabelecimentos de segurança máxima ou média; o semiaberto, em que a execução será em colônia agrícola, industrial, ou estabelecimento similar; e o aberto, no qual se dará em casa de albergado ou estabelecimento adequado.

Na etapa da execução penal, objetiva-se punir e humanizar o apenado. Desse modo, Cunha (2019, p. 454-456) aponta que a pena executada caracteriza-se pela finalidade retributiva e preventiva especial positiva. A primeira tem a função de efetivar as disposições da sentença, retribuindo com a sanção o mal causado pela prática da infração penal enquanto a segunda objetiva a ressocialização do apenado durante o período em que se encontra cumprindo a pena privativa de liberdade. Nesse sentido, a própria Lei de Execução Penal, em seu artigo 1º, preceitua: “A execução penal tem por objetivo efetuar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração do condenado e do internado” (BRASIL, 1984).

Assim, o processo de execução é dinâmico e baseia-se em duas possibilidades, a progressão ou a regressão de regime. A progressão de regime, que sofreu substanciais modificações pela nova lei, consiste na passagem do condenado que está cumprindo pena em um regime para o regime mais brando subsequente, quando cumpridos os dois requisitos exigidos pela lei: um objetivo - o cumprimento de uma fração da pena estabelecida na sentença; e outro subjetivo - bom comportamento carcerário do condenado. Já na regressão de regime, há a passagem do condenado para um regime mais gravoso do que o anterior, em razão do demérito do apenado, conforme as hipóteses estabelecidas pelo artigo 118 da Lei de Execuções Penais.

Na redação antiga do artigo 112 da Lei de Execuções Penais, o condenado deveria cumprir 1/6 (um sexto) da sua pena para a obtenção do direito de progressão de regime nos crimes comuns – não hediondos – seja este reincidente ou não. Já a Lei dos Crimes Hediondos (Lei n.º 8.072/1990) preceituava, no ora revogado artigo 2º, §2º, que em se tratando de crime hediondo, a progressão se daria com o cumprimento de 2/5 (dois quintos) da pena se o apenado fosse primário, e 3/5 (três quintos), na hipótese de reincidência em crime hediondo.

A principal ideia do sistema progressivo é atender a finalidade humanitária da pena, de ressocializar o apenado, permitindo com que

este, após cumprir fração de sua pena, possa galgar um regime menos rigoroso que lhe permita maior contato social, adaptando-se gradativamente ao trabalho e ao convívio em sociedade.

No entanto, MARCÃO (2019, n.p.) destaca que a falta de estrutura para a execução da pena privativa de liberdade no regime semiaberto, notadamente em virtude da ausência de construção de colônias penais agrícolas ou industriais suficientes para atender a demanda desde a entrada em vigor da Lei de Execução Penal em 1984, fulminam o sistema progressivo e prejudicam o sistema execucional em relação ao alcance dos objetivos almejados.

Do mesmo modo, a quase absoluta ausência de casas de albergado no país, estabelecimentos destinados ao cumprimento da pena privativa de liberdade em regime aberto, faz com que o apenado que progrida para o regime aberto acabe por terminar de cumprir sua pena na modalidade domiciliar às avessas da lei.

A partir disso, verifica-se que o sistema de execução progressiva das penas corporais antes da vigência da Lei n.º 13.964/2019, o qual privilegiava a rápida progressão de regime buscando assim a ressocialização do apenado com a aplicação da fração de 1/6 (sexto) para a maioria dos casos, não atingiu sua finalidade, sobretudo pela falta de estrutura dos estabelecimentos destinados à execução penal. Quanto aos problemas existentes no sistema, Julliot (2017, p. 192) observou:

Disso se conclui que os modelos de estabelecimento previstos na Lei de Execuções Penais e destinados ao sistema progressivo foram simplesmente abandonados. Assim, não há mais qualquer justificativa plausível para a manutenção deste sistema progressivo que simplesmente não funciona na prática. O Ministro Gilmar Mendes do Supremo Tribunal Federal, no voto proferido no RE nº 641320/Rio Grande do Sul, reconheceu que o sistema progressivo de cumprimento de penas não está funcionando como deveria. A falta de vagas e abandono dos modelos de estabelecimentos destinados ao regime aberto e semiaberto foram citados no voto como razões do problema. Portanto, necessitamos urgentemente que o Congresso Nacional altere a legislação relativa a execução da pena, em prol da harmonia do sistema prisional.

Nesses termos, a execução penal, compreendida como uma das mais importantes fases do direito punitivo, exige a estruturação de um sistema que atinja a finalidade pretendida, evitando com que a penalização

recaia sobre a sociedade, através dos reflexos na segurança pública, sobretudo devido a reincidência. Assim, nesta fase, é necessária a harmonização entre a proteção da sociedade e asseveração dos direitos fundamentais do condenado, em especial, a sua ressocialização, quando possível.

3. AS INOVAÇÕES TRAZIDAS PELO PACOTE ANTICRIME COM RELAÇÃO À PROGRESSÃO DE REGIME PENITENCIÁRIO

A Lei n.º 13.964/2019 decorre do Projeto de Lei (PL) n.º 10.372/2018, que reuniu propostas oriundas de uma comissão de juristas, coordenada pelo Ministro do Supremo Tribunal Federal, Alexandre de Moraes, bem como propostas oriundas do Ministério da Justiça e Segurança Pública, o qual cunhou o nome “Pacote Anticrime” para projeto.

Dentre as modificações, chama-se atenção a alteração em relação à execução penal, notadamente no tocante ao requisito objetivo para a progressão de regime prisional, o qual passou a consistir em uma faixa escalonada de percentuais que vão de 16% a 70%. Assim, com a alteração, passou-se de três possibilidades de progressão para oito, estabelecendo o legislador uma gradatividade que parte das infrações menos gravosas, exigindo um menor percentual, até as situações consideradas mais gravosas, sobretudo crimes hediondos, com o maior percentual de cumprimento de pena necessário para a progressão de regime.

De acordo com a nova redação do artigo 112 da Lei de Execução Penal, o primeiro e menor percentual, de 16%, contido no inciso I do referido dispositivo legal, aplica-se para os apenados primários em crimes cometidos sem violência à pessoa ou grave ameaça.

Pontua-se que a nova faixa de 16% para tais crimes configura lei penal mais benéfica do que a anterior, porquanto a lei anterior exigia o cumprimento da fração de 1/6 (sexto) para a progressão, o que representa 16,666%. Desse modo, a nova lei deverá retroagir para todos os apenados primários que estão cumprindo pena por crimes cometidos sem violência à pessoa ou grave ameaça praticados antes da vigência da nova lei, em 23/01/2020. (DEZEM, SOUZA, 2020, RB-4.3).

Quanto aos demais percentuais estabelecidos, estes não retroagirão para os fatos praticados antes da entrada em vigor do Pacote Anticrime, em observância ao artigo 5º, inciso XL, da Constituição Federal, que enuncia que: “a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu” (BRASIL, 1988).

Nos demais incisos, para os crimes não hediondos, os percentuais estabelecidos são: 20% da pena, se o apenado for reincidente em crime cometido sem violência à pessoa ou grave ameaça (inciso II); 25% da pena, se o apenado for primário e o crime tiver sido cometido com violência ou grave ameaça (inciso III); 30% da pena, se o apenado for reincidente em crime cometido com violência à pessoa ou grave ameaça.

Observa-se, dos novos critérios para os crimes não hediondos, que o legislador se baseou em dois pontos principais, a primariedade ou reincidência do agente e a violência à pessoa ou grave ameaça do crime.

Quanto aos crimes hediondos, a *novatio legis* trouxe alterações substanciais na sistemática de cálculo da progressão de regime, uma vez que revogou o §2º do artigo 2º da Lei dos Crimes Hediondos, o qual estabelecia a progressão de regime nestes casos, passando a matéria a ser regulada de maneira mais rígida também nos incisos do artigo 112 da Lei de Execução Penal.

Os novos percentuais de cumprimento de pena necessários para a progressão são os seguintes: 40% da pena, se o apenado for primário e o crime for hediondo ou equiparado (inciso V); 50% da pena, para o apenado condenado pela prática de crime hediondo ou equiparado com o resultado morte (inciso VI, alínea “a”); 50% da pena para o condenado por exercer comando, individual ou coletivo, de organização criminosa estruturada para a prática de crime hediondo ou equiparado (inciso VI, alínea “b”); 50% da pena, para o condenado pela prática do crime de constituição de milícia privada, tipificado no artigo 288-A do Código Penal (inciso VI, alínea “c”); 60% da pena, se o apenado for reincidente na prática de crime hediondo ou equiparado (inciso VII); e 70% da pena, se o apenado for reincidente em crime hediondo ou equiparado com o resultado morte (inciso VIII).

No ponto, quanto a vedação expressa do livramento condicional nos casos de reincidência em crime hediondo ou equiparado com o resultado morte, contida no inciso VIII, do artigo 112 da Lei de Execução Penal, Cabette (2020) observa que a disposição é redundante e supérflua. Isso porque, a vedação do livramento condicional para reincidentes específicos em crimes hediondos em geral, independentemente do resultado morte, já está prevista no artigo 83, V, do Código Penal. Assim, tal vedação não configura lei penal mais gravosa para o agente, mas uma continuidade normativa típica, razão pela qual continua aplicável.

Assim, a grande novidade é a vedação do livramento condicional para os apenados primários condenados por crime hediondo com resultado morte, notadamente crimes com maior repercussão social e midi-

ática, pelo que, nas palavras de Gonçalves (2020), se depreende que as alterações na Lei de Execução Penal evidenciam a postura do Congresso Nacional em tornar mais rígido o cumprimento de pena como resposta à insegurança crescente no País.

4. AS NOVAS REGRAS COM RELAÇÃO À PROGRESSÃO DE REGIME PENITENCIÁRIO DIANTE DAS DETERMINAÇÕES DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

A dignidade da pessoa humana é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, o qual concede unidade aos direitos e às garantias fundamentais, constituindo um mínimo invulnerável que todo o estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, excepcionalmente, possam ser feitas limitações, sem menosprezar a estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos (MORAES, 2019, p. 18-22). Deste fundamento do Estado Democrático de Direito, previsto no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal, nascem os princípios orientadores e delimitadores do Direito Penal, com realce ao princípio da proporcionalidade.

Destarte, a pena deve ser proporcional à gravidade do fato praticado pelo agente. Esta perspectiva tem matriz constitucional, conforme se observa quando a Carta Magna exige a individualização da pena (artigo 5º, inciso XLVI), determina maior rigor para casos de maior gravidade (artigo 5º, incisos XLII, XLVIII e XLIV) e despenalização para as infrações de menor potencial ofensivo (artigo 98, inciso I).

Nessa toada, Capez (2006), ao analisar a declaração de inconstitucionalidade de artigos da Lei dos Crimes Hediondos pelo Supremo Tribunal Federal, destacou a necessidade de imposição de limites à interpretação do princípio da dignidade humana no tocante à individualização da pena e proporcionalidade, balanceando-o com os interesses da vítima e da sociedade, uma vez que possui tamanha amplitude que pode autorizar o juízo de inconstitucionalidade do cumprimento de qualquer pena em estabelecimento carcerário no Brasil.

Salienta-se que o referido princípio ganhou importância durante o Iluminismo a partir da obra de Cesare Beccaria, em uma época em que a sanção imposta aos autores dos atos lesivos à sociedade não se adequava à gravidade da conduta. Nas palavras de Beccaria (1764, p. 30): “Entre as pe-

nas, e na maneira de aplicá-las proporcionalmente aos delitos, é mister, pois, escolher os meios que devem causar no espírito público a impressão mais eficaz e mais durável, e, ao mesmo tempo, menos cruel no corpo do culpado”.

A partir de tal perspectiva, modernamente o princípio da proporcionalidade opera em dois planos, tanto em relação à proibição do excesso, quanto à proibição da proteção deficiente dos bens jurídicos tutelados pelo Direito Penal. Quanto ao ponto, Cunha (2019, p. 461-463) enfatiza que:

Alertamos, no entanto, que o princípio em estudo não pode compreender apenas a proibição do excesso. Diante do plexo de direitos e garantias explicitados na Constituição, tem o legislador (e o juiz) também a obrigação de proteger os bens jurídicos de forma suficiente. Em outras palavras: é tão indesejado o excesso quanto a insuficiência da resposta do Estado Punitivo.

Soma-se ao entendimento de Nucci (2020, p. 107-112), que observa que a nova estrutura para a progressão de regime não fere a individualização da pena, porque não se proíbe o progresso do agente, apenas se estabelece que o processo ocorra de maneira mais rígida, algo que há muito já deveria ter ocorrido.

Desse modo, verifica-se que o Pacote Anticrime, ao estabelecer critérios escalonados para fins de cálculo do requisito objetivo para a progressão, considera a gravidade do crime e a reincidência do agente na prática criminosa, pelo que atende o mandamento constitucional de individualização da pena no tocante à execução, instituindo um sistema mais harmônico com a proporcionalidade.

5. CONCLUSÃO

A execução da pena, seguindo os mandamentos constitucionais, deve ser proporcional à gravidade do fato praticado pelo agente, considerando o dano de sua conduta ao tecido social. No entanto, a proteção da sociedade não pode ser utilizada como fundamento para a aplicação de penas abusivas e vingativas, uma vez que o indivíduo, ainda que condenado, possui os direitos e garantias fundamentais explicitados na Constituição Federal.

Percebe-se que, o entendimento inicial é de que os novos percentuais de cumprimento de pena exigidos como critério objetivo para a progressão de regime não ferem os princípios constitucionais abordados,

uma vez que não há a vedação da progressão do apenado entre os regimes, somente há a exigência de critérios mais rígidos, considerando os fatores já elencados. Todavia, caberá à jurisprudência, sobretudo ao Supremo Tribunal Federal, interpretar a harmonia do texto constitucional com os novos critérios.

Desse modo, o Pacote Anticrime atingiu um dos seus objetivos, de aumentar o rigor das punições, dando uma percepção à sociedade de uma maior certeza de que a sanção, estabelecida na sentença, será aplicada ao caso concreto. Ainda assim, não é possível aferir que o recrudescimento da fase executória da pena causará grande impacto na redução da criminalidade no tocante à redução da prática de infrações penais, uma vez que trata precipuamente da consequência do crime e não da sua prevenção, bem como os novos critérios só serão aplicados nos crimes praticados após a vigência da *novatio legis* em face da irretroatividade.

REFERÊNCIAS

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 13 jun. 2020.

BRASIL. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm>. Acesso em> 13 jun. 2020

BECCARIA, Cesare Bonesana. Dos Delitos e das Penas. 1. ed. São Paulo: EDIPRO, 1999.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. Lei Anticrime e Crimes Hediondos. Conteúdo Jurídico, 2020, Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/consulta/artigo/54317/lei-anticrime-e-crimes-hediondos>>. Acesso em: 13 jun. 2020.

CAPEZ, Fernando. Progressão de Regime na Lei dos Crimes Hediondos e o Princípio da Individualização da Pena: a Nova Visão do Supremo Tribunal Federal. *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*, Porto Alegre, ano 2, v. 12, p. 05-08, jun./jul. 2006.

CUNHA, Rogério Sanches. Manual de Direito Penal: Parte Geral. 7. ed. Salvador: JusPODIVM, 2019.

DEZEM, Guilherme Madeira; SOUZA, Luciano Anderson de. Comentários ao Pacote Anticrime: Lei 13.964/2019 [livro eletrônico]. 1. ed. Revista dos Tribunais: 2019. Paginação irregular.

GONÇALVES, Antonio Baptista. Projeto de Lei Anticrime: Endurecimento Penal é a Solução para as Organizações Criminosas?. *Revista Síntese Direito Penal e Processual Penal*, São Paulo, v. 19, n. 117, ago./set. 2019.

JULIOTTI, Pedro de Jesus. Medidas relacionadas à execução penal. *Revista Fórum de Ciências Criminais – RFCC*, Belo Horizonte, ano 6, n. 11, p. 189-195, jan./jun. 2019.

MARCAO, Renato Flávio. **Curso de execução penal [livro eletrônico]**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. Não paginado.

MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 35. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

NUCCI, Guilherme de Souza. Pacote Anticrime Comentado: Lei 13.964 de 24.12.2019. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. Curso de execução penal [livro eletrônico]. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. Paginação irregular.



TRANSNACIONALIZAÇÃO DO DELITO DE LAVAGEM DE DINHEIRO E A PERSPECTIVA BRASILEIRA

TRANSNATIONALIZATION OF MONEY LAUNDERING DELICT AND THE BRAZILIAN PERSPECTIVE

CLARA FRANCIELE CECHINEL DE OLIVEIRA SCHMITT¹

Resumo: O presente estudo pretende analisar a transnacionalização do delito de lavagem de dinheiro e o posicionamento do Direito brasileiro. Inicialmente, são realizadas breves considerações para a compreensão da prática da lavagem de dinheiro como elemento global. Prossegue-se com a exposição da taxatividade e amplitude do delito na Alemanha, comparando-se com elementos diversos constantes na legislação brasileira, principalmente no que diz respeito a inexistência de modalidade culposa do delito. Utilizando-se da pesquisa explicativa, consultou-se livros, periódicos e a legislação para entender o desenvolvimento do crime de lavagem de dinheiro. Partindo-se dos conceitos apresentados, visualizou-se a transnacionalidade e a intenção de coibir a prática delituosa de outros tipos penais por meio da criminalização do branqueamento de capitais. Por isso, tratou-se de uma pesquisa documental com caráter qualitativo.

Palavras-chave: Lavagem de dinheiro; Direito Penal; Transnacionalização.

Abstract: This study aims to analyze the transnationalization of the money laundering offense and the position of Brazilian Law. Initially, we made brief considerations to understand the practice of money laundering as a global element. We continue with the exposition of the specificity and extent of the crime in Germany, comparing it with several elements contained in the Brazilian legislation, mainly with regard to the culpable

1 Mestranda em Direito Europeu e Alemão pelo Centro de Estudos Alemães e Europeus – CDEA hospedado pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - PUCRS e pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul - UFRGS. Pós-graduada em Direito Penal e Políticas Criminais pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul - UFRGS. Contato: clarafcos@outlook.com

modality of the crime. Using explanatory research, we consulted books, periodicals and legislation to understand the development of the crime of money laundering. Starting from the concepts presented, transnationality and the intention to forbid the criminal practice of other criminal types through the criminalization of money laundering were visualized. For this reason, it was a qualitative documentary research.

Keywords: Money laundering; Criminal Law; Transnationalization.

1. INTRODUÇÃO

A presente pesquisa objetiva compreender as influências internacionais da positivação do delito de lavagem de dinheiro em relação ao posicionamento no Brasil. Em função de casos emblemáticos por todo o globo, o delito se tornou assunto em voga. Observou-se a partir de estudos documentais a existência de uma criminalização de condutas na Alemanha, apesar da taxatividade legislativa, que não seriam consideradas crime no Brasil. Destarte, o presente estudo é parte de uma pesquisa que intenta investigar possíveis impactos internacionais na realidade brasileira. A partir de informações claras e objetivas, objetiva-se chegar ao ponto nevrálgico e compreender o que é o delito de lavagem de dinheiro.

2. ELEMENTOS INICIAIS PARA A COMPREENSÃO DO DELITO DE LAVAGEM DE DINHEIRO

O delito de lavagem de dinheiro possui alta complexidade, em escala mundial, pois existem dificuldades na sua tipificação, estruturação dogmática e no âmbito probatório. A expressão lavagem de dinheiro demonstra que a conduta consiste em fazer com que os ativos oriundos de atos ilícitos antecedentes transpareçam limpos. Segundo a doutrina, o termo possuiria ligação com a máfia presente nos Estados Unidos da América, na década de 20, que utilizava uma rede de lavanderias em um esquema para que o lucro criminoso ficasse encoberto. Entretanto, apenas na década de 70 que o termo “lavagem de dinheiro” teria sido disseminado com o escândalo de Watergate que culminou a renúncia do então presidente dos Estados Unidos da América, Richard Nixon (SANTOS, 2018).

Portanto, o intuito é fazer com que o dinheiro ou qualquer outro proveito financeiro proveniente de crime transpareça licitude. Aquele que comete sérios crimes com o objetivo econômico não pretende apenas ficar longe do sistema prisional, como também busca aproveitar os frutos da sua atividade delituosa. Os criminosos mais disciplinados possuirão até a meta de transformar os seus ganhos financeiros em oportunidades econômicas futuras. Tratam o dinheiro ilícito como verdadeiro investimento (LEVI; REUTER, 2006).

Desde os primórdios do desenvolvimento da máfia americana, passou-se a ter uma preocupação maior com o gasto e investimento do dinheiro do crime. Os anos 70 foram marcantes para os norte-americanos que passaram a utilizar mecanismos de controle para combater a evasão de divisas e a lavagem de dinheiro, principalmente no âmbito da guerra contra as drogas (LEVI; REUTER, 2006).

Enquanto isso, a Itália passava pelos “anos de chumbo”, sendo que em 1978 ocorreu o sequestro de Aldo Moro, importante político na época, ferida que permanece aberta até os dias atuais. Tal fato impactou fortemente para o legislador tomar o cuidado de tipificar como crime a conduta de utilização de dinheiro angariado por meio de sequestro de pessoas, bem como de delitos assemelhados (MOREIRA, 2016).

Além disso, a preocupação internacional com a lavagem de dinheiro aumentou com o crescimento exagerado dos cartéis de drogas, principalmente na América do Sul. Entre 25 de novembro e 20 de dezembro de 1988 ocorreu em Viena a Conferência das Nações Unidas para a adoção de convenção contra o tráfico ilícito de narcóticos e substâncias psicotrópicas. Em que pese o evento fosse voltado para narcóticos, no artigo foram produzidas orientações contra a lavagem de dinheiro (BOOTH, 2011). A convenção foi promulgada no Brasil por meio do Decreto n. 154/1991 que funcionou como modelo para diversas legislações e abriu o debate sobre a lavagem de dinheiro.

Na década de 90, visualizou-se que o delito estava ligado a diversos crimes sérios como fraude, corrupção e tráfico de pessoas. Assim, restou evidente que os estudos não deveriam ser centrados apenas no tráfico de entorpecentes. Em 1989 no encontro do G7 em Paris foi estabelecido o Grupo de Ação Financeira Internacional – GAFI (*Financial Action Task Force – FATF*), oportunidade em que foram editadas 40 recomendações para guiar os países membros sobre a lavagem de dinheiro e o financiamento do terrorismo (BOOTH, 2011).

Diante do fenômeno da globalização e da constatação de que o branqueamento de capitais na verdade era apenas uma ferramenta para

viabilizar o uso do dinheiro de crimes muito mais graves, o entendimento se solidificou no sentido de que é inestimável para a sociedade como um todo a prevenção e, principalmente, o combate.

Para a compreensão do delito, considera-se a sua caracterização a partir de algumas etapas. Vilardi faz as seguintes ponderações:

Lavagem de dinheiro é um processo através do qual o criminoso busca introduzir um bem, direito ou valor provindo de um dos crimes antecedentes na atividade econômica legal, com aparência de lícito (reciclagem). Este processo, em regra, é formado por três etapas distintas: a da ocultação, em que o criminoso distancia o bem, direito ou valor da origem criminosa; a etapa da dissimulação, através da qual o objeto da lavagem assume a aparência de lícito, mediante algum tipo de fraude; e a etapa da reintegração: feita a dissimulação, o bem, direito ou valor reúne condições de ser reciclado, ou seja, reintegrado no sistema, como se lícito fosse (VILARDI, 2010, p. 1071-1086).

Em conexão, a doutrina internacional divide o processo de lavagem de dinheiro em três estágios: *placement* (colocação), *layering* (sobreposição) e *integration* (integração). Segundo Booth (2011), o *placement* se trata de introduzir o dinheiro proveniente de crime no sistema financeiro. Com o passar dos anos as instituições financeiras passaram a adotar sistemas de controle com o intuito de mitigar a conduta criminosa. Assim, o *smurfing*, conduta que consiste em realizar diversos depósitos com valores abaixo do sistema de relatório passou a ser investigado. Atualmente, é necessário que o agente atue de forma furtiva e inteligente, para que consiga enganar o sistema.

O *layering* possui diversas correntes, mas o propósito obscurecer a origem do dinheiro o máximo possível, distanciando os valores do proprietário e traçando uma linha de difícil investigação, objetivando impedir qualquer responsabilização. Pode ser feito a partir de diversas transações bancárias, entre diferentes instituições e jurisdições, optando-se por aquelas que possuam um nível baixo de controle e um sistema de *compliance* precário. Outrossim, é bastante comum utilizar instituições em países que não possuem acordos de cooperação, os verdadeiros paraísos fiscais. Seja qual for a forma de *layering* ele é a base da lavagem, pois quanto mais o dinheiro é lavado, mais a origem fica distante. A *integration* é o estágio final e representa a introdução do dinheiro, agora lavado e limpo, no sistema financeiro (BOOTH, 2011).

Destarte, resta claro que a lavagem de dinheiro foi construída levando em consideração a globalização e a existência de crimes que assolaram diversas localidades. Com o passar dos anos, foram sendo desenvolvidas técnicas para que a ilicitude de ativos fosse mais difícil de ser constatada, elevando os atos criminosos para um novo patamar.

3. A LAVAGEM DE DINHEIRO NO BRASIL SOB PERSPECTIVA GLOBAL

Como contraponto, cita-se a Alemanha que possui critérios rígidos para a tipificação da lavagem de dinheiro. Após a promulgação da Lei de combate ao Tráfico ilícito de entorpecentes e outras formas de manifestação de Criminalidade Organizada (OrgKG), em 1992, sobreveio a tipificação penal sobre o crime de lavagem de dinheiro (*Geldwäsche*) no Código Penal Alemão (StGB), § 261, alíneas (1) a (10). O que causou discussão tanto na doutrina quanto na jurisprudência é a amplitude da legislação que permite que qualquer cidadão, incluindo os prestadores de serviços, responda pelo delito. A tipificação legal na Alemanha autoriza que qualquer sujeito, seja o responsável pela prática do delito de lavagem de dinheiro, bastando, por exemplo, o mero recebimento de ativos para a responsabilização. (AMBOS 2007).

De praxe, a tipificação legal exige que o sujeito ativo da prática do delito – tenha o conhecimento de que os ativos são de origem ilícita. Porém, na Alemanha, por exemplo, quando o código se refere à aquisição não indica a necessidade de conhecimento, o que amplia a possibilidade de criminalização.

Enquanto isso, a legislação brasileira prevê quatro condutas típicas referentes à lavagem de dinheiro, segundo (FILIPPETO, 2011). O delito não está inserido no Código Penal, possuindo lei própria, qual seja a Lei n. 9.613/1998, alterada substancialmente pela Lei n. 12.683/2012.

O tipo legal determina que os bens, direitos ou valores precisam ser provenientes de infração penal. No coração da lavagem de dinheiro está o conceito de “*criminal property*” (propriedade criminal). A definição de se o bem é produto ou não de crime dependerá do sujeito que o possui, considerando a seu conhecimento psicológico. Isso porque o produto pode ser fruto de crime nas mãos de alguém, porém quando outro sujeito recebe nem sempre sabe de sua origem. Segundo o Pro-

ceeds of Crime Act 2002 (POCA)² a definição de propriedade criminal é tão ampla que pode considerar praticamente qualquer produto/peçúnia obtido integralmente ou em parte de conduta criminal, apenas é necessário que seja cometida conduta subjacente antes da lavagem de dinheiro (BOOTH, 2011).

As alterações legislativas que ocorreram nos séculos XX e XXI não foram apenas para otimizar a aplicação da lei penal, mas também atuam como resposta às orientações internacionais. Tal fato é resultado da globalização e do desenvolvimento não apenas de uma sociedade complexa, como também de delitos sofisticados e transnacionais. Criou-se um mecanismo multifacetado para os fins de tipificar a conduta e evitar que os ativos originários de ilícito penal adentrem no mercado financeiro. (BITENCOURT, 2016).

Antes da alteração legislativa, a Lei n. 9.613/1998 possuía extenso rol de crimes antecedentes. Porém, considerando o contexto atual, a alteração de 2012 revogou todos os incisos que indicavam os delitos antecedentes e permitiu que o conceito ficasse aberto. Destarte, o operador do direito não fica mais adstrito à lei, podendo considerar como crime antecedente todo aquele que puder guardar conexão com a lavagem de dinheiro. Ou seja, em um primeiro momento, o Brasil positivava a lavagem de dinheiro de forma interligada a certos tipos penais o que restringia a atuação e aplicação da lei, como a Alemanha (MENDRONI, 2018).

Entretanto, o tipo penal da legislação alemã permite que qualquer pessoa responda pelo crime de lavagem de dinheiro, sendo que a conduta pode ser considerada típica quando há a falta de cuidado do agente, ou seja, quando o sujeito não toma a precaução devida para ter conhecimento da origem dos ativos. Ao contrário da legislação alemã, a falta de cuidado não é capaz de caracterizar o crime de lavagem de dinheiro no Brasil, já que inexistente a modalidade culposa (ALFLEN DA SILVA, 2007).

Por isso, nos termos propostos pela legislação brasileira, o “delito de lavagem de dinheiro é de tipo subjetivo exclusivamente doloso” (CALLEGARI; WEBER, 2017, p. 11). O Código Penal Brasileiro observa o *numerus clausus* para a incriminação da culpa, por isso todos os delitos que admitem a modalidade culposa estão expressamente positivados como tal. Mesmo não constando no Código Penal, os delitos de lavagem seguem o mesmo regramento, motivo pelo qual considerando que inexis-

2 A Lei de Processos de Crimes de 2002 (POCA) é uma lei do Parlamento do Reino Unido que prevê o confisco ou recuperação civil dos produtos do crime e contém a principal legislação sobre lavagem de dinheiro no Reino Unido.

te a possibilidade de admissão de culpa, para a caracterização do crime de lavagem de dinheiro é indispensável o dolo (CALLEGARI, 2003).

Independente da organização, o agente apenas cometerá o delito de lavagem de dinheiro se realmente apresentou o dolo, ou seja, a vontade, o desejo de praticar o crime, devendo existir, necessariamente, a relação psíquica, a ciência prévia da tipicidade da conduta, bem como a gana para cometer o delito (BADARÓ; BOTTINI, 2012). Segundo Welzel (2003, p. 83) o “dolo, como conceito jurídico, é aquela vontade finalista de ação que está dirigida até a concretização das características objetivas de um tipo de injusto”.

Assim, o Brasil, observando o desenvolvimento internacional, tipificou a conduta criminal, iniciando com um rol taxativo de crimes antecedentes, o qual foi extinto em 2012 e possibilitou a expansão da criminalização da conduta. Entretanto, o Brasil ainda não possui a modalidade culposa em seu ordenamento jurídico, ao contrário de outros países, o que causa diversos impactos na tipificação da conduta, ainda mais que ainda se adota a teoria finalista do dolo. Entretanto, considerando a jurisprudência atual e os desenvolvimentos no âmbito internacional, poderão ocorrer mudanças no modo em que o Direito brasileiro prevê a lavagem de dinheiro.

4. CONCLUSÃO

Diante da pesquisa feita, constata-se que a positivação do delito de lavagem de dinheiro ocorreu após uma construção global. Entende-se que a transnacionalização do crime demanda medidas drásticas, o que motivou diversos países adotarem critérios rígidos de tipificação penal. Em conexão, o Brasil participou de discussões e orientou o seu ordenamento jurídico para a responsabilização criminal dos indivíduos, mostrando-se cada vez mais preocupado com a mitigação de atos antecedentes, como é o caso da corrupção. Por isso, visualiza-se uma mudança legislativa, como a extinção do rol taxativo, além de uma adoção de teorias alienígenas para alicerçar os julgamentos.

Como exemplo, utilizou-se o caso da Alemanha que apesar de possuir um rol taxativo no que diz respeito ao conceito de atos antecedentes, é mais abrangente ao criminalizar a conduta de lavagem, em especial no que diz respeito à aquisição. Isso porque aceita a hipótese de que o agente responda pela falta de cuidado ao receber ativos, podendo até o tipo legal ser visto de forma ampla, em que é possível a lavagem de dinheiro no simples recebimento – sem o real conhecimento da origem ilícita.

Enquanto isso, no Brasil, em que pese não exista rol taxativo de crimes antecedentes à lavagem de dinheiro, a disposição legal é mais restrita, pois não prevê a tipificação por falta de cuidado. Boa parte da doutrina entende que a responsabilização por lavagem de dinheiro apenas seria possível quando o agente tivesse o conhecimento de que os ativos eram de origem ilícita e agisse para ocultar, dissimular ou qualquer das outras hipóteses previstas em lei. É necessário cumular o prévio conhecimento da ilicitude e a intenção de agir para um determinado fim.

Apesar da atualização legislativa e de entendimentos doutrinários diversos, constata-se que a interpretação da lei brasileira ainda não atingiu o a amplitude da conduta prevista no ordenamento alemão. Em que pese não exista um número considerável de investigações independente do prévio conhecimento e da intenção de agir, o entendimento brasileiro poderá sofrer influências do posicionamento internacional, demonstrando uma criminalização ainda maior do crime de lavagem de dinheiro.

REFERÊNCIAS

AMBOS, Kai. Lavagem de dinheiro e direito penal. Tradução, notas e comentários de Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2007.

BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais: comentários à Lei 9.613/1998 com as alterações da Lei 12.683/2012. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal econômico. Volume 2. São Paulo: Saraiva, 2016.

BOOTH, Robin et al. Money laundering law and regulation: a practical guide. New York: Oxford University Press, 2011.

CALLEGARI, André Luís. Direito penal econômico e lavagem de dinheiro: aspectos criminológicos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

CALLEGARI, André Luís; WEBER, Ariel Barazzetti. Lavagem de dinheiro. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017.

DA SILVA, Pablo Rodrigo Alflen. A aceitação de honorários “maculados” pelo Advogado de Defesa como lavagem de dinheiro e a perspectiva brasileira. IN: AMBOS, Kai. Lavagem de dinheiro e direito penal. Tradução, notas e comentários de Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2007.

FILIPPETO, Rogério. Lavagem de dinheiro: crime econômico da pós-modernidade. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

LEVI, Michael; REUTER, Peter. Money Laundering. In: Crime and justice. Vol. 34, n. 1. Chicago: The University of Chicago Press. 2006, p. 289-375. Disponível em: < <http://orca.cf.ac.uk/3154/1/Levi%202006.pdf>>. Acesso em jul. de 2019.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. Crime de lavagem de dinheiro. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2018.

SANTOS, Humberto Souza. O dolo na lavagem de dinheiro no direito penal brasileiro. In: SOUZA, Artur de Brito Gueiros; CÂMARA, Juliana de Azevedo Santa Rosa (Coords.). Inovações no direito penal econômico: prevenção e repressão da criminalidade empresarial. Brasília: ESMPU, 2018.

VILARDI, Celso Sanchez. O crime de lavagem de dinheiro e o início de sua execução. Doutrinas Essenciais de Direito Penal. Vol. 8, 2010, p. 1071-1086.

WELZEL, Hans. Direito Penal. Tradução: Afonso Celso Rezende. Campinas: Romana, 2003.



O CONFLITO ENTRE EFICÁCIA E EFICIÊNCIA PROCESSUAL NA UTILIZAÇÃO DO INSTITUTO DA COLABORAÇÃO PREMIADA ANTE A DEMANDA POR CELERIDADE DA SOCIEDADE¹

THE CONFLICT BETWEEN EFFECTIVENESS AND PROCESSUAL EFFICIENCY IN THE USE OF PLEA BARGAIN INSTITUTE CONTRASTED WITH THE CELERITY DEMAND FROM SOCIETY

MATEUS AUGUSTO BOHRZ KLEIN²

Resumo: Como consequência da evolução dos meios de comunicação, na sociedade atual verifica-se constante disseminação da violência. Devido ao acesso irrestrito de informação propagadora de eventos violentos, um estado de medo social se instaura. Diante da constante ameaça de violência, a sociedade passa a ter no Processo Penal e Direito Penal meios para restringir e combater a violência, adotando bens jurídicos a serem defendidos, bem como sujeitos específicos a serem combatidos. A exigência por uma resposta estatal acaba provocando urgência na produção de resultados, incidindo na concepção de Processo eficaz. Assim, a fim de que se produzam maior número de sentenças, o Processo e Direito Penal passam a se adaptar às demandas sociais. Um instituto proveniente destas adaptações é a Colaboração Premiada. No entanto, ao ser utilizada, deve se ter especial cautela quanto às concepções de eficácia e eficiência processual, de forma a que a primeira seja limitada a um requisito para

1 Artigo científico elaborado sob a orientação do Prof. Dr. André Machado Maya.

2 Mateus Augusto Bohrz Klein (Bacharel em direito pela Fundação Escola Superior do Ministério Público, E-mail: mateusabk@hotmail.com)

utilização do instituto, não seu princípio regente. Nesta linha, o presente trabalho busca elaborar o conflito existente entre a eficácia e eficiência processual na utilização da Colaboração Premiada.

Palavras-chave: Colaboração Premiada. Eficácia. Eficiência. Processo Penal. Violência.

Abstract: As a consequence of media evolution in today's Society, there is a constant spread of violence. Due to the unrestricted access to information that propagates violent events, a state of social fear is established. Faced with the constant threat of violence, Society sees in the Criminal Procedure and Criminal Law the means to restrict and combat violence, adopting legal assets to be defended, as well as specific subjects to be combated. The demand for a state response ends up causing urgency in the production of results, focusing on the conception of an effective Process. Thus, in order to produce a greater number of sentences, the Criminal Law and Process begin to adapt to social demands. One institute derived from these adaptations is the Plea Bargaining. However, special care must be taken when used with regard to the concepts of efficacy and procedural efficiency, so that its conception gets limited to a requirement for the use of the institute, not its governing principle. In this line, the present work seeks to elaborate the existing conflict between effectiveness and procedural efficiency in the use of Plea Bargaining.

Keywords: Criminal Procedure. Efficiency. Plea Bargaining. Violence.

1. INTRODUÇÃO

A violência é elemento existente em toda a sociedade em maior ou menor grau. No entanto, de acordo com o meio social em que se fala, percebe-se uma diversidade de comportamentos para conceber tal fenômeno.

Em meio a um mundo globalizado, onde os meios de comunicação estabelecem ritmo acelerado de informações das mais variadas, denota-se que a violência passa por um processo de disseminação. Desta maneira, devido a seletividade de informações espalhadas pelo globo, gera-se um estado de medo social. A ameaça constante dessa violência acaba por alavancar uma necessidade imposta pelo povo para a criação de uma política criminal regida pela eficácia.

Como consequência de pontos centrais da discussão como risco, violência e ameaça, a resposta da sociedade para tal é na busca de uma barreira estatal para garantir a tutela do bem jurídico almejado: a segurança. Para tanto, passa-se a olhar para o Direito Penal e Processual Penal com a perspectiva de um instrumento repressivo da violência. Assim, sendo visto como um meio garantidor de bens jurídicos específicos, eleitos e moldados pelo medo, o Direito Penal e Processual Penal passa a conceber o ideal de eficácia processual, adaptando-se às demandas da sociedade. Deixa-se de ter os direitos humanos e civis como fundamento da área Penal e passa-se a retroagir na escala evolutiva da ciência, elegendo um inimigo em comum da sociedade: delinquente.

É possível estabelecer um paralelo entre as concepções de eficácia e eficiência processual, onde na primeira, há a necessidade de respeito aos princípios regentes do Processo Penal a fim de se chegar ao melhor resultado. Por outro lado, a eficácia processual visa apenas a resposta mais célere ao problema apresentado. Como consequência da disseminação da violência, a sociedade pugna por uma resposta estatal célere, permitindo a flexibilização dos princípios regentes do Processo Penal para tal.

Nesse ponto, em casos práticos, temos exemplos que envolvem o instituto da Colaboração Premiada, modelo importado do sistema americano denominado *plea bargaining* em que se permite ao réu que, em troca de informações sobre o caso, se concedam benefícios como redução de pena ou a permanência de parte dos bens adquiridos de maneira ilícita. Sendo uma diferença para com o direito americano a inexistência do sistema *stare decisis*, o ordenamento brasileiro é quem dita os limites negociais do instituto.

A mera implementação de um instrumento advindo do sistema *common law* já caracteriza-o como meio de adaptação do Direito e Processo Penal à demanda social por um meio mais eficiente de, no caso, combater os crimes de organização criminosa.

No entanto, percebe-se que, em determinados casos de maior repercussão, a modulação das possibilidades de concessão benéfica contidas expressamente na Lei 12.850/13 pode gerar resultados catastróficos. A flexibilização legislativa acaba por se relacionar à concepção de processo penal eficiente, visando uma resposta estatal célere mesmo que isso signifique a negligência à outros princípios regentes do Processo Penal. Tal conceito demonstra-se incorreto na medida em que deste modo, se possibilita a produção de resultados contrários ao esperado. Portanto, a ideia de eficácia processual deve ser levada em conjunto à aplicação deste

aparato, a medida em que se busca verdadeiro equilíbrio entre os conceitos de segurança jurídica e celeridade processual.

2. DO SISTEMA DE NEGOCIAÇÃO CRIMINAL

O sistema de colaboração premiada, introduzido primeiramente na lei dos juizados especiais cíveis e criminais (Lei nº 9.099/95), ocasionou grande evolução em questão de eficiência processual, principalmente quanto ao tempo corrido de processo. Possui o intuito buscar com maior facilidade e rapidez material probatório através de uma negociação entre as partes. Porém, para que se compreenda de maneira melhor tal tema, deve-se ter em mente o conceito de prêmio com significado de “um mal menor imposto ao indivíduo que, depois do cometimento de uma conduta punível pelo direito penal, realiza contra conduta colaborativa destinada a diminuir ou elidir a pena prevista para o ilícito originalmente cometido” (Valdez 2016, p. 31). Desta maneira, ao colaborar com a investigação, o réu terá acesso a certos benefícios redutivos de pena, ou seja, uma diminuição do mal imposto sobre o colaborador.

Porém, segundo Frederico Valdez, tal instituição acaba por colidir com a concepção de direito penal retribucionista clássica, de maneira que se subverta até certo ponto tal conceito processual penal quanto ao aspecto relativista e a sanção premial. Dentro do instituto da colaboração premiada, o conceito de prêmio passa a ter reflexo em um objetivo político-criminal, de maneira a visar um objeto maior por parte do acusador, no caso, a acusação de outros envolvidos, e, possivelmente o chefe da operação ou alguém de maior importância.

Com certeza, uma das partes de maior importância no processo de negociação criminal é a escolha, por parte do acusador, de quem poderá ser um possível colaborador, assim sendo, quem terá alcance aos benefícios da colaboração. Para tanto, o órgão acusador terá em mente uma visão mais prática, buscando quem tem maior possibilidade de conceder as melhores e mais valiosas informações a fim de que se consiga um material probatório mais efetivo, e, assim, uma acusação mais rápida.

Diante de tal instituto, é concebível que haja certo estranhamento por parte do povo ao assistir na prática uma negociação em meio ao processo. Isso é decorrente de este ser um dispositivo relativamente novo no sistema brasileiro, uma vez que até a década de 1990, o modelo político-

-criminal se caracterizava por uma implacabilidade da resposta punitiva estatal de maneira a retratar a função da pena como unicamente retributiva sendo denominado modelo dissuasório clássico.

Segundo Vinicius Gomes Vasconcellos: “a justiça criminal negocial se define como modelo pautado por consenso de ambas as partes a um acordo de colaboração processual com afastamento do réu de sua posição de resistência ocasionando abreviação do processo e consequentemente implicando na renúncia do réu quanto aos princípios do devido processo penal” (Vasconcellos 2017 p. 119). Assim, se tem a negociação criminal como modelo construído sobre a base da renúncia do réu aos seus direitos processuais a fim de que consiga benefícios quanto a sua sanção. Deste modo, colocando em segundo plano os princípios do devido processo legal e priorizando a rapidez processual no adquirir probatório.

Dentro destes dispositivos de negociação criminal, cabe salientar para fins de exemplo mais à frente no transcorrer do texto a diferença entre o instituto da barganha e da colaboração premiada. Vale destacar que o modelo de negociação criminal tem como base o modelo estabelecido no *common law* denominado *plea bargaining*, que se caracteriza por uma negociação entre as partes onde o réu abre mão de seu direito de não considerar-se culpado com o intuito de estabelecer certas garantias acordadas com o órgão estatal, tal modelo acaba por resolver cerca de 90% dos casos ocorrentes nos Estados Unidos e garante uma liberdade muito maior para o acordo entre as partes e o juiz. Tendo este conceito em vista, vale esclarecer que a delação premiada não é o único instrumento de negociação criminal, porém diverge de outros dispositivos como a barganha, onde o réu negocia informações quanto ao crime cometido por si mesmo, ao passo que se negocia informações referentes a outros agentes e colaboradores no crime, assim, se voltando em grande parte ao crime organizado.

3. DA EFICIÊNCIA PROCESSUAL

A colaboração Premiada, nos termos em que foi desenvolvida, é objeto de controvérsia nos âmbitos tanto prático quanto acadêmico. Isso, pois em detrimento de que se alcance a concepção de eficácia processual, é realizado pensamento utilitarista quanto ao procedimento. Desta maneira, necessário se faz estabelecer a diferenciação entre eficácia e eficiência processual, para que, posteriormente, seja possível adentrar na

discussão sobre as possíveis contribuições do instituto da colaboração premiada para cada uma destas concepções.

Inicialmente, temos o conceito de eficácia processual atrelado ao fenômeno resultado. Desta maneira, não necessariamente se buscam resultados seguros, mas sim o maior número de sentenças em um menor espaço de tempo. Nestes termos, trata-se de concepção ligada diretamente ao resultado processual, ou seja, da expedição de sentenças. Logo, em tese, um processo onde a celeridade processual fosse prioridade, poderia ser considerado eficaz.

No entanto, a concepção que se busca efetivamente no processo penal brasileiro é a de eficiência processual. Esta, diferentemente da eficácia, se atrela ao procedimento como um todo, de forma a que não apenas o resultado do mesmo seja importante, mas também o modo como se atingiu tal resultado.

Ademais, um processo eficiente poderá, eventualmente, ser eficaz, porém o contrário não pode ser dito, justamente pelo caráter utilitarista presente neste conceito. Assim, o presente trabalho busca realizar análise quanto a possível contribuição do sistema de Colaboração Premiada para tornar a persecução penal mais efetiva e, eventualmente, mais eficaz.

Nesta linha de pensamento, há também parte da doutrina que afirme ligação da eficiência ao número de lacunas presentes no sistema normativo. Assim, um sistema normativo mais eficiente seria aquele que não possui lacunas diante das situações fáticas a que é aplicado.

Nesta senda, voltando-se à análise do instituto da colaboração premiada, podemos direcioná-la para ambas as vertentes anteriormente discutidas. A primeira referindo-se à eficiência no sentido de evitar lacunas no sistema jurídico brasileiro e a segunda quanto ao equilíbrio entre eficiência e eficácia processual.

3.1. DA BUSCA DO ORDENAMENTO JURÍDICO PELA EFICIÊNCIA PROCESSUAL

Como anteriormente discutido no presente texto, o conceito de eficácia processual é diretamente atrelado à produção de resultados do sistema penal. Para tanto, outro conceito que se toma grande importância à discussão é o de celeridade processual. Isso, pois uma vez em que a mera produção de sentenças e condenações caracterizam a eficiência processual, quanto mais rápido forem os meios, mais eficaz será o aparato jurídico.

No entanto, deve-se ter em mente que a concepção de processo eficaz não é o modelo ideal a que se propõe o aparato legislativo e ju-

diciário, e sim, o processo eficiente. Tal concepção reflete-se na própria legislação pátria quando refere-se no artigo 5º da Constituição Federal:

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:

LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004).

Assim, a concepção de celeridade incorporada ao processo acaba por se tornar mais complexa à medida em que se busca eficiência processual. Desta maneira, a celeridade processual revela-se de grande importância para a persecução penal, uma vez em que a morosidade do procedimento ocasiona, por vezes, a impunidade do infrator.

Nesta senda, a colaboração premiada acaba por ser vista por muitos como instrumento voltado à facilitação probatória e, ao mesmo tempo, de sumarização processual. Embora tais concepções se encontrem corretas em diversos casos, não podemos admiti-las para absolutamente qualquer ocasião a que o instituto é utilizado. Isso, pois por diversas vezes não é alcançado o objetivo de celeridade processual, bem como, por se tratar de aparato probatório complementar, não seria possível afirmar com certeza, que em todos os casos a sumarização processual ocorreria, apesar de ser possível.

Temos o princípio de celeridade processual como um dos mais importantes dentro do direito processual penal, uma vez que, devido à natureza dos crimes, ao se realizar um processo moroso, acaba-se frustrando o acesso ao direito do ofendido. Porém, tendo isso em mente, ao utilizarmos o termo celeridade, acabamos implicando em um processo que busca através da rapidez e de maneira mais simplificada a aplicação de pena ou absolvição sobre o acusado. Isso decorre do perigo de extinção do direito, pelo decurso do tempo. No entanto, o conceito que se deve buscar é o de processo eficiente, no qual:

“será eficiente o processo que, em tempo razoável, permitir atingir-se um resultado justo, seja possibilitando aos órgãos da persecução penal agir para fazer atuar o direito punitivo, seja assegurando ao acusado as garantias do processo penal (Scarance 2006 p. 3)”.

Note-se que não se fala em processo mais rápido ou processo mais simples possível, e sim, duração razoável do processo, isso, pois não se deve ignorar a linha de pensamento garantista ao buscar-se a celeridade processual. Ao mesmo tempo em que um trâmite processual moroso pode acarretar injustiças, o atropelamento de princípios e garantias é caminho para igual resultado. Diante de casos de maior complexidade envolvendo organizações criminosas mais poderosas o conceito de eficiência processual se torna ainda mais importante, uma vez que a quebra do princípio do devido processo legal acaba por sistematizar certa imposição do Estado sobre o acusado. Deste modo, pode-se acabar causando injustiças por meio de um acordo entre as partes de forma a que o réu que não possua culpa do delito, mas que o aceite a fim de garantir o benefício ofertado, seja visto pela sociedade erroneamente como culpado. Por outro lado, há também os casos em que a utilização de tal recurso devido à dificuldade probatória acabam por conceder benefícios exacerbados ao colaborador. Assim, deve-se ter o instituto da colaboração premiada como um último recurso a fim de se impedir a concessão de benefícios quando a capacidade probatória do estado puder suprir tal tarefa.

3.2. DA EFICIÊNCIA PROCESSUAL DIANTE DAS LACUNAS

A seguir, o tema de eficiência e eficácia processual será abordado de maneira a ser medida julgadora do sistema jurídico em comento. Nesta linha de pensamento, levam-se em consideração as denominadas “lacunas”, compreendidas como ocasiões em que o ordenamento jurídico acaba por não se adequar ao caso concreto em que é aplicado. Desta maneira, a compreensão de sistema jurídico completo se dá:

- (a) Um sistema jurídico em cujo âmbito qualquer comportamento seja deonticamente qualificado por uma norma; ou (b) um sistema jurídico em cujo âmbito qualquer caso partícula esteja ligada a uma consequência jurídica. [...]
 [...] De um ponto de vista diferente – do ponto de vista de aplicação do direito – diz-se às vezes “completo” (c) um sistema jurídico em cujo âmbito o juiz possa sempre encontrar numa norma preexistente a solução de qualquer controvérsia a ele submetida... (Guatini 2005 p. 174)

Nesta senda, aplicando tais teorias à lei 12.850, percebemos que eventuais lacunas no ordenamento jurídico podem ser capazes de gerar resultados catastróficos para a persecução penal. Tal fenômeno ocorre com

maior intensidade neste âmbito, pois uma vez em que a lei em questão se propõe a especificar o procedimento e detalhar as possibilidades de negociação permitidas entre o Estado e o colaborador, qualquer tipo de lacuna presente na mesma pode acabar acarretando no desvirtuamento da persecução penal. Desta maneira, não havendo o modelo de *stare decisis* para podar os atos não previstos no aparato legislativo, acaba-se oportunizando a ocorrência de discrepâncias e abusos dentre as partes do acordo.

Continuando, temos que a colaboração premiada deve ser desenvolvida nos casos práticos tendo em mente a concepção de eficiência processual em ambos os aspectos apresentados anteriormente. Isso, a fim de que se respeitem os direitos fundamentais do acusado, ao mesmo tempo em que a morosidade processual não ocasione a preclusão da pretensão punitiva estatal. Deste modo, a concepção de duração razoável do processo é de extrema importância, bem como ter em mente a busca de eficiência processual e não eficácia propriamente dita, dado a necessidade de segurança jurídica presente em qualquer ordenamento jurídico.

Ademais, o instituto da colaboração premiada se diferencia de outros presentes no ordenamento jurídico brasileiro ao passo em que eventuais lacunas nela presentes não poderiam ser preenchidas pela jurisprudência dos tribunais. Tal fenômeno ocorre a fim de impedir grandes modulações legislativas e, assim, evitar que ocorram acordos que beneficiem de maneira exacerbada o colaborador, desvirtuando a pretensão punitiva do Estado com a persecução penal.

Nesta senda, a fim de que sejam assegurados os direitos das partes do acordo, a legislação sobre o instituto deve ser seguida sem grandes modulações, uma vez em que torna-se alvo de polêmica diante da sociedade, indo de encontro à concepção popular retribucionista clássica do direito penal.

4. CONCLUSÃO

A Colaboração Premiada é instituto importado do ordenamento jurídico norte-americano regido pelo *common law* e implementado ao sistema jurídico brasileiro como forma de complemento probatório para crimes cometidos por organização criminosa. Tal incorporação foi realizada como forma de resposta estatal a tais crimes a fim de que se obtivesse uma maior capacidade probatória, podendo assim, assegurar bens jurídicos eleitos pela sociedade, tal qual a segurança de forma mais geral.

Percebe-se divergência entre as concepções popular e técnica de Processo e Direito Penal. Popularmente, estes são vistos como meios para repressão da violência, garantia de bens jurídicos eleitos pelo povo e contra delitos. Porém, tal concepção não deve trespassar para a aplicação do instrumento da Colaboração Premiada, uma vez em que ocasionaria a busca cega por resultados, através de um ideal de eficácia processual. Assim, se depreende do presente estudo que, apesar da ocorrência de uma certa pressão da sociedade por um Processo Penal mais eficaz, deve-se ter em mente a busca pelo equilíbrio entre o garantismo jurídico e a celeridade processual, não sacrificando os meios em detrimento dos fins. Assim, ao utilizar o instituto da Colaboração Premiada, devem ser considerados elementos tal qual a natureza, as circunstâncias, a gravidade a repercussão social do fato, bem como capacidade do complemento probatório adquirido produzir efeitos. Neste ponto, importante salientar, a concepção de eficácia processual não é totalmente expurgada da utilização de tal instituto, uma vez em que, é necessária para averiguar a possibilidade de efetivação de acordo no caso concreto. O que se deve ter em mente é que a eficácia processual, tida como a mera produção célere de resultados, não pode sobrepor a busca por eficiência processual, meio pelo qual o procedimento e direitos do colaborador são garantidos.

A busca por um processo eficiente se faz de grande importância no instituto da Colaboração Premiada, pois uma vez em que eventuais lacunas na Lei 12.850//13 permitiriam alteração do procedimento previsto, possibilitando um resultado diverso do pretendido inicialmente.

REFERÊNCIAS

[AK1] BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal*. Rio de Janeiro: Editora Revan, 1999.

BRASIL. Lei nº. 12.850, de 2 de agosto de 2013. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 05 ago. 2013.

BRASIL. 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, 26 jul. 1990.

DIAS, Ricardo Gueiros Bernardes; FANTIN, Iago Abdalla. A negociação na Justiça Criminal no Brasil e o Plea Bargaining. E-Civitas - Revista Científica do Curso de direito da UNIBH, Belo Horizonte, v. X, n. 2, dez. 2017.

FERNANDES, Antonio Scarance. O equilíbrio entre a eficiência e o garantismo e o crime organizado. São Paulo: Quartier Latin, 2009.[AK2]

FOUCAULT, Michel. Vigiar e Punir: nascimento da prisão. Petrópolis: Editora Vozes 1997.

FRANÇA, Rubens Limongi. Hermenêutica Jurídica. 7. ed., rev. e aum. São Paulo: Saraiva, 1999.

MORO, Sergio Fernando. Considerações sobre a operação Mani Pulite. Revista CEJ, Brasília, n. 26, p. 56-62, jul.-set. 2004.

PEREIRA, Frederico Valdez. Delação premiada: legitimidade e procedimento. 3. ed. rev. e atual. de acordo com a lei no. 12.850/2013. Curitiba: Juruá Editora, 2016.

PEREIRA, Frederico Valdez. Valor Probatório da Colaboração processual (Delação Premiada). Revista CEJ, Brasília, ano XIII, n. 44, p. 25-35, jan.-mar. 2009.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. Colaboração Premiada no Processo Penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

GUASTINI, Riccardo. Das Fontes às Normas. São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil, 2005.

HASSEMER, Winfried. El destino de los derechos del ciudadano en un derecho penal eficaz. Estudios Penales y Criminológicos, vol. XV (1992). Cursos e Congresos nº 71 Servizo de Publicacións da Universidade de Santiago de Compostela. ISBN 84-7191-866-8, pp. 182-198.



**ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL:
FLEXIBILIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA
OBRIGATORIEDADE DA AÇÃO PENAL
PÚBLICA INCONDICIONADA?
CRIMINAL NON-PERSECUTION AGREEMENT:
FLEXIBILIZATION OF THE OBLIGATION OF UNCONDITIONAL
PUBLIC CRIMINAL ACTION PRINCIPLE?**

ROBERTA SCHAUN¹

Resumo: O presente artigo visa tecer algumas reflexões sobre a flexibilização do princípio da obrigatoriedade da ação penal pública incondicionada quando for firmado um acordo de não persecução penal entre o Ministério Público e o investigado, figura processual introduzida por meio da Lei nº. 13.964/2019 e prevista no art. 28-A, CPP. No primeiro item, far-se-á uma introdução ao princípio da obrigatoriedade da ação penal pública incondicionada no ordenamento jurídico brasileiro; no próximo item, uma revisão histórica do instituto do acordo de não persecução penal; por fim, procura-se refletir sobre a efetividade do processo penal como justificativa à flexibilização do princípio em tela através de mecanismos de justiça penal negocial. A técnica de pesquisa empregada é a revisão bibliográfica. Este trabalho relaciona-se à linha “tutelas à efetivação de direitos públicos incondicionados” e ao respectivo eixo temático “Direito Fundamental à Segurança e o Direito de Liberdade”, bem como ao grupo de pesquisa “Direito fundamental à segurança e Direitos de liberdade: a complexa harmonia em matéria penal” coordenado pelo Prof. Dr. André Maya.

1 Mestranda em Direito (FMP). Especialista em Ciências Penais e Direito Penal Empresarial (PUCRS) e Direito Público (Verbo Jurídico). Advogada. E-mail: robertaschaun@gmail.com

Palavras-chave: Acordo de não persecução penal. Justiça penal negocial. Lei nº. 13.964/2019. Princípio da obrigatoriedade da ação penal pública incondicionada.

Abstract: This article aims to make some reflections on the flexibility of the principle of mandatory unconditional public criminal action when a non-criminal prosecution agreement is signed between the Public Ministry and the investigated, a procedural figure introduced by Law no. 13,964 / 2019 and provided for in art. 28-A, CPP. In the first item, an introduction to the principle of mandatory public criminal action unconditional in the Brazilian legal system; in the next item, a historical review of the institute of non-criminal persecution agreement; finally, try to reflect on the effectiveness of the criminal process as a justification for making the principle more flexible on the screen through negotiating criminal justice mechanisms. One research technique employed is a literature review. This work is related to the line “guardianship for the realization of unconditional public rights” and the respective thematic axis “fundamental right to public security”, as well as to the research group “Fundamental right to security and Rights of freedom: the complex harmony in matters criminal” coordinated by Prof. Dr. André Maya.

Keywords: Non-criminal prosecution agreement. Negotiating criminal justice. Law no. 13.964/2019. Principle of mandatory unconditional public criminal action.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo visa tecer algumas reflexões sobre a flexibilização do princípio da obrigatoriedade da ação penal pública incondicionada quando for firmado um acordo de não persecução penal entre o Ministério Público e o investigado, figura processual introduzida por meio da Lei nº. 13.964/2019 e prevista no art. 28-A, CPP.

No primeiro item, será analisado o princípio da obrigatoriedade da ação penal pública incondicionada no ordenamento jurídico brasileiro, com o intuito de se compreender a sua configuração e caráter normativo. Por que o Ministério Público é (era) obrigado a denunciar todos os crimes de que tivesse conhecimento? No próximo item, o foco será o acordo de não persecução penal, com a demonstração do desenvolvi-

mento histórico deste novo instituto jurídico. Por fim, procura-se refletir sobre a efetividade do processo penal como justificativa à flexibilização do princípio em tela através de mecanismos de justiça penal negocial.

A técnica de pesquisa empregada é a revisão bibliográfica. Este trabalho relaciona-se à linha “tutelas à efetivação de direitos públicos incondicionados” e ao respectivo eixo temático “direito fundamental à segurança pública”, bem como ao grupo de pesquisa “Direito fundamental à segurança e Direitos de liberdade: a complexa harmonia em matéria penal” coordenado pelo Prof. Dr. André Maya.

2. DO PRINCÍPIO DA OBRIGATORIEDADE DA AÇÃO PENAL PÚBLICA INCONDICIONADA

Inicialmente, cumpre destacar que toda ação penal é pública, em virtude da jurisdição envolvida (criminal), já que, para a sua efetivação, é imperiosa a intervenção estatal, ainda que se trate de delito de iniciativa da vítima, pois somente após a tramitação de um justo processo, há que se falar em responsabilidade criminal e, por consequência, a imposição de uma pena. O critério de distinção entre os tipos de ações penais é a natureza do bem jurídico envolvido, bem como a vítima (FAYET JÚNIOR; VARELA, 2014, p. 109-110).

Esse tipo de ação, além de ser pública e incondicionada (em regra), também é obrigatória, isto é, o Ministério Público, após o esclarecimento dos fatos, quando concluído o inquérito, é obrigado a promover a denúncia, salvo quando constatada a ausência de autoria, materialidade ou estiver presente algum elemento que exclua a natureza criminosa do fato investigado. Não existia, segundo este princípio, qualquer espaço de discricionariedade, tanto policial quanto ministerial, para não mover a máquina pública no sentido de investigar e processar delitos dessa natureza, ainda que de mínima relevância social, como, *v.g.*, um furto simples, praticamente insignificante, quando a própria vítima aduz que a lesão a seu patrimônio fora de menor monta (FAYET JÚNIOR; VARELA, 2014, p. 116-119).

A obrigatoriedade da ação penal seria decorrente do dever do Estado em investigar, processar e punir toda forma de criminalidade, pois é dele o monopólio da jurisdição penal, em detrimento à vingança privada de outrora. Ademais, ao deixar de processar os pequenos casos, estar-se-ia criando um sentimento de impunidade que, por consequência, ria causar um estado de caos social e perda da credibilidade estatal (BOSCHI, 2010, p. 13).

Um dos desdobramentos da obrigatoriedade do ajuizamento da denúncia é o controle judicial sobre o pedido de arquivamento feito pelo Ministério Público. Não concordando com as razões, o feito será devolvido ao órgão para que o superior hierárquico escolha outro membro para, ele sim, ofertar a exordial acusatória, nos termos do art. 28, CPP. Outra consequência dessa obrigatoriedade é a impossibilidade do não oferecimento da denúncia em caso de prescrição potencial, isto, se o crime não estiver prescrito, com base na pena máxima abstrata, o órgão parquetiano deverá denunciar o suspeito, ainda que a prescrição venha a ocorrer durante a tramitação, com base na pena concreta, nos termos da súmula nº. 438 do Superior Tribunal de Justiça: É inadmissível a extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva com fundamento em pena hipotética, independentemente da existência ou sorte do processo penal.

Essa postura pode ser compreendida como decorrente da matriz fascista que influenciou a redação a legislação processual penal em 1941, cujo modelo fora o Código Rocco, pois cabia ao Estado tutelar a segurança pública, um bem coletivo e indisponível, em detrimento aos direitos individuais, marca de um Estado liberal e democrático (OLIVEIRA, 2009, p. 3).

Este princípio começou a ser flexibilizado quando do advento da Lei dos Juizados Especiais (Lei nº. 9.099/95). Antes do oferecimento da denúncia, deverá o *Parquet* propor a transação penal ao suspeito, se não houver qualquer óbice legal. Os termos oferecidos, contudo, deverão ser fiscalizados pelo juízo, a fim de que não sejam excessivos, diante do crime praticado (DUCLERC, 2016, p. 325-328). A transação penal está bem distante da *plea bargain* norte-americano, pois o espaço de negociação entre as partes ainda é muito restrito (LOPES JÚNIOR, 2010, p. 373).

3. DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

A Lei nº. 13.964/2019, que acrescentou o art. 28-A ao código de processo penal, veio a formalizar e legitimar uma prática que já era empregada pelo Ministério Público, mas que era muito criticada em razão de sua legalidade. Em 2017, após o Supremo Tribunal Federal ter declarada a licitude das investigações feitas exclusivamente pelo *Parquet*, o Conselho Federal do Ministério Público (CNMP) expediu a Resolução nº. 181/2017, cujo objeto era disciplinar esses expedientes investigatórios. Em seu art. 18 estava prevista a possibilidade do órgão acusatório não

ajuizar denúncias quando o crime em tela fosse cometido sem violência ou grave ameaça e houvesse a confissão do investigado que, por sua vez, assumiria uma série de obrigações. Este acordo não previa qualquer homologação judicial (BRASIL, 2017).

A medida, apesar das críticas, foi bem recebida por parte da comunidade jurídica brasileira, pois se tratava de um instrumento que buscava reduzir a população carcerária, além de flexibilizar o princípio da obrigatoriedade da ação penal, cujos fundamentos de política criminal não encontravam mais identidade na realidade brasileira atual (DUCLERC, 2016, p. 190). No entanto, tratava-se de uma opção discricionária do Ministério Público, que poderia firmar ou não o dito acordo, sem a possibilidade de recurso, administrativo ou judicial, em caso de negativa (VASCONCELLOS, 2017).

A Lei nº. 13.964/19 é fruto dos PL nº. 10.372/2018, mais tarde conhecido, popularmente, como “pacote anticrime”, pois seu objetivo era incrementar o combate à criminalidade organizada, otimizar a atuação do Poder Judiciário e abrandar o caos penitenciário decorrente da criminalidade individual, quando dos casos de delitos cometidos sem violência ou grave ameaça, pois estes delitos representariam cerca de 1/3 do total de apenados no país, sendo o restante igualmente dividido entre acusados por tráfico de drogas e crimes violentos. Logo, como forma de “desafogar” o sistema criminal, foi proposta a “oficialização” e “legalização” dos acordos de não-persecução penal já celebrados pelo Ministério Público, pois, novamente, o foco de atuação e de recursos dos órgãos de persecução penal deveria ser o combate ao crime organizado e à criminalidade violenta (BRASIL, 2018). Entendimento semelhante foi o do, então, Ministro da Justiça e Segurança Pública, e ex-juiz federal, Sergio Moro, quando enviou ao Congresso Nacional o Projeto de Lei nº. 889 (BRASIL, 2019).

4. JUSTIÇA PENAL NEGOCIAL E A EFETIVIDADE DO PROCESSO PENAL

Conforme consta na exposição de motivos de ambos os projetos de lei que antecederam à Lei nº. 13.964/2019, um dos principais motivos para a proposição de acordos penais era aumentar a efetividade do sistema processual penal, no sentido de se dar uma melhor e mais célere resposta estatal aos problemas criminais, resolvendo-os. Não se trata de “deixá-los” em branco, mas sim dar-lhes um tratamento oficial efetivo.

Consoante a redação do art. 28-A, CPP, é possível se concluir que se está diante de um instituto com fins restaurativos, pois, além de não ser penalizante e/ou encarcerizador, traz a vítima ao processo penal, cuja reintegração ao processo penal, para além do papel de vítima, mas também um sujeito ativo e titular de direitos, dentre eles, o de proteção e reparação pelos danos causados, é um tema que tem sido retomado na literatura processual hodiernamente, sendo as recentes reformas processuais um reflexo desse movimento (GIACOMOLLI, 2016b, 37-38).

A busca dessa efetividade processual é a raiz principiológica dos mecanismos e instrumentos de justiça penal negocial, pois o Estado era incapaz de responder, formalmente, a todos os delitos que tinha a obrigação de processar. A sobrecarga de serviço do judiciário em matéria criminal é um fator incontroverso, o que prejudicava a própria qualidade do serviço oferecido. O menor rigor e formalismo do rito dos países de tradição jurídica da *common law*, especialmente Estados Unidos, ofereciam as condições jurídicas necessárias para que as partes pudessem negociar os termos da culpa penal, sem incorrer em violação à garantia fundamental do devido processo. Para que um acordo seja válido, existem regras a serem observadas. Apesar das críticas, os acordos (que não se limitam a processos menos graves nos EUA) representam um número absoluto de casos penais resolvidos e, diferentemente de outros ordenamentos, suas cláusulas são mais abertas, isto é, fica a critério das partes os termos do acordo, sem limitação legal; aqui, o tempo de prisão é um item de destaque na *plea bargain* (GIACOMOLLI, 2016a, p. 317-320).

Por influência norte-americana, muitos ordenamentos passaram a prever instrumentos de justiça negocial, mas nenhum tão flexível quanto a *plea bargain*. Trata-se de uma tendência mundial incontroversa a justiça penal negociais. Na Colômbia, *v.g.*, os termos do acordo (benefícios ao acusado) variam se ele for firmado antes ou depois do oferecimento da denúncia; aqui, também se busca a justiça restaurativa, por meio da participação da vítima, que irá concordar ou não com o acordo (BRANDALISE, 2019).

Algumas questões relativas ao acordo dizem respeito à flexibilização da obrigatoriedade da ação penal, ao (possível) prejuízo da tutela do direito fundamental à segurança pública e das garantias processuais penais do acusado, pois estaria sendo punido sem ser submetido a um justo processo.

Para responder a alguns desses questionamentos, é preciso se ter em conta que nenhum direito fundamental é absoluto, ademais, é preciso se distinguir entre regras e princípios para se saber quando será empregada a ponderação com o fito de dirimir eventuais conflitos. Trata-se de

uma distinção importante em razão de suas consequências práticas, isto é, resolver os problemas decorrentes da interpretação e aplicação das normas constitucionais aqui em debate, sem adentrar na seara infraconstitucional. Princípios seriam ideias gerais, orientadoras de um ordenamento jurídico, passíveis de ponderação em caso de conflito, mas com pouca coercibilidade; regras, por sua vez, teriam um caráter mais objetivo, de observância obrigatória e não podem ser flexibilizados, pois, havendo conflito entre elas, cabe examinar qual delas é válida ao caso concreto, conforme outras normas que regem o ordenamento jurídico (ALEXY, 2008, p. 85-94). Portanto, no presente estudo, é necessário se diferenciar o que seriam princípios e regras e se, no caso concreto, quais seriam os ditos conflitos e eventuais prejuízos.

A efetividade do sistema penal não é sinônimo de aprisionamento, sendo este um mero símbolo popular (MENDES, 2017), logo, trata-se de um princípio que pode ser flexibilizado em prol de outras alternativas mais adequadas e que também não conflitam com outros princípios, como o da dignidade da pessoa humana, esse protegido por meio de políticas de redução da população carcerária, além da defesa dos interesses da vítima, que se busca através de práticas de justiça restaurativa, ambos princípios que o acordo de não persecução penal visa tutelar.

Nesse sentido, ao se analisar a constitucionalidade das inovações introduzidas pelo acordo de não persecução penal, é preciso se levar em consideração não apenas as partes diretamente relacionadas, mas sim todas aquelas que podem sofrer consequências desse novel instituto, sendo a vítima uma delas, por exemplo, motivo pelo qual a vítima é informada da realização desse acordo, ainda que sua concordância não seja requisito para a sua elaboração. Trata-se de se proceder a uma leitura constitucionalmente democrática do ordenamento jurídico, cujas disposições normativas não se restringem à seara dos operadores do Direito. Não existe apenas um argumento fechado, devendo-se analisar, com a maior amplitude possível, seus efeitos buscando-se mais legitimidade e aceitação da norma analisada por parte de seus destinatários finais (COELHO, 1998).

Toda regra visa assegurar a eficácia normativa de um princípio, neste caso, a obrigatoriedade da ação penal seria uma regra que buscava tutelar a segurança pública, como visto, contudo, a sua mitigação, através de outros instrumentos mais eficazes de política criminal, não seria ilegítimo, pois seria tutelado o bem maior por detrás, além de resguardar outros princípios e garantias, tanto individuais quanto coletivos, de maior hierarquia. Não há que se falar em impunidade, ou argumentos afins, se

houver uma concreta resposta estatal ao crime e ela for proporcional à gravidade do ilícito. O que não pode ocorrer é uma total discricionariedade de escolher qual crime punir, como ocorre com os instrumentos de justiça penal norte-americano, por exemplo.

5. CONCLUSÃO

O código de processo penal brasileiro data de 1941 e sua redação foi influenciada pelo Código Rocco de matriz fascista, com primazia da tutela dos direitos da coletividade em detrimento dos direitos individuais, em oposição a um Estado liberal. Dessa forma, caberia aos órgãos de persecução penal investigar e punir todo delito do qual tivessem conhecimento, independentemente das consequências, não havendo qualquer espaço de discricionariedade, seja da autoridade policial ou do Ministério Público, em focar seus esforços no combate aos crimes graves ou de maior relevância social. Desse pensamento explica o princípio da obrigatoriedade da ação penal pública incondicionada, pois sequer a vontade da vítima é um impeditivo ao ajuizamento da ação e o trâmite processual.

No entanto, nos Estados Unidos, já nessa época, foi verificado que o sistema judiciário penal estava em colapso, diante da impossibilidade de se dar uma resposta estatal oficial a todos os casos criminais, se observado o rito comum processual. Assim, com base em fundamentos políticos e jurídicos liberais e decorrente do procedimento adversarial, surgiu o *plea bargain*, instituto que possibilitou que acusação e defesa pudessem firmar acordos penais, cujos termos envolviam a admissão de culpa e, até mesmo, o tempo de prisão, sem a necessidade do trâmite de todo um processo custo e sem o exame do mérito desse acordo pelo Judiciário, a quem compete o exame apenas dos requisitos formais, especialmente a voluntariedade. Paulatinamente, o modelo de justiça penal negocial norte-americano passou a influenciar outros ordenamentos jurídicos, com resistência natural àqueles de tradição *civil law*, como o Brasil, que demoraram a adotar instrumentos de justiça negocial, como a transação penal, introduzida apenas em 1995.

A obrigatoriedade da ação penal é uma regra processual que buscava tutelar o princípio da segurança pública quando criada, porém, hoje, ela deve ser revista em prol de instrumentos mais eficazes e com o mesmo objetivo, pois as bases principiológicas de 1941 não mais se encontravam

presentes, além de outros fatores igualmente relevantes, como a necessidade de se desafogar o Judiciário e a otimização dos recursos públicos, concentrando-os no combate à criminalidade organizada e crimes graves, Além disso, procurou-se reforçar políticas de justiça restaurativa, por meio da reintrodução da vítima, pois a reparação dos danos é um das principais obrigações do acordo.

Como se trata de um instituto muito recente, não é possível se fazer uma análise mais profunda de sua recepção, contudo, embora haja críticas de parte da doutrina brasileira, não se pode mais menosprezar que a justiça penal negocial é uma realidade no Brasil.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

BOSCHI, José Antônio Paganella. Ação penal: as fases administrativa e judicial da persecução penal. Porto Alegre; Livraria do Advogado, 2010.

BRANDALISE, Rodrigo da Silva. O consenso processual penal analisado a partir de hipóteses negociais colombianas. Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, n. 71, pp. 223-237, jan./mar. 2019.

BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. Resolução nº. 181, de 7 de agosto de 2017. Dispõe sobre a instauração e tramitação do procedimento investigatório criminal a cargo do Ministério Público. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resoluo-181-1.pdf>. Acesso em: 30 abr. 2020.

BRASIL. Projeto de Lei nº. 882, de 19 de fevereiro de 2019. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2178170>. Acesso em: 30 abr. 2020.

BRASIL. Projeto de Lei nº. 10.372, de 06 de junho de 2018. Introduce modificações na legislação penal e processual penal para aperfeiçoar o combate ao crime organizado, aos delitos de tráfico de drogas, tráfico de armas e milícia privada, aos crimes cometidos com violência ou grave ameaça e crimes hediondos, bem como para agilizar e modernizar a investigação criminal e a persecução penal.

Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2178170>. Acesso em: 30 abr. 2020.

COELHO, Inocêncio Martires. As ideias de Peter Häberle e a abertura da interpretação constitucional no direito brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, Universidade de Brasília, a. 35, n. 137, pp. 157-164, jan./mar. 1998

DUCLERC, Elmir. *Introdução aos fundamentos do direito processual penal*. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.

FAYET JÚNIOR, Ney; VARELA, Amanda Gualtieri. A ação (penal) privada subsidiária da pública: das vantagens e desvantagens da participação do ofendido na atividade jurídico-penal. Porto Alegre: Elegancia Juris, 2014.

GIACOMOLLI, Nereu José. O devido processo penal: abordagem conforme a CF e o Pacto de São José da Costa Rica. 3. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Atlas, 2016.

GIACOMOLLI, Nereu José. A vítima no processo penal. In: GIACOMOLLI, Nereu José; SCHNEIDER, Nathalia Beduhn; SCARTON, Carolina Llantada Seibel (org.). *Processo penal contemporâneo em debate*. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.

LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional – v. I*. 5. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

MENDES, Soraia da Rosa. Editorial dossiê “Colaboração premiada e justiça criminal negocial”: novos e múltiplos olhares. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 3, n. 1, p. 31-38, jan./abr. 2017.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 11. ed. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. Não-obrigatoriedade e acordo penal na Resolução 181/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público. *Boletim do IBCCrim*, São Paulo, *Revista dos Tribunais*, a. 25, n. 299, p. 7-9, out. 2017.



**O ADVENTO DO JUIZ DE GARANTIAS
COMO FORMA DE FORTALECIMENTO
DO SISTEMA ACUSATÓRIO**

THE ADVENT OF THE JUDGE OF
GUARANTEE AS A FORM OF
STRENGTHENING THE ACCUSATORY SYSTEM

LEONARDO BOCCHI COSTA¹

Resumo: O presente estudo tem como finalidade a discussão acerca da importância do advento do juiz de garantias para o fortalecimento do sistema acusatório por meio da garantia ao princípio da imparcialidade do julgador. Para isso, será abordada, inicialmente, a relação entre o novo paradigma jurídico trazido pela Constituição Federal de 1988 e o sistema penal garantista adotado pelo ordenamento jurídico desde então. A partir desse raciocínio, o sistema acusatório será discutido como uma decorrência do garantismo exteriorizado pela Carta Magna e a sua relação com o princípio da imparcialidade. Por fim, as inovações jurídicas trazidas pelo Pacote Anticrime serão abordadas, a fim de se discutir o fortalecimento do sistema acusatório, por meio de uma previsão infraconstitucional expressa nesse sentido, bem como o advento de mecanismos de cunho garantista, como o juiz de garantias. Diante da discussão, pôde-se concluir que a figura do juiz de garantias é essencial para a garantia de um julgamento imparcial, a fim de que se evite o contato entre o julgador do caso e os elementos informativos juntados pela acusação durante a investigação preliminar. Utilizaram-se como métodos de abordagem o método dedutivo, bem como a pesquisa indireta bibliográfica.

1 Graduando em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP); E-mail: leonardo.bocchi@hotmail.com; Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1266896615620006>

Palavras-chave: Juiz de Garantias; Investigação preliminar; Princípio da Imparcialidade; Sistema acusatório.

Abstract: The present study aims to discuss the importance of the advent of the guarantor judge to strengthen the accusatory system by guaranteeing the principle of the judge's impartiality. For this purpose, the relationship between the new legal paradigm brought by the Federal Constitution of 1988 and the guarantor penal system adopted by the legal system since then will be addressed. Based on this reasoning, the accusatory system will be discussed as a result of the guaranteeism externalized by the Constitution and its relation to the principle of impartiality. Finally, the legal innovations brought by the Anticrime Package will be addressed, in order to discuss the strengthening of the accusatory system, through an infra-constitutional provision expressed in this sense, as well as the advent of guarantee mechanisms, such as the guarantor judge. In view of the discussion, it was concluded that the guarantee judge is essential to guarantee an impartial judgment, in order to avoid contact between the judge of the case and the elements of information taken during the preliminary investigation. The deductive method and indirect bibliographic research were used as methods of approach.

Keywords: Guarantee Judge; Preliminary investigation; Principle of Impartiality; Accusatory system

1. INTRODUÇÃO

O princípio da imparcialidade é considerado um dos pilares da atividade jurisdicional brasileira, tendo seu valor ainda mais elevado quando se trata da jurisdição criminal, quando o direito à liberdade do sujeito passivo processual está em jogo. A presente pesquisa abordará o sistema penal garantista adotado pela Constituição Federal de 1988 e as decorrências axiológicas de tal acolhimento, tendo em vista que o garantismo tem relações diretas com o sistema acusatório e este, com o princípio da imparcialidade.

O contato do julgador criminal com os elementos informativos colhidos durante a investigação preliminar será analisado à luz da teoria da dissonância cognitiva, buscando comprovar a influência gerada pelos potenciais elementos probatórios gerados pela acusação sobre a concepção do julgador sobre o caso analisado judicialmente. Nesse mesmo sentido, a

valoração dada pelo julgador às provas apresentadas pela defesa do acusado será abordada, tendo em vista a logística da persecução penal, em que primeiro são colhidos os elementos informativos e, somente após a instauração da ação penal, será oportunizada a defesa técnica ao acusado.

Por fim, o advento do juiz de garantias trazido pela aprovação do Pacote Anticrime pelo Congresso Nacional será discutido, buscando demonstrar a importância da separação entre o juiz de garantias e o juiz processual, a fim de que se mantenha imaculada a imparcialidade do julgador, visando a se garantir um julgamento justo e sem disparidades entre a atuação das partes para o convencimento do juiz.

2. GARANTISMO PENAL E O SISTEMA ACUSATÓRIO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A Constituição Federal de 1988 trouxe consigo eminentes mudanças nos valores essenciais adotados pelo Estado brasileiro, que, à época, vinha de recente rompimento com uma ordem vigente autoritária e que violava deliberadamente os direitos individuais dos seus cidadãos. Buscando representar uma mudança jurídica sólida no sentido da promoção e do protagonismo dos direitos fundamentais na ordem jurídica pátria, Carta Magna estatuiu, em seu artigo 1º, o Estado Democrático de Direito em que se instala a República Federativa do Brasil. Ainda por cima, no mesmo artigo, em seu inciso III, positiva o princípio da dignidade da pessoa humana como princípio fundamental do Estado Democrático de Direito brasileiro (BRASIL, 1988).

Ao elevar a dignidade da pessoa humana como um dos princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito brasileiro, a Carta Magna busca nitidamente trazer protagonismo aos direitos fundamentais, tendo em vista que tais direitos constituem “uma categoria jurídica, constitucionalmente erigida e vocacionada à proteção da dignidade humana em todas as dimensões” (ARAUJO; NUNES JÚNIOR, 2016, p. 151). De tal modo, o princípio da dignidade da pessoa humana estender-se-á a todas as searas jurídicas pátrias, por meio da promoção aos direitos fundamentais, que deverão ser devidamente observados pelo Estado (eficácia vertical) e pelos próprios indivíduos (eficácia horizontal).

O sistema penal a ser estabelecido pelo Estado brasileiro deve ser, portanto, compatível com as finalidades do Estado Democrático de

Direito e o princípio da dignidade da pessoa humana. Visando à maior compreensão acerca do sistema penal delineado pela Constituição Federal de 1988, faz-se indispensável a abordagem de alguns dispositivos que se encontram no artigo 5º da Carta Maior, que podem ser compreendidos como o alicerce do sistema penal brasileiro. O inciso LVII prevê que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” (BRASIL, 1988), positivando no texto constitucional o princípio da presunção de inocência.

Ao mesmo tempo, o inciso XLV garante que “nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido” (BRASIL, 1988), explicitando no texto constitucional o princípio da responsabilidade pessoal ou também conhecido como princípio da intranscendência. Sem prejuízo, a Constituição Federal, em seu inciso XXXIX do artigo 5º, prevê que “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal” (BRASIL, 1988), positivando no texto constitucional o princípio da legalidade. E, por fim, no inciso LV do artigo 5º, a Carta Magna garante que aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral serão assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes, consagrando, de tal maneira, os princípios da ampla defesa e do contraditório.

Os princípios constitucionais ligados ao exercício do Direito Penal indiciam, por si só, a delimitação de um sistema humanizado, compatível com as finalidades da Carta Magna e, a sua característica mais importante, garantista. O Garantismo Penal diz respeito a um modelo normativo de direito que obedece à estrita legalidade, típico do Estado Democrático de Direito, “voltado a minimizar a violência e maximizar a liberdade, impondo limites à função punitiva do Estado. Busca representar o equilíbrio entre os modelos do abolicionismo e do direito penal máximo” (NUCCI, 2014, p. 358).

Além dos princípios expressamente positivados pela Constituição, outros valores são previstos implicitamente pela própria Carta Magna e nas disposições infraconstitucionais, buscando confirmar o caráter garantista do sistema penal brasileiro. Como exemplo de um princípio garantista previsto implicitamente na Constituição Federal, encontra-se o princípio acusatório ou da separação entre juiz e acusação (FERRAJOLI, 2002, p. 75). O sistema acusatório é caracterizado pela separação entre as funções de acusar e julgar, retirando do magistrado as funções persecu-

tórias e, em consequência, resguardando-lhe a imparcialidade, que constitui nota fundamental do processo e, frise-se, característica fundamental do sistema acusatório (RANGEL, 2015, p. 59). Ao atribuir privativamente ao Ministério Público a função de promover a ação penal pública, em seu artigo 129, I, a Constituição Federal separa as funções de acusar e julgar, adotando formalmente o sistema processual penal acusatório.

3. O PRINCÍPIO DA IMPARCIALIDADE COMO DECORRÊNCIA DA PRÓPRIA NATUREZA JURÍDICA DO PROCESSO

O princípio da imparcialidade é tido pela doutrina processualista como um dos valores essenciais da atividade jurisdicional. Apesar de tal conteúdo axiológico não se encontrar previsto expressamente pela Constituição Federal, defende-se que sua defesa seja uma das facetas do princípio constitucional do juiz natural (art. 5º, XXXVII, CF) e consequência lógica da adoção da própria natureza jurídica do processo, que é considerado uma forma de heterocomposição “por meio da qual um terceiro imparcial substitui a autonomia das partes, justamente a posição que o Estado ocupa no processo, por via do juiz” (CAVALCANTI, 2016).

Nesse sentido, não se pode admitir um juízo parcial. Se o Estado chamou para si a tarefa de dar a cada um o que é seu, “essa missão não seria cumprida se, no processo, quer civil, quer penal, não houvesse imparcialidade do juiz” (TOURINHO FILHO, 2012, p. 63). A imparcialidade não se confunde com a mera ausência pelo juiz de condição de parte na relação jurídica processual, o que Werner Goldschmidt definirá como “partialidad” (GOLDSCHMIDT, 1950), mas diz respeito, além disso, à posição de terceiro que o Estado ocupa no processo, por meio do juiz, atuando como órgão supraordenado às partes ativa e passiva, com um olhar alheio aos interesses das partes na causa (LOPES JÚNIOR, 2012, p. 187).

O fato de o julgador não habitar nenhum dos polos na relação jurídica processual é mero pressuposto para que a imparcialidade seja garantida, tendo em vista que só se pode confiar na imparcialidade de quem não é parte (GOLDSCHMIDT, 1950). A imparcialidade diz respeito, com efeito, a um estado pessoal anímico do juiz, à ausência de pré-juízos acerca de determinado assunto de que é conhecedor e que venha a influir em sua convicção no caso concreto (CAVALCANTI, 2016).

4. A ATUAÇÃO DO JUIZ NA INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR COMO REGRA DE EXCLUSÃO DE COMPETÊNCIA NO PROCESSO PENAL E O PRINCÍPIO DA IMPARCIALIDADE

A Lei 13.964/2019 trouxe consigo grandes inovações no que diz respeito à atividade jurisdicional criminal brasileira, com várias alterações de cunho claramente garantista, com a promoção do sistema acusatório. As reformas no Código de Processo Penal trouxeram, antes de tudo, uma previsão expressa da adoção do sistema processual penal acusatório pelo ordenamento jurídico brasileiro, positivado no artigo 3º-A do CPP (BRASIL, 1941). Além disso, a reforma legislativa trouxe consigo a figura do juiz de garantias, dividindo a função jurisdicional na persecução penal em dois momentos: a fase investigativa e a processual. O juiz que praticar qualquer ato processual durante a fase de investigação ficará impedido de atuar na fase processual, nos termos do artigo 3º-D do mesmo diploma legal.

O chamado Pacote Anticrime (Lei 13.964/2019) positivou, além disso, a tese adotada há muito tempo na doutrina acerca da atuação do julgador durante a fase de investigação, pela qual, em respeito à separação de funções do sistema acusatório (CAVALCANTI, 2016), o julgador deve atuar apenas “como controlador da legalidade e garantidor do respeito aos direitos fundamentais do indiciado” (LOPES JÚNIOR, 2001, p. 151). Nesse sentido, qualquer atuação de ofício pelo juiz, seja para a decretação de medidas cautelares ou a determinação de diligências investigativas, deve ser compreendida como ilegítima (PACELLI, 2014, p. 891) e violadora do sistema acusatório estabelecido no ordenamento jurídico brasileiro.

Em clara guinada do legislador ao sistema acusatório, o Código de Processo Penal brasileiro passa a prever, em seu artigo 3º-B, que o juiz das garantias é o responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais cuja franquia tenha sido reservada à autorização prévia do Poder Judiciário. Somando tal disposição à norma prevista pelo artigo 3º-A, segundo a qual é vedada a iniciativa do juiz na fase de investigação, percebe-se que resta absolutamente prejudicada a atuação *ex officio* pelo julgador em prejuízo do réu na fase de investigação, devendo haver atuação jurisdicional somente para o controle da legalidade da investigação e para garantir o respeito aos direitos fundamentais do indiciado.

4.1. SOBRE A IMPORTÂNCIA DA FIGURA DO JUIZ DE GARANTIAS PARA UM JULGAMENTO IMPARCIAL

A novidade trazida pela previsão da figura do juiz de garantias é o impedimento de atuação durante a fase processual ao julgador que de alguma forma teve contato com a investigação preliminar, praticando atos processuais que lhe competiam. Tal previsão de impedimento é essencial para que se garanta um juízo imparcial durante a fase processual e, conseqüentemente, um julgamento justo. Isso porque a finalidade da inovação ora abordada é a garantia de que o julgador não se contamine com o que foi apurado na fase de colheita de informações, a fim de que se mantenha a imparcialidade do julgador e que ocorra posterior julgamento apenas dos elementos que se encontram nos autos do processo (RANGEL, 2015, p. 62).

A contaminação do julgador pelos elementos informativos colhidos durante a fase investigativa prejudica decisivamente a imparcialidade que se espera de um juiz, uma vez que, ao ter contato com provas produzidas exclusivamente pela acusação (já que a investigação defensiva é pouco disseminada no Direito brasileiro), o julgador será apresentado, na maioria das vezes, a elementos que terão como finalidade o desabono da imagem do indiciado, tendo em vista que a acusação buscará demonstrar o envolvimento do indiciado com o crime a ser julgado. Claramente há exceções à regra abordada, quando o próprio responsável pela acusação (Ministério Público ou o ofendido) solicita o arquivamento da investigação por falta de elementos probatórios que indiquem a materialidade do crime ou o envolvimento do indiciado com o delito etc.

Como a fase pré-processual da persecução penal não é atingida pelo princípio do contraditório, a defesa do réu e a possibilidade de demonstração de sua inocência restam prejudicadas, fato que gerará o contato do julgador apenas com os elementos que eventualmente incriminem o indiciado, mas não com os fatos que gerarão a dedução de sua inocência. Ao ser apresentado à pior face do indiciado, o julgador poderá chegar a pré-julgamentos que o levarão a considerar o indiciado culpado pelo crime antes da apreciação dos elementos probatórios apresentados pela defesa. É nesse sentido que entra em cena a teoria da dissonância cognitiva.

A teoria da dissonância cognitiva, desenvolvida pelo psicólogo Leon Festinger, parte do pressuposto de que cada pessoa ambiciona um equilíbrio em seu sistema cognitivo, por meio de relações harmônicas entre seu conhecimento e suas opiniões. Com efeito, o indivíduo con-

diciona a busca por novas informações à obtenção de informações que confirmem seu ponto de vista pré-concebido, o que pode se dar tanto pela coleta de informações em consonância com a hipótese, quanto pela de informações dissonantes facilmente refutáveis, vale dizer, informações dissonantes que, ao serem refutadas, atuem com efeitos ratificadores sobre a hipótese pré-concebida (SCHÜNEMANN, 2012).

Essa teoria entra em contexto no Direito Processual Penal ao se buscar a abordagem acerca de situações em que ocorre pouca valoração das provas apresentadas pela defesa ao juiz em face da maior consideração pelo julgador dos elementos informativos juntados pela acusação. Para a comprovação acerca da aplicabilidade da teoria da dissonância cognitiva, o acadêmico Bernd Schünemann elaborou uma pesquisa de campo, submetendo diferentes julgadores ao mesmo caso, com a diferença de que alguns obteriam acesso aos elementos informativos do inquérito policial antes da audiência de instrução e outros não. Ao final da experiência, verificou-se que todos os julgadores que foram apresentados aos elementos informativos antes da audiência de instrução e julgamento condenaram o réu, ao passo que mais da metade dos julgadores que não tiveram acesso ao inquérito policial absolveram o imputado (SCHÜNEMANN, 2012).

A pesquisa de campo desenvolvida por Bernd Schünemann comprova o comprometimento da imparcialidade do julgador ao entrar em contato com os elementos informativos da investigação preliminar, de modo que se prejudica o princípio do contraditório quando o réu acaba por ser condenado, mesmo que indiretamente, por elementos colhidos durante a fase pré-processual, de modo que, mesmo após sua submissão ao contraditório, a impressão gerada pela informação colhida pela acusação não será alterada na psique do julgador, tendo em vista a dissonância cognitiva sofrida por ele.

5. CONCLUSÃO

Pôde-se concluir, após o desenvolvimento do raciocínio trazido pelo presente estudo, que o contato do julgador com os elementos informativos colhidos pela acusação em sede de investigação preliminar prejudica decisivamente a imparcialidade que se espera de um juiz criminal, de modo a prejudicar os princípios do contraditório e da ampla defesa, que restam tolhidos pelas preconcepções que acabam por envolver os julgadores que acessam os elementos informativos do inquérito policial.

A figura do juiz de garantias e o consequente impedimento de sua atuação durante a fase processual da persecução penal apresentam-se como uma forma de equalizar a relação jurídica processual penal, de modo que se garanta a paridade de armas entre as partes, a fim de que a defesa não tenha seus elementos probatórios desvalorizados por conta das preconcepções que eventualmente venham a habitar o psicológico do julgador.

Com isso, compreende-se que, em decorrência do sistema penal garantista e do sistema acusatório, o legislador há de prezar pela garantia de um julgamento imparcial às partes de um processo criminal, de modo que a reforma trazida pelo Pacote Anticrime demonstra a preocupação legislativa em promover um embate paritário e equânime entre as partes processuais, a fim de que o juiz não tenha sua imparcialidade violada pelo contato com elementos pré-processuais que venham a prejudicar a atuação da defesa do acusado.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. Curso de Direito Constitucional. 20. ed. São Paulo: VERBATIM, 2016. 655 p.

BRASIL. Constituição Federal. Brasília: Assembleia Nacional Constituinte, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em: 20 abr. 2020.

BRASIL. Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Rio de Janeiro, RJ, 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm Acesso em: 20 abr. 2020.

CAVALCANTI, Danielle Souza de Andrade e Silva. O Juiz das garantias na investigação preliminar criminal. Revista Jurídica da Seção Judiciária de Pernambuco, n. 9, p. 15-40, 2016.

FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. 766 p.

GOLDSCHMIDT, Werner. La imparcialidade como princípio básico del proceso: la parcialidad y la parcialidad. Revista de Derecho Procesal, n. 2, 1950.

LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. 1384 p.

LOPES JÚNIOR, Aury. *Sistemas de Investigação Preliminar no Processo Penal*. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. 347 p.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Curso de Direito Penal*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. 1182 p.

PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2014. 1067 p.

RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2015. 1151 p.

SCHÜNEMANN, Bernd. O juiz como um terceiro manipulado no processo penal? Uma confirmação empírica dos efeitos perseverança e correspondência comportamental. *Revista Liberdades*, n. 11, 2012.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. 715 p.



**O PROJETO “TELE MARIA DA PENHA/UNISC” NO
ENFRENTAMENTO DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E
FAMILIAR DURANTE A PANDEMIA DE COVID-19**
THE “TELE MARIA DA PENHA/UNISC” PROJECT
ON THE COPING OF DOMESTIC AND FAMILIAR
VIOLENCE DURING THE COVID-19 PANDEMIC

CAMILA ALVES NEMECEK¹

EDUARDO RITT²

Resumo: A violência doméstica e familiar contra a mulher é um grande problema social. Em tempos de pandemia pelo Covid-19, os dados demonstram um crescimento na violência doméstica. Como enfrentar tal situação? O artigo visa demonstrar o aumento da violência doméstica e indicar a necessidade da sociedade civil em auxiliar no combate de tal violência, indicando o projeto de extensão “Tele Maria da Penha/UNISC”, vinculado à Pró-Reitoria Acadêmica da Universidade de Santa Cruz Do Sul – UNISC, como uma forma de contribuição efetiva. O estudo utilizou o método dedutivo de abordagem e sociológico de interpretação. Concluiu-se que o projeto é, assim, mais um instrumento importante no enfrentamento da violência contra a mulher, elucidando

1 Acadêmica do nono semestre do Curso de Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul/UNISC e bolsista de extensão – PROEXT. E-mail: camilanemecek@mx2.unisc.br.

2 Promotor de Justiça no Ministério Público do Rio Grande do Sul desde 1991, atuando na Promotoria de Justiça Criminal de Santa Cruz do Sul – RS desde 1998. Possui graduação em Curso de Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC (1990) e mestrado em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC (2000). É professor do Curso de Direito da UNISC e Coordenador do Projeto de Extensão: “Violência Doméstica e Familiar: Enfrentamento da Violência de Gênero”, que é desenvolvido pela Universidade de Santa Cruz – UNISC, na mesma cidade. E-mail: eritt@unisc.br.

o engajamento de professores e alunos do Curso de Direito da UNISC e demonstrando que a sociedade civil pode participar do enfrentamento da violência doméstica e familiar contra a mulher.

Palavras-chave: Direitos fundamentais Pandemia, “Tele Maria da Penha”, Violência doméstica.

Abstract: Domestic and family violence against women is a major social problem. In the Coronavirus COVID-19 pandemic, the data shows an increase in domestic violence. How to face such a situation? The article aims at demonstrating the increase in domestic violence and indicate the need for civil society to assist in combating such violence, indicating the extension project “*Tele Maria da Penha /UNISC*”, which is linked to the Academic Dean of the University Santa Cruz Do Sul – UNISC, as a form of effective contribution. The study used the deductive and sociological method of interpretation. It was concluded that the project is, thus, another important instrument in the fight against violence against women, bringing to light the engagement of professors and students of the UNISC Law Course and, demonstrating that civil society can participate in the confrontation of domestic violence and family against women.

Keywords: Fundamental rights, Pandemic, “Tele Maria da Penha”, domestic violence.

1. INTRODUÇÃO

A violência doméstica e familiar contra a mulher é um grande e conhecido problema social, que aflige as mulheres brasileiras, sendo que o Estado e a sociedade ainda não conseguiram debelar esta grave enfermidade.

A chamada Lei Maria da Penha veio como instrumento legal para combater a violência, mas ainda precisa de uma aplicação mais forte por parte do ente público e da própria sociedade, que pode contribuir para tal enfrentamento.

Em tempos de pandemia de COVID-19, aparentemente há um aumento na violência doméstica, uma vez que a mulher está mais em contato com seu agressor. Como enfrentar tal situação?

A Universidade de Santa Cruz Do Sul – UNISC, pensando em tal situação, criou o projeto de extensão “*Tele Maria da Penha/UNISC*”, como uma forma de contribuição efetiva. O presente estudo pretende

abordar tal temática, utilizando-se do método dedutivo de abordagem e do sociológico como interpretação.

2. DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER

A ideia patriarcal ainda cultivada na sociedade, que enfatiza hierarquias de gêneros, caracterizando a mulher como posse do parceiro e, por conseguinte, expostas a situações abusivas e de violência, funciona como um verdadeiro aparato de naturalização da violência doméstica. Dias (2007, p. 20) refere: *“a ferida sara, os ossos quebrados se recuperam, o sangue seca, mas a perda da autoestima, o sentimento de menos valia, a depressão, essas são feridas que jamais cicatrizam”*.

Não obstante, a vítima, ao buscar a tutela do Ente Público, muitas vezes se depara com um serviço falho no intento de primar pela efetivação de direitos humanos e fundamentais, possuindo, não raras vezes, uma postura omissa de banalização à violência, seja por resistência a intervir na entidade familiar, seja por deixar de ver tais delitos como de segurança social:

A tendência de desqualificá-la tem origem na injustificável resistência em aceitar a interferência do Estado nas relações familiares. Nunca ninguém quis ver, nunca ninguém encarou com seriedade ou se preocupou em quantificar a violência que ocorre na esfera privada. Por serem delitos que acontecem dentro do lar, parece não afrontar a segurança social. Por isso seus números sempre foram subdimensionados. Foi esta postura omissiva que levou à banalização da violência doméstica, condenando à invisibilidade o crime de maior incidência no país. (DIAS, 2019, p. 9-10)

Nesse sentido, fomentou-se uma longa trajetória de lutas constantes realizadas por feministas e ativistas, em busca de segurança e proteção aos direitos das mulheres, sendo instituída no Brasil, em 07 de agosto de 2006, a Lei N° 11.340, conhecida como “Lei Maria da Penha”.

O dispositivo, em suma, surge no intento de ressignificar uma conduta que até então era naturalizada, e em resposta à crueldade sofrida todos os dias por milhares de mulheres no âmbito familiar. A legislação contempla um sistema de prevenção, proteção e assistência, estabelecendo competências e obrigações do Estado em âmbitos federais, estaduais e municipais.

A Lei Maria da Penha apresenta cinco formas de violência doméstica e familiar contra a mulher: a violência física (homicídio doloso, feminicídio, tentativa de homicídio, tentativa de feminicídio e lesão corporal); a violência psicológica (ameaça e constrangimento); a violência sexual (estupro, importunação sexual, assédio sexual, etc.); a violência patrimonial (violação à domicílio, supressão/retenção de documentos, etc) e, a violência moral (calúnia, injúria, difamação) (art. 7º).

Apesar dos indiscutíveis avanços trazidos pelo dispositivo, os números aumentam a cada ano no Brasil, tornando perceptível a fragilidade de seu alcance e de suas diretrizes, muitas vezes pela falta de atuação estatal ou mesmo da própria sociedade.

3. DA VIOLÊNCIA E SEU AUMENTO EM TEMPOS DE PANDEMIA DE COVID-19

Segundo Dias (2007, p. 16), independentemente do tipo de violência praticada, o lugar de maior ocorrência continua sendo dentro do próprio lar da vítima:

Segundo relatório da Organização Mundial da Saúde, a maioria da violência cometida contra a mulher ocorre dentro do lar ou junto à família, sendo o agressor o companheiro atual ou o anterior. E o pior. As mulheres agredidas ficam, em média, convivendo um período não inferior a dez anos com seus agressores. A conclusão é uma só: as mulheres nunca param de apanhar, sendo a sua casa o lugar mais perigoso para elas e para os filhos (DIAS, 2007, p. 16).

Observa-se que o ambiente doméstico, que deveria ser sinônimo de segurança e afeto, acaba por se tornar um local inóspito, onde a mulher se encontra sozinha e vulnerável às agressões perpetuadas. É real e perceptível a situação dessas mulheres, que dentro dos seus próprios lares vivem a sombra do medo e à iminência da violência.

Neste cenário, insurge a problemática da qual decorre este artigo; assola o mundo a pandemia de COVID-19, impondo medidas de isolamento social à grande parte das regiões. Delineia-se, assim, um quadro propício ao crescimento nos números de agressões, uma vez que não só aumentam as horas de permanência no ambiente doméstico, como ten-

dem a se fomentar situações conflituosas. Deste modo, insurge dúvida intransponível acerca das alternativas à disposição dessas vítimas para efetivar as denúncias.

Cavalcanti (2007, p. 29) destaca a relação de poder e da força física utilizada pelos agressores para subjugar as vítimas e mantê-las sob seu jugo. Nessa senda, percebe-se que a contextualização imposta pela pandemia pode vir a gerar instabilidade na sensação de poder buscada pelo agressor, de modo que uma simples divergência de opinião pode se transformar em agressões verbais e físicas, no anseio de mecanismos que o reafirmem enquanto provedor e detentor do lar.

Locais como trabalho, escola e amigos, que antes poderiam servir de refúgio à vítima, em razão da restrição de serviços passam a não existir, aumentando o poder de controle do agressor sobre suas vidas com a convivência ininterrupta.

Porém, o confinamento não é o único causador de grandes tensões no ambiente doméstico. Há várias possibilidades de gatilhos que têm seus efeitos acentuados durante o período de quarentena, que podem ser desencadeadores de comportamentos agressivos: aumento do desemprego e, por conseguinte, da pressão e do estresse com as preocupações de falta de dinheiro e da própria subsistência; aumento do consumo de álcool, sobrecarga de trabalho doméstico às mulheres, entre outros, decorrendo em picos de estresse e irritabilidade.

Sob esse prisma, vislumbra-se o aspecto cultural da violência, que pode ser inclusive transgeracional, onde se faz necessária a aplicação não só de políticas públicas ao seu enfrentamento, mas voltadas à prevenção, incorporando ao Estado um efetivo aparato material ao combate de tal criminalidade desde sua matriz.

Em outro ponto, a independência econômica e o reconhecimento da mulher enquanto sujeito de direitos e de capacidade civil há anos busca por isonomia de tratamento fática, uma vez que sua submissão ao companheiro e às situações abusivas é cotidiana. A Constituição Federal de 1988 garantiu tratamento isonômico entre os homens e as mulheres e, em seu art. 5º, inciso I, afirmando que “*homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição*”; outrossim, a terminologia “*isonomia*”, nestes casos, significa equiparação de direitos, com tratamento desigual aos desiguais (SOUZA; BARACHO, 2015, p. 100).

Conforme a autora, justifica-se o tratamento desigual dado à mulher uma vez que o fator discriminante é um reflexo do resquício ainda existente de uma sociedade machista e patriarcal.

Nesse sentido, nota-se que não bastasse a mulher carregar estigmas de potencialidades exíguas, lutando até hoje pela efetivação de seus direitos, em contextos como o atual, percebe-se latente a perseverança de juízos defasados (ou que deveriam estar), consoante dados apresentados por Bianchini (2020), a respeito dos efeitos da crise do Coronavírus no setor de empregos:

A violência doméstica é um tema notadamente relevante em tempos de pandemia, em primeiro lugar, porque a conjuntura socioeconômica atual tende a exacerbá-la. A perda de empregos decorrente da crise afeta especialmente mulheres, que se concentram no setor de serviços, o mais afetado pela crise. No Brasil, mulheres são mais sujeitas à informalidade do que homens. Mais de 90% dos trabalhadores domésticos, mais vulneráveis economicamente na crise, são mulheres, e mais de 70% são negros, indicando a maior precariedade do emprego da mulher negra (BIANCHINI, 2020)³.

Cavalcanti (2007, p. 31) vai além, ressaltando que o preconceito e a discriminação estão evidentes em dados socioeconômicos que indicam que as mulheres, principalmente as negras, são discriminadas no mercado de trabalho, quando não conseguem empregos ou ocupam cargos secundários, apesar de serem qualificadas; ou quando recebem salários inferiores, quando ocupam os mesmos cargos que os homens ou as mulheres brancas.

Diante disso, vislumbra-se inegável retrocesso social à medida que ainda latente certa tolerância à violência e aos conceitos depreciativos e estigmáticos, tornando insidiosa e invisível a luta contra a elevada posição do país nos casos de violência doméstica.

No Brasil, o Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos constatou alta de quase 9% nas denúncias realizadas no disque 180, destinado a denúncias de violência doméstica⁴. A Justiça Estadual

3 Combate à violência doméstica em tempos de pandemia: o papel do Direito. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-abr-24/direito-pos-graduacao-combate-violencia-domestica-tempos-pandemia#:~:text=A%20viol%C3%A4ncia%20dom%C3%A9stica%20%C3%A9%20um,o%20mais%20afetado%20pela%20crise>. Acesso em 04/06/2020.

4 MINISTÉRIO DA MULHER, DA FAMÍLIA E DOS DIREITOS HUMANOS. Coronavírus: sobe o número de ligações para canal de denúncia de violência doméstica na quarentena. Disponível em: <https://www.mdh.gov.br/todas-as-noticias/2020-2/marco/coronavirus-sobe-o-numero-de-ligacoes-para-canal-de-denuncia-de-violencia-domestica-na-quarentena>. Acesso em 04/06/2020.

do Rio de Janeiro, por sua vez, divulgou que o confinamento gerou um aumento de mais de 50% nos casos de violência doméstica⁵.

Já no Rio Grande do Sul os números não são menos entristecedores. Nesse período, houve aumento de 75% nos casos de feminicídio, saltando de 15 casos no 1º trimestre de 2019, para 26 casos no 1º trimestre de 2020, consoante levantamento realizado pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública⁶. Não obstante, o mesmo estudo realizado pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública observou que as denúncias de violência doméstica no Rio Grande do Sul registraram queda de 22,9% em março deste ano quando comparado ao mesmo período do ano passado, demonstrando a inexatidão dos registros administrativos. Quanto às medidas protetivas, é possível acompanhar através do Violentômetro⁷, o qual menciona as medidas deferidas no ano de 2020 em nosso Estado, que, até a data de 09 de junho de 2020, alcançam o número de 48.201.

Claro está que há dificuldade para as mulheres conseguir realizar as denúncias, o que pode ocorrer tanto pelo controle exercido pelo agressor quanto pela sensação de dependência econômica que o contexto impõe. Como consequência, a vítima vai perdendo ainda mais a autoestima e a autoconfiança, imergindo em pontos devastadores de violência.

4. PROJETO DE EXTENSÃO “TELE MARIA DA PENHA/UNISC”

Neste cenário, de obstáculos subjetivos e impactos ainda desconhecidos gerados pelo período de confinamento, é imprescindível a implementação de projetos e políticas públicas que visem a efetivação das medidas previstas em Lei, garantindo o período de isolamento livre de qualquer forma de violência. Também é importante que a própria sociedade auxilie o ente público no enfrentamento da violência doméstica.

5 G1. Casos de violência doméstica no RJ crescem 50% durante confinamento. Disponível em: <https://g1.globo.com/rj/rio-de-janeiro/noticia/2020/03/23/casos-de-violencia-domestica-no-rj-crescem-50percent-durante-confinamento.ghtml>. Acesso em 04/06/2020.

6 FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. Violência doméstica durante a pandemia de COVID-19. abr 2020. Disponível em <http://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2018/05/violencia-domestica-covid-19-v3.pdf>. Acesso em 09/04/2020.

7 Dispõe a quantidade de Medidas Protetivas emitidas no Estado do RS desde 01/01/2020 através de um violentômetro de fácil visualização, disponível em <<https://www.tjrs.jus.br/novo/violencia-domestica/>>. Acesso em 09/06/2020.

Tendo em vista a dificuldade para fazer denúncias de violência por conta própria nesse cenário, é necessário, de pronto, destacar a possibilidade de registro por terceiros que percebam a relação abusiva.

Não obstante, outras iniciativas têm sido implementadas pela sociedade civil organizada como forma de apoio às mulheres em situação de violência doméstica durante a pandemia.

Neste diapasão, com o intuito de direcionar as vítimas de violência doméstica sobre os seus direitos em caso de agressão, sejam elas físicas, psicológicas ou patrimoniais, criou-se o “*Tele Maria da Penha/UNISC*”.

O projeto de extensão, o qual é vinculado à Pró-Reitoria Acadêmica da Universidade de Santa Cruz Do Sul – UNISC visa proporcionar atendimento, por telefone, às vítimas de violência doméstica e familiar, orientando-as sobre as medidas a serem adotadas e, após, os encaminhamentos aos órgãos públicos da rede de proteção à mulher. O atendimento é feito por acadêmicos do Curso de Direito da UNISC, escolhidos entre aqueles que já cursaram áreas de Direito de família e Direito penal, orientados por professores também da área do Direito, e que passam por uma preparação específica.

O atendimento via *Call Center* tem por objetivo preservar possíveis exposições ao contágio de COVID-19 e, também, garante total sigilo quanto às informações e identidade da vítima. O principal objetivo do projeto é a promoção de um atendimento humanizado às mulheres vítimas de violência doméstica e familiar, buscando orientá-las quanto aos seus direitos, previstos na Constituição Federal, Lei Maria da Penha e demais legislações infraconstitucionais, tendo em vista que, mesmo após treze anos da entrada em vigor da Lei Maria da Penha, os casos envolvendo violência doméstica e familiar ainda são recorrentes em nossa sociedade.

Desse modo, ao acionar o “*Tele Maria da Penha/UNISC*”, a vítima é encaminhada para o atendimento, no qual as bolsistas de extensão responsáveis verificam se os fatos relatados são inerentes a esfera penal ou cível, prestando orientações quanto aos procedimentos a serem adotados, pedido de medidas protetivas, e encaminhamentos necessários (CREAS, Conselho Tutelar, Defensoria Pública, Gabinete de Assistência Judiciária, Escritório de Defesa dos Direitos da Mulher, entre outros), restando amplamente esclarecida quanto à todas as dúvidas e procedimentos.

Além disso, a experiência obtida pelos acadêmicos possibilitará, não só na frutificação de um sentimento de responsabilidade social, mas a participação em seminários acadêmicos, propagando o conhecimento adquirido.

A sociedade civil deve estar engajada no enfrentamento da violência doméstica e familiar contra a mulher, e as Universidades, como

partes importantes da sociedade, pelo corpo de docentes e discentes que possui, podem contribuir enormemente para tal desiderato, até pela responsabilidade social que possuem.

5. CONCLUSÃO

Disponibilizado de maneira gratuita e acessível à população, o “*Tele Maria da Penha/UNISC*” tornou-se um dos principais aliados da mulher no combate à violência doméstica e familiar durante esse período de quarentena, uma vez que o procedimento realizado é altamente sigiloso, proporcionando à vítima maior confiança, segurança e amparo ao esclarecer os meios adequados à resolução de sua situação conflituosa.

No que se refere ao cenário de confinamento, muito embora nos atenhamos a positivas prospecções de retorno à “normalidade” com a flexibilização do isolamento social, é preciso manter em evidência o estado de atenção à mulher. Isso porque, indubitavelmente, os rastros gerados pela pandemia poderão vir a acentuar vulnerabilidades econômicas e dificultar o cenário de rompimento da relação abusiva.

De todo modo, em face das múltiplas facetas contempladas pela violência doméstica, se faz impositivo buscar desenvolver diretrizes capazes de abranger, de forma ampla, políticas públicas regionais aptas a garantir os direitos fundamentais da mulher, tanto no combate de COVID-19, quanto no combate à violência doméstica, sendo que a sociedade civil, por meio de seus inúmeros agentes, também possui a responsabilidade de auxiliar o ente público no enfrentamento da violência doméstica.

Assim, o projeto de extensão “*Tele Maria da Penha/UNISC*” é mais um instrumento no enfrentamento da violência contra a mulher, trazendo o engajamento de professores e alunos do Curso de Direito da UNISC no necessário combate desta terrível enfermidade social, demonstrando que a sociedade civil deve estar engajada no enfrentamento da violência doméstica e familiar contra a mulher.

REFERÊNCIAS

BIANQUINI, Heloisa. *Combate à violência doméstica em tempos de pandemia: o papel do Direito*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-abr-24/di->

reito-pos-graduacao-combate-violencia-domestica-tempos-pandemia#:~:tex-
t=A%20viol%C3%Aancia%20dom%C3%A9stica%20%C3%A9%20um,o%20
mais%20afetado%20pela%20crise. Acesso em 08/06/2020.

CAVALCANTI, Stela Valéria Soares de Farias. *Violência Doméstica: análise da lei “Maria da Penha”, nº 11.340/06*. Salvador, BA: Edições PODIVM, 2007. Disponível em <http://ojs.fsg.br/index.php/direito/article/view/350/324>. Acesso em 12/06/2020.

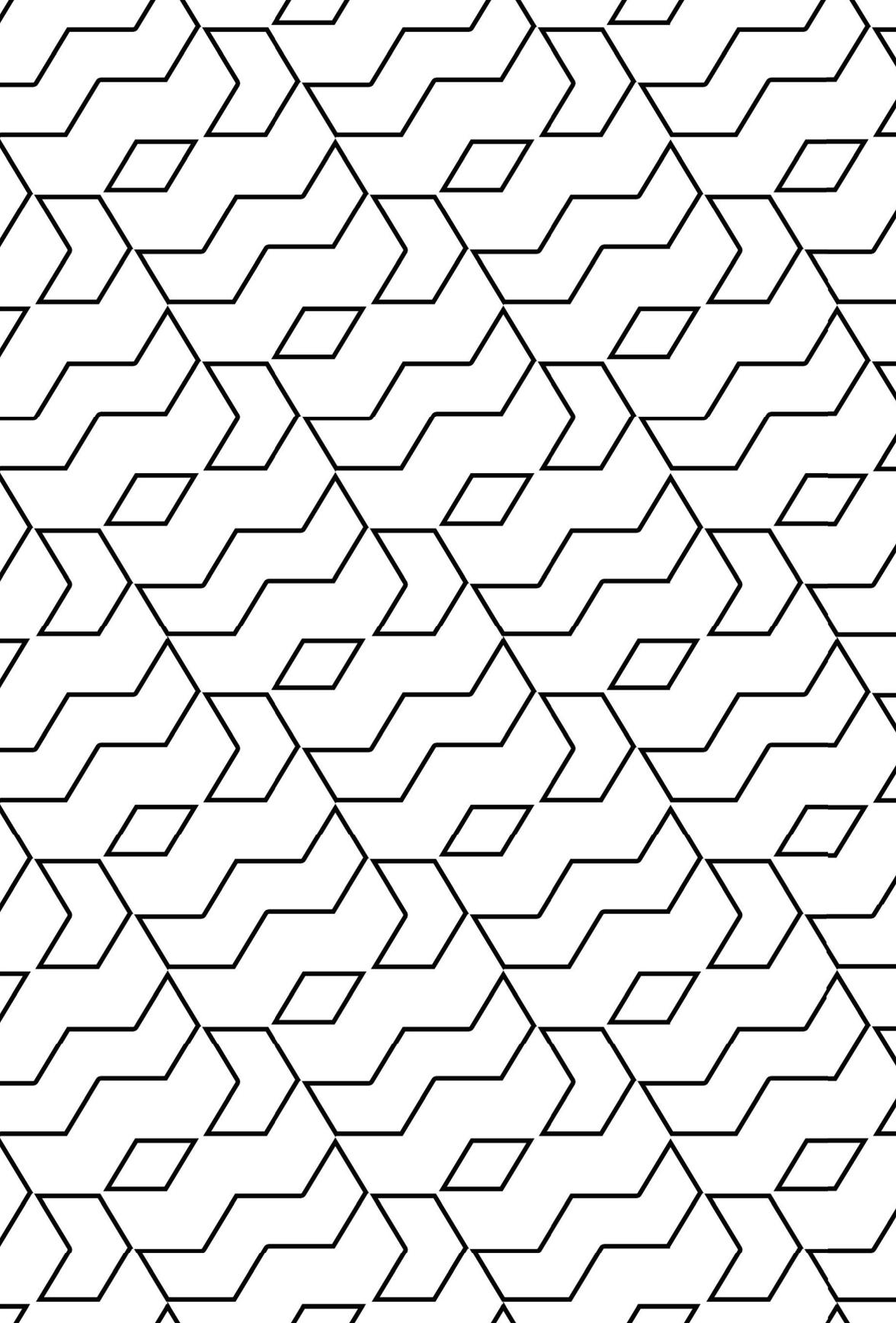
DIAS, Maria Berenice. *A Lei Maria da Penha na justiça: a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

_____. *A lei Maria da Penha na Justiça, 5ª edição*. Editora Juspodivm. Ago 2019.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. *Violência doméstica durante a pandemia de COVID-19*. abr 2020. Disponível em <http://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2018/05/violencia-domestica-covid-19-v3.pdf>. Acesso em 09/06/2020.

FRANCO, Luiza. *Violência contra a mulher: novos dados mostram que ‘não há lugar seguro no Brasil’*. Fev 2019. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-47365503>. Acesso em: 09/06/2020.

SOUZA, Mércia Cardoso; BARACHO, Luiz Fernando. *A LEI MARIA DA PENHA: ÉGIDE, EVOLUÇÃO E JURISPRUDÊNCIA NO BRASIL*. Revista Eletrônica do Curso de Direito. PUC Minas Serro, n. 11. Ago 2015. Disponível em <http://periodicos.pucminas.br/index.php/DireitoSerro/article/view/8695>. Acesso em 10/06/2020.





DIALÉTICA
EDITORA

Este livro foi impresso sob demanda, sem estoques. A tecnologia
POD (Print on Demand) utiliza os recursos naturais de forma
racional e inteligente, contribuindo para a preservação da natureza.

"Rico é aquele que sabe ter o suficiente"
(Lao Tze)