



Revista do

**Instituto de Direito
Constitucional e Cidadania**

v. 5 n. 2. ago./dez. 2020

ISSN: 2596-0075



Revista do Instituto de Direito Constitucional e Cidadania.
Londrina: 2018.

Semestral

Descrição baseada em: v. 5, v. 2, ago./dez. (2020).

ISSN: 2569-0075 (on-line).

A Revista do IDCC não assume a responsabilidade das ideias emitidas nos artigos publicados, cabendo-as exclusivamente aos autores. O conteúdo é publicado sob a licença Creative Commons Atribuição 4.0.

E-ISSN: 2596-0075

REVISTA DO
INSTITUTO DE DIREITO
CONSTITUCIONAL E CIDADANIA

VOLUME 5, NÚMERO 2, AGO./DEZ. 2020

EDITOR-CHEFE/EDITOR-IN-CHIEF
Prof. Dr. Zulmar Fachin

CONSELHO EDITORIAL/ADVISORY BOARD

Carlos Mário da Silva Velloso, Universidade Federal de Brasília, Brasília, Brasil
Pietro Jesús Lora Alarcón, Pontificia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, Brasil
Alexandre Coutinho Pagliarini, Centro Universitário Internacional, Curitiba, Brasil
Walter Cláudius Rothenburg, Centro Universitário de Bauru, Bauru, Brasil
Priscila Machado Martins, Universidad de los Andes, Santiago, Chile
Luiz Edson Fachin, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, Brasil
Luiz Alberto David Araújo, Pontificia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, Brasil
Gonçalo de Melo Bandeira, Escola Superior de Gestão, Barcelos, Portugal
Francisco Rezek, Centro Universitário de Brasília, Brasília, Brasil
Dalmo de Abreu Dallari, Universidade de São Paulo, São Paulo, Brasil
Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy, Centro Universitário de Brasília, Brasília, Brasil
Paulo Ferreira da Cunha, Universidade do Porto, Porto, Portugal

PARECERISTAS AD HOC/REVIEWERS

PARECERISTAS EXÓGENOS

Daniela Olimpo (UFJF)
Gabriela Werber de Oliveira (USP)
Natalia Oliveira (UFF)
Charles Nocelli (UFF)
Rafael Miranda Santos (UFSC)
Gilvan Luiz Hansen (UFF/UNIVIGO)
Eder Fernandes Mônica (UFF)

PARECERISTAS ENDÓGENOS

Bruna Azevedo de Castro (Centro
Educativo Integrado – CEI)
Samia Moda Cirino (Faculdades Londrina)
Fábio Fernandes Neves Benfatti (UEL)
José Alexandre Ricciardi Sbizerra
(Universidade Positivo)
Judith Aparecida S. Bedê (UNICESUMAR)
Natalia M^a Ventura da Silva Alfaya
(Faculdades Londrina)
Daniela Braga Paiano (UEL)
Roberto Wagner Marquesi (UEL)

ASSESSORIA TÉCNICA

Instituto de Direito Constitucional e Cidadania
Profa. Dra. Natalia Maria Ventura da Silva Alfaya
Sergio Luiz de Godoy

SUMÁRIO / CONTENTS

e015 - **EDITORIAL**

Zulmar Fachin

e001 - **A “FRAUDE DA LOCADORA” E SUAS IMPLICAÇÕES NO DIREITO PENAL DE ALFACE EM CANTEIRO, A CÉU ABERTO**

Michele Kuchar Matte, Karine Cordazzo

e002 - **A ANALOGIA JURÍDICA NA APLICAÇÃO DA REGULAMENTAÇÃO DE VISITAS AOS ANIMAIS DE ESTIMAÇÃO APÓS O DIVÓRCIO OU A DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL**

Adriano Fernandes Ferreira

e003 - **A FORMAÇÃO DO BACHAREL EM DIREITO: AS METODOLOGIAS ATIVAS DE APRENDIZAGEM COMO FERRAMENTA DE CONSTRUÇÃO DA CIDADANIA**

Mariana Fordellone Rosa Cruz

e004 - **A PARTICIPAÇÃO INDÍGENA NA CONSTRUÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS NA SOCIEDADE DO CONHECIMENTO**

Marília Rulli Stefanini

e005 - **BREVES REFLEXÕES SOBRE A INTERVENÇÃO DO ESTADO EM NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS NO SÉCULO XXI**

Murilo Teixeira Rainho, Natalia Maria Ventura da Silva Alfaya

e006 - **COMPLIANCE: A IMPLANTAÇÃO DE UM PROGRAMA DE INTEGRIDADE EM UMA OPERADORA DE PLANO DE SAÚDE**

Miguel Rafael da Silva Souza Filho, Maria Marconiete Fernandes Pereira

e007 - **GLOBALIZAÇÃO ECONÔMICA: INTERFACES PARA A EFETIVAÇÃO DO DIREITO SOCIAL DO TRABALHO**

Amanda Lorena Ferreira Silverio, Rene Sampar

e008 - **INSTRUMENTOS PROCEDIMENTAIS NO ESTADO SOCIOAMBIENTAL E DEMOCRÁTICO DE DIREITO**

Janderson de Paula Souza, Loreci Gottschalk Nolasco

e009 - **LIBRA: O PROJETO MAIS AMBICIOSO DA REDE SOCIAL FACEBOOK**

Giovana Benedita Jáber Rossini Ramos, Catharina Martinez Heinrich Ferrer, Galdino Luiz Ramos Júnior

e010 - **O NOVO DIREITO CONSTITUCIONAL DE PROTEÇÃO AO CONSUMIDOR: POLÍTICAS PÚBLICAS E JUDICIÁRIO**

Alexandre Coutinho Pagliarini, Maria Fernanda A. S. H. Teixeira

e011 - **PARA ALÉM DOS DIREITOS HUMANOS: PODE O CONTROLE JURISDICIONAL DE CONVENCIONALIDADE SERVIR COMO UM INSTRUMENTO DE PROTEÇÃO AOS DIREITOS DA PERSONALIDADE?**

Carlos Alexandre Moraes, Juliani Bruna Leite Silva

e012 - **DIREITO E FILOSOFIA DA CIÊNCIA: PARA PENSAR AS PESQUISAS EM DIREITO, SOCIEDADE E TECNOLOGIAS A PARTIR DE GASTON BACHELARD**

Vinícius da Silva Borba, José Alexandre Ricciardi Sbizera

e013 - **SISTEMAS DE IMPEACHMENT NO BRASIL EM NÍVEL NACIONAL E SUBNACIONAL: BREVE PANORAMA COMPARATIVO**

Luís Fernando Sgarbossa, Geziela Iensue

e014 - **ASPECTOS TECNOLÓGICOS DA “TINY HOUSE” E SUA REGULAMENTAÇÃO NO BRASIL FRENTE À SUSTENTABILIDADE SOCIOAMBIENTAL**

Patricia Etsuko Issonaga, Deise Marcelino da Silva

EDITORIAL

Zulmar Fachin*

*Doutor em Direito Constitucional (UFPR). Professor de Direito Constitucional na Universidade Estadual de Londrina e no Programa de Mestrado e Doutorado da Unicesumar. Coordenador do Programa de Mestrado Profissional em "Direito, Sociedade e Tecnologias" da Escola de Direito das Faculdades Londrina. Editor da Revista de Direito Constitucional e Cidadania (IDCC). Advogado.

E-mail:
zulmarfachin@uol.com.br

Orcid:
<https://orcid.org/0000-0001-5514-5547>

Lattes:
<http://lattes.cnpq.br/8640721822545057>

Como citar FACHIN, Zulmar Antônio. Editorial. **Revista do Instituto de Direito Constitucional e Cidadania – IDCC**, Londrina, v. 5, n. 2, e015, ago/dez, 2020. ISSN: 2596-0075. DOI: 10.48159/revistadoidcc.v5n2.fachin

APRESENTAÇÃO

A Revista do Instituto de Direito Constitucional e Cidadania (IDCC) apresenta, neste ato, seu v. 6, n. 2. Há três anos seguidos e ininterruptos, a revista é publicada semestralmente, embora sua origem seja bastante antiga, remontando às publicações realizadas ainda em 2005.

O IDCC é fruto de um ideário academicamente elevado. Ao longo de quase 20 anos, constituiu-se em um privilegiado espaço de reflexões, estudos e debates acadêmicos inovadores. Nessa trajetória no tempo, merece destaque a realização de 41 cursos de Pós-Graduação *Lato Sensu*, 19 Congressos de abrangência nacional e 17 encontros científicos. Tudo isso gerou publicações de livros, revistas, anais e cadernos de resumos, ficando registrada, assim, boa parte do vasto trabalho realizado.

Ao longo desses anos, o Instituto foi reunindo em seu entorno um número expressivo de destacados juristas do Brasil e do exterior, alguns dos quais com atuações marcantes da Pós-Graduação *Stricto Sensu* e na própria CAPES (área do Direito). Diante da imensa contribuição acadêmica recebida, o IDCC enaltece os seus Membros Honorários: Alberto de Paula Machado (OAB Nacional), Carlos Mário da Silva Velloso (STF), Dalmo de Abreu Dallari (USP), Flávio Pansieri (ABDConst), Francesco Rubino (Itália), Francisco Rezek (STF), Gonçalo de Melo Bandeira (Portugal), José Augusto Delgado (STJ), J. J. Gomes Canotilho (Portugal), Luiz Alberto David Araujo (PUCSP), Luiz Edson Fachin (STF), Luís Roberto Barroso (STF), Michele Carducci (Itália), Nely Lopes Casali (UEL), Paulo Ferreira da Cunha (Portugal), Pietro Lora Jesús Alarcón (PUCSP) e René Ariel Dotti (UFPR).

A partir deste momento, em uma perspectiva estritamente acadêmica, a **Revista do Instituto de Direito Constitucional e Cidadania** passa a estar inserida em um projeto de desenvolvimento do Programa de Mestrado Profissional em "Direito, Sociedade e Tecnologias", da Escola de Direito das Faculdades Londrina, o qual foi aprovado pela CAPES, neste ano de 2020. Neste sentido, ela pretende ser depositária de pesquisas realizadas na Pós-Graduação *Stricto Sensu*, cujos resultados para a Ciência tem sido marcantes em nosso País, embora ainda reste muito a ser feito.

A revista reafirma seu inarredável comprometimento científico. Em todas as edições até aqui produzidas, constam, em cada volume, 14 artigos (sendo 7 internos e, igualmente, 7 externos), todos elaborados por, pelo menos, um Professor Doutor. Desse modo, a revista tem recebido contribuições científicas importantes de pesquisadores de diversos estados da Federação e do Distrito Federal. O intercâmbio de conhecimentos e o diálogo com os mais variados núcleos de estudos e pesquisas contribuem para a democratização do conhecimento científico. Nesse contexto, as revistas científicas cumprem papel de extraordinária importância para disseminação do conhecimento científico produzido.

Vale registrar, por fim, que o ano de 2020 ficará, indelevelmente, marcado na lembrança e na alma de cada pessoa, tanto no Brasil como ao redor do mundo. A pandemia que ceifou - e continua a ceifar - vidas humanas e destruiu famílias nunca mais irá se apagar da memória de cada um de nós. É imperioso reafirmar - uma vez mais e quantas forem necessárias - que a Ciência desempenha papel inigualável para o desenvolvimento qualitativo das pessoas e da própria sociedade.

Agradecemos a todos(as) os(as) docentes e pesquisadores(as) que contribuíram para que mais uma edição da revista pudesse se tornar realidade.

Londrina (PR), verão de 2020.

Prof. Dr. Zulmar Fachin
Editor

Este trabalho está licenciado sob uma licença [Creative Commons Attribution 4.0 International License](https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/).

A “FRAUDE DA LOCADORA” E SUAS IMPLICAÇÕES NO DIREITO PENAL

THE “*FRAUDE DA LOCADORA*” AND THE IMPLICANTIONS IN CRIMINAL LAW

Michele Kuchar Matte*
Karine Cordazzo**

*Acadêmica do curso de Direito da Universidade Estadual do Mato Grosso do Sul (UEMS).

E-mail:
michelekuchar@gmail.com

**Doutoranda em Direito pela Instituição Toledo de Ensino (ITE). Mestre em Fronteiras e Direitos Humanos (UFGD). Docente no curso de Direito da Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul (UEMS).

E-mail:
karine.cordazzo@hotmail.com

Como citar: MATTE, Michele Kuchar; CORDAZZO, Karine. A ‘fraude da locadora’ e suas implicações no Direito Penal. **Revista do Instituto de Direito Constitucional e Cidadania – IDCC**, Londrina, v. 5, n. 2, e001, ago/dez, 2020. ISSN: 2596-0075. DOI: 10.48159/revistadoidcc.v5n2.matte.cordazzo

Resumo: Este trabalho apresenta uma análise sobre a prática criminosa conhecida popularmente como “fraude da locadora”, ela consiste em um cliente alugar um carro de locadoras de veículos, para, a princípio, o utilizar e logo após tal veículo é dado como roubado, sendo comunicado tanto a locadora quanto a autoridade policial e não há devolução do bem. No entanto, o carro é utilizado para outros fins não legais. Assim, há dificuldades de caracterizar-se o crime, pois há muitas similaridades nos delitos de furto mediante fraude, estelionato e apropriação indébita. Foi utilizado a pesquisa bibliográfica e o estudo de julgados para a diferenciação, após análise mais aprofundada vê-se que o crime de furto mediante fraude é menos confundido. Nos outros dois crimes, há ainda muita discricionariedade do julgador. Conclui-se que tal discussão vem para facilitar o melhor direcionamento do crime imputado ao réu.

Palavras-chave: Estelionato; apropriação indébita; furto mediante fraude.

Abstract: This work presents an analysis of the criminal practice popularly known as "fraude da locadora", it consists of a customer renting a car from car rental companies, in principle, to use it and after such vehicle is reported as stolen, being reported both the rental company and the police authority and there is no return of the car. However, the car is used for other non-legal purposes. Thus, there are difficulties in characterizing the crime, as there are many similarities in the crimes of theft through fraud, swindle and embezzlement. Bibliographic research and the study of precedente were used for differentiation, it appears that the crime of theft through fraud is less confused. In the other two crimes, there is still a lot of discretion by the judge. It is concluded that such discussion comes to facilitate the better targeting of the crime attributed to the defendant.

Keywords: Swindle; embezzlement; theft through fraud.

INTRODUÇÃO

Há grandes dificuldades na classificação de determinadas práticas criminosas, afinal, em determinadas condutas pode haver nuances que geram dúvidas quanto a sua correta catalogação. Por exemplo, em casos que um cliente aluga um carro de locadora de veículo, para, a princípio, fazer uma viagem e logo após tal veículo é dado como roubado, sendo comunicado tanto a locadora quanto a autoridade policial. No entanto, não há provas firmes de que houve realmente o roubo e há indícios de que o bem foi utilizado para fins diversos, inclusive ilegais, como o tráfico de drogas, ou para a revenda.

Manchetes relacionados a golpes de carros alugados no Brasil se tornou tornaram algo corriqueiro. Por exemplo, no site do G1 Santa Catarina “Criminosos aplicam golpes contra locadoras de veículos e furtam carros em Santa Catarina” (ROCKENBACH,2019). Ademais, no Jornal Diário Corumbaense “PRF apreende em 24h, segundo carro locado em outro Estado que seguia para a Bolívia” (NUNES, 2019).

Em uma das situações o crime foi imputado como apropriação indébita. Já em outra, é caracterizado como estelionato, demonstrando a inconstância na identificação dessa prática criminosa. Ademais, tal golpe, caso haja vigilância da vítima, pode ser considerado furto mediante fraude.

Com a investigação criminal percebe-se a prática delituosa de falsa comunicação de crime à autoridade policial. Entretanto, questiona-se se tal crime pode ser classificado como estelionato, furto mediante fraude ou apropriação indébita. Tal discussão é a que será discutida neste artigo, sendo isso feito pelos entendimentos de doutrinas e da jurisprudência em voga no Brasil, através de pesquisa exploratória e bibliográfica com levantamento de dados encontrados na literatura, em área do Direito, com leitura sistemática a fim de dar fundamento teórico ao estudo.

1. DA PRÁTICA DO ESTELIONATO

Segundo o tipo penal, estabelecido no Código Penal Brasileiro, estelionato se caracteriza por:

Art. 171 - Obter, para si ou para outrem, vantagem ilícita, em prejuízo alheio, induzindo ou mantendo alguém em erro, mediante artifício, ardil, ou qualquer outro meio fraudulento:

§ 2º - Nas mesmas penas incorre quem:

Disposição de coisa alheia como própria

I - vende, permuta, dá em pagamento, em locação ou em garantia coisa alheia como própria;

Neste artigo será tratada a prática do estelionato presente no art. 171, §2º, inciso I, sendo incorre nesse artigo, quem pratica a disposição de coisa alheia como própria.

Segundo Rogério Sanches Cunha (2017, p. 363) a explicação do estelionato se desenvolve, pois:

Pune-se aquele que, por meio da "astúcia", "da esperteza", do "engodo", da "mentira", procura despojar a vítima do seu patrimônio fazendo com que esta entregue a coisa visada espontaneamente, evitando, assim, retirá-lo por meios violentos. Em suma, o agente busca lesar a vítima em seu patrimônio, de maneira sutil, mas sempre segura.

A fraude, nesse contexto, pode ser empregada para induzir ou manter a vítima em erro. No ato de induzir é o agente quem cria na vítima a falsa percepção da realidade. A forma de obter-se a vantagem é por meio do “expediente fraudulento”, desde que idôneo para lesar o bem jurídico. (CUNHA, 2017, p. 364)

O dispositivo desenvolve os meios fraudulentos, sendo qualquer ação ou omissão humana opta a enganar outrem. O tipo subjetivo do crime se caracteriza pelo dolo de executar, tal fato é possível de ser observado no caso concreto quando aluga o carro de Empresa na intenção de desfazer-se do objeto.

É importante observar a especificação da disposição de coisa alheia como própria, relativo ao caso analisado, a doutrina desenvolve seu significado, Rogério Sanches Cunha estabelece que o punido é o agente que vende (transferência da coisa mediante pagamento), permuta (troca), dá em pagamento (entrega, com o consentimento do credor, de determinada coisa como pagamento por prestação eventualmente devida), locação (o agente cede a coisa, mediante remuneração, por tempo determinado ou não), dação em garantia (penhor, anticrese e hipoteca), coisa alheia como própria. (CUNHA, 2017, p. 368)

Para Souza e Japiassú (2018, p. 767) o Estelionato é crime material que se consuma com o proveito patrimonial (a vantagem econômica ilícita) e com o prejuízo alheio. Nesse sentido: “O delito de estelionato consuma-se com a obtenção de vantagem ilícita em prejuízo alheio, desde que o agente desfrute, durante algum tempo desta vantagem, não desaparecendo o crime pelo ressarcimento do dano.”

Ademais, a disposição de coisa alheia como própria é estabelecido no artigo 171, I do Código Penal como “vende, permuta, dá em pagamento, em locação ou em garantia coisa alheia como própria”, realidade que é a ocorrida no caso narrado.

Mesmo que, *a priori*, o contrato de aluguel firmado com a empresa seja lícito, há o dolo anterior ao meio do emprego fraudulento, demonstrando a intenção, já ao locar o carro de se desfazer do bem.

Na Fraude para recebimento de indenização ou valor de seguro, estabelecido como crime de estelionato, a prática tem fins parecidos, tendo a vantagem própria, com obtenção geralmente de dinheiro com a indenização do seguro, somado ao valor da venda ou perda do objeto previamente adquirido. Tal ação criminosa é caracterizada no artigo 171, V, do Código Penal, isso mostra que há semelhanças, mas o *modus operandi* são diferentes.

Tratando-se de fraude para recebimento de indenização ou valor de seguro, o sujeito ativo será o segurado, e, dessa forma, o passivo será a seguradora.

Note-se que se o agente destrói a coisa ou pratica a lesão sem o conhecimento do segurado, com o intuito de se beneficiar da indenização a ser recebida, este responderá pelo estelionato, porém na forma do caput, em concurso com o dano ou com a lesão corporal.

Analogicamente com artigo 171, V, o agente pode destruir ou ocultar coisa própria e lesar ou agravar lesão no próprio corpo, no intuito de obter indenização securitária, mas o contrato obriga as partes e deve ser vigente e válido à época do emprego da fraude. Assim, caso o contrato não seja vigente, o estelionato não se consumará, podendo ocorrer a tentativa. (SOUZA; JAPIASSÚ, 2018, p.770)

Observa-se que o contrato lícito é algo essencial para o estelionato e para a indenização decorrida da fraude. Já no estelionato relacionado ao golpe do aluguel de carro, existe, em alguns casos, emprego de documentos falsos o que impediria a licitude do contrato, mas não o estelionato ou supostamente a apropriação indébita.

2. DA APROPRIAÇÃO INDÉBITA

O crime de apropriação indébita, segundo parágrafo 168 do Código Penal Brasileiro, se caracteriza por: “Art. 168 - Apropriar-se de coisa alheia móvel, de que tem a posse ou a detenção: Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa.”

Segundo Rogério Sanches Cunha (2017, p. 341), o bem jurídico tutelado é, a exemplo dos demais delitos contra o patrimônio, a propriedade. O agente, abusando da condição de possuidor ou detentor, passa a ser o bem móvel como seu, dele arbitrariamente se apropriando.

Nos termos do art. 1.196 do Código Civil Brasileiro, "Considera-se possuidor todo aquele que tem de fato o exercício, pleno ou não, de algum dos poderes inerentes à propriedade".

O art. 1.198, por sua vez, dispõe: "Considera-se detentor aquele que, achando-se em relação de dependência para com outro, conserva a posse em nome deste e em cumprimento de ordens ou instruções suas". Assim, o infrator do tipo penal, se apropria de objetos de outras pessoas como se seu fosse, conservando a posse do bem e o vendendo para obter vantagem indevida ou para uso próprio.

A consumação ocorre quando o agente transforma a posse ou detenção que exerce sobre o bem em domínio. Para isso, ele pratica atos inerentes à qualidade de dono, incompatíveis com a possibilidade de ulterior restituição da coisa, um exemplo é a venda do carro, sendo este o momento que ocorre a mudança da posse do objeto. (CUNHA, 2017, p. 345)

Já em relação à consumação do crime, conforme se pode perceber, é de difícil precisão. Em regra, só se evidencia quando há a real recusa de devolução ou é evidente a consumação da lesão. Contudo, na prática, a tentativa é sempre de difícil ocorrência. (SOUZA; JAPIASSÚ, 2018, p. 757)

Em relação ao tipo subjetivo, este é composto do dolo, a vontade de praticar é posterior à apropriação e ao recebimento de boa-fé, regular e legítimo da coisa. Entende-se que o *animus domini* encontra-se ínsito ao dolo geral. Contudo, alguns consideram necessário o elemento subjetivo, consistente na vontade de ter a coisa para si (*animus rem sibi habendi*). Seria, assim, a "malícia" que sobrevém à posse lícita da res. Nesse sentido, Regis Prado entende ser necessário não só o dolo, mas o especial fim de obter para si ou para outrem um proveito, tornando-se indiferente se o proveito foi ou não conseguido. (SOUZA JAPIASSÚ, 2018, apud PRADO, 2017 p. 306)

Desse modo, a apropriação indébita precisa de um dolo de ser dono do objeto e, assim, praticar ações como a venda do bem. Para maior esclarecimento, o subjetivismo do *animus domini* é relacionado a vontade do sujeito de ter o bem para si, após ter o objeto de sua posse, teoricamente, ele pode praticar qualquer ação com ele, inclusive, vender. Por isso, a inversão do ânimo da posse ocorre com a efetivação da venda do bem, no caso concreto.

3. DO FURTO MEDIANTE FRAUDE

Segundo o Código Penal Brasileiro no artigo 155, §4º II, furto mediante fraude se caracteriza por:

Furto

Art. 155 - Subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel:

Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa.

Furto qualificado

§ 4º - A pena é de reclusão de dois a oito anos, e multa, se o crime é cometido:

II - com abuso de confiança, ou mediante fraude, escalada ou destreza;

Subtrair, significa tirar, fazer desaparecer ou retirar. É necessário obter o ânimo fundamental, componente da conduta de furtar. Já coisa é tudo aquilo que existe, podendo tratar-se de objetos inanimados ou de semoventes. É necessário que a coisa tenha, para seu dono ou possuidor, algum valor econômico. Em furto, se encaixa apenas os móveis, tratando-se de sentido real, e não jurídico. (NUCCI, 2020, p. 989)

Segundo Cleber Masson (2014, p. 392), ao desenvolver o conceito de fraude somado ao furto:

Fraude é um artifício ou ardil, o meio enganoso utilizado pelo agente para diminuir a vigilância da vítima ou de terceiro sobre um bem móvel, permitindo ou facilitando sua subtração. (...) A fraude, qualificadora do furto, há de ser empregada antes ou durante a subtração (antecede a consumação do furto) exige-se seja utilizada pelo agente para iludir a vigilância ou atenção da vítima ou de terceiro sobre o bem. A fraude posterior à consumação do crime não qualifica o crime também não se confunde com estelionato - a fraude, funciona como qualificadora se presta a diminuir a vigilância da vítima sobre o bem, permitindo ou facilitando a subtração; no estelionato é elementar e se destina a colocar a vítima (ou terceiro) em erro, mediante uma falsa percepção da realidade, fazendo com que ela espontaneamente lhe entregue o bem. Não há subtração, a fraude antecede o apossamento da coisa e é causa para ludibriar sua entrega pela vítima.

É possível analisar, desse modo, que no furto mediante fraude é preciso a vontade de furtar e a vítima deve estar vigilante em relação ao bem, isso significa que ela não entrega o bem por sua vontade e sim ele é subtraído. Diferente das outras abordagens como o estelionato e a apropriação indébita.

4. DISTINÇÃO DOGMÁTICA ENTRE ESTELIONATO, FURTO MEDIANTE FRAUDE E APROPRIAÇÃO INDÉBITA

O furto mediante fraude utiliza-se de artifício fraudulento para burlar a vigilância da vítima. Assim, ocorre a subtração após ludibriar a vigilância dela, pois o objeto sempre tem

posse vigiada, ainda que mitigadamente. Dessa forma, por exemplo, o sujeito que se apresenta como comprador de automóvel, recebe-o para dar uma volta, e não o devolve, pratica o crime de furto mediante fraude. (SOUZA; JAPIASSÚ, 2018, p. 731)

Ademais, caso o agente receba a coisa já com a intenção de não a devolver em um atendimento, por exemplo, e se o funcionário se aproveita de momento de distração do patrão para se apropriar do objeto há a ocorrência de furto mediante fraude. (CUNHA, 2017, p. 343)

Em contraponto, o Estelionato utiliza-se do artifício fraudulento com o objetivo de obter o consentimento da vítima, a direcionando a cometer erro, tendo assim a posse permitida do objeto. A má-fé existe desde o início da conduta, sendo todas as ações praticadas para obter o consentimento da vítima para a obtenção da vantagem ilícita. (SOUZA, JAPIASSÚ, 2018, p. 768).

Desse modo, aquele que entrega cheque falsificado para a compra de automóvel, recebendo não só o veículo, como também o recibo da compra, pratica o crime de estelionato. (NUCCI, 2020, p. 1075). Um exemplo dado por Cunha (2017, p. 344) é a utilização um contrato de locação para artifício de enganar, praticando o estelionato.

Apropriação indébita é a mais desenvolvida em explicação para não ser confundida com outros crimes, Souza e Japiassú (2018, p. 768) narram que não há má fé *ab initio*, mas aquilo que se denomina “dolo subsequente”, ou seja, a “malícia” do agente que sobrevém à posse de boa-fé.

Os principais requisitos da apropriação indébita são relacionados à entrega voluntária do bem pela vítima, seja com sua concordância expressa ou tácita. A posse e a detenção devem ser desvigiadas, permitindo a apropriação. Ademais, a ação deve recair sobre coisa alheia móvel, não incluindo bens imóveis à tipicidade do crime.

Há a observação da inversão do ânimo da posse, pois após obter legitimamente a coisa, o agente passa a agir como se fosse seu dono. Apura-se a inversão por meio de atos de disposição, como venda e locação, ou pela recusa mesma em restituir a coisa. Na apropriação indébita, não há má-fé *ab initio*, mas aquilo que se denomina como “dolo subsequente”, ou seja, a “malícia” do agente sobrevém à posse de boa-fé.

A distinção de estelionato e apropriação indébita para Cleber Masson (2014, p. 545) é a do momento que desponta o dolo de locupletar-se perante o patrimônio alheio, na apropriação indébita o dolo é sucessivo, enquanto no estelionato o dolo é antecedente e *ab initio*.

Dessa forma, segundo Souza e Japiassú (2018, p. 768) o estelionato e o furto mediante fraude são modalidades delituosas parecidas que nem sempre é possível uma classificação sem

controvérsias. No primeiro crime, verifica-se que a vítima se despoja do bem em decorrência do artifício fraudulento engendrado pelo réu, já em relação ao furto mediante fraude, essa é apenas um meio para diminuir a vigilância do ofendido, para ocorrer a efetiva subtração

Segundo Cleber Masson (2014, p. 394), o crime envolvendo *test drive* de veículos automotores caracteriza estelionato, mas a jurisprudência consolidou o entendimento de que se trata de furto qualificado pela fraude, fundamentando-se na precariedade da posse e, principalmente, em motivos de política criminal. Dessa forma, busca-se a reparação da vítima relativamente à reparação do dano, uma vez que os contratos de seguro são obrigados ao ressarcimento de crimes de furto, mas estão isentos na hipótese de estelionato. Isso demonstra que os interesses da política criminal atuante ajudam a definir certas controvérsias, em alguns casos.

Atualmente, o crime tipificado como apropriação indébita é a temática de um projeto de lei do Senhor Juninho do Pneu, o objetivo é de tipificar e aumentar as penas para os crimes de apropriação indébita de veículos locados de locadoras ou outrem. A redação, caso aprovada, será a seguinte: Art.168-B. Apropriar-se de veículo automotivo locado, com intuito de uso próprio; comercialização e/ou repasse a terceiros: Pena – reclusão, de seis a quinze anos, e multa.

A justificativa utilizada pelo deputado é a de que falsos clientes alugam carros em locadoras, não os devolvendo e, muitas vezes, os utilizando para praticar outros crimes. Segundo o narrado, a jurisprudência entende que incorre nas penas do art. 168, “caput”, do Código Penal, aquele que não devolve o automóvel alugado à locadora após o decurso do prazo fixado no contrato de locação.

Para a averiguação de sua constitucionalidade, o projeto de lei foi estudado pela comissão de constituição e justiça e de cidadania, neste momento já sendo o projeto de lei n. 2.725, de 2019. No que vale à juridicidade, o relator alega que as balizas penais foram muito elevadas, destoando do arcabouço normativo existente.

Ato contínuo, o relator alega que esse *modus operandi*, na maior parte das vezes, amolda-se, na realidade, ao crime de estelionato, presente no artigo 171, do Código Penal. No entanto, frequentemente não se consegue apurar a existência da fraude no momento da locação, o que afastaria a configuração do estelionato, subsistindo a possibilidade de punição do infrator pela prática da apropriação indébita.

Destarte, é designada como mais adequada a inclusão de formas qualificadas nos delitos de apropriação indébita e de estelionato. Dessa forma, o relator produziu o apensado PL n. 4.017/2019.

O crime de apropriação indébita, terá a qualificadora estabelecida desse modo, observe:

Art. 168.

Apropriação indébita na locação de veículo automotor

§1º Se o crime é cometido mediante locação de veículo automotor, a pena é de reclusão, de dois a sete anos, e multa.

Aumento de pena

§2º-A pena é aumentada de um terço, quando o agente recebeu a coisa:

I -em depósito necessário;

II-na qualidade de tutor, curador, síndico, liquidatário, inventariante, testamenteiro ou depositário judicial;

III - em razão de ofício, emprego ou profissão. (NR)

Já no crime de estelionato o projeto de lei preleciona ao artigo 171, assim, analise:

Art. 171.

Estelionato na locação de veículo automotor

§ 5º Se o crime é cometido mediante locação de veículo automotor, a pena é de reclusão, de dois a oito anos, e multa. (NR)

Desse modo, tal projeto de lei está em trâmite no Congresso Nacional para sua aprovação, se aprovado, tornará mais seguro para as locadoras. Outro ponto importante, ele dificultará o fluxo de veículos no Brasil que participaram do golpe, que não são classificados nos sistemas de segurança brasileiros, tal demanda dificulta a posterior utilização para outras práticas criminosas.

5. DA INTERPRETAÇÃO DOS TRIBUNAIS SOBRE OS DELITOS

As decisões dos Tribunais, para o direito brasileiro, são essenciais para a resolução de dúvidas jurídicas, dessa forma, é importante sua análise.

É possível observar na interpretação do Tribunal de Justiça do Paraná que o que ludibria a boa-fé da vítima, locando veículo com documentos falsos e não o devolvendo ao termo do contrato pratica furto mediante fraude e isso impõe a indenização pelo dano experimentado. (PR Apelação Cível - 0214135-1, Relator: Prestes Mattar, Data de Julgamento: 12/11/2002)

Ademais, analisa-se pelo Superior Tribunal de Justiça, o Habeas Corpus nº 560.437-SE (2020/0028313-0), a locação de veículo para terceiros e não devolução no prazo pré-estabelecido se caracteriza apropriação indébita. Analise o trecho:

[...] Ao proferir sentença condenatória no feito, o togado sentenciante asseverou que, "de acordo com o depoimento do empresário Jeã Gomes (proprietário da empresa de aluguel de veículos), **o aludido carro foi alugado para uma terceira pessoa, a qual, passado o período de aluguel, sumiu sem a devida devolução**", estando "demonstrada a materialidade delitiva", ao passo que "a autoria, de igual banda, também está evidenciada nos autos", pois "os réus afirmaram ter ciência da situação do veículo, o qual foi locado por uma terceira pessoa, de nome MAURÍCIO", sendo que, "mesmo cientes do encerramento do prazo de aluguel, não devolveram o automóvel" (e-STJ fl. 623). [...] Por sua vez, a Corte de origem sublinhou que "apesar dos Apelantes não terem confessado a prática delituosa, restou devidamente comprovado que **o veículo gol, placa PKH 0040 foi locado por terceira pessoa e não devolvido dentro do prazo contratado, estando na posse dos acusados que sabiam que já havia passado o prazo para devolução**" (e-STJ fl. 830). [...] Consignou que, "conforme depoimento do representante da empresa LOK, Jeã Gomes, foi feito um boletim de ocorrência e o veículo foi localizado em Sergipe, estando, desta forma, **devidamente demonstrado o dolo específico dos réus de ter a coisa como se donos fossem**" (e-STJ fl. 830). (HC 560.437/SE, Rel. Ministro Jorge Mussi, julgado em 12/02/2020, publicado em 13/02/2020). (Grifo nosso)

Neste conflito de competência n° 163.464-DF (2019/0025129-3), os dois juízos necessitavam a melhor caracterização da prática criminosa, sendo ela estelionato ou apropriação indébita. Assim, é possível compreender que:

O representante da locadora informou, na mesma ocasião, que o veículo de placa PXY-5171 teve, fraudulentamente, transferida a sua propriedade para a pessoa de José de Assis Araújo, na cidade de Altamira/PA, cf. doc. à e-STJ fl. 34.

1. É pressuposto do crime de apropriação indébita a anterior posse lícita da coisa alheia, da qual o agente se apropria indevidamente.

2. Não possuindo o preposto de empresa autorização para receber os pagamentos de que se apropriou indevidamente, afastada está a elementar do delito de apropriação indébita referente à posse lícita [...].

(Conflito de Competência 165.404, Rel. Ministro Nefi Corneiro, julgado em 17/09/2019, publicado em 18/09/2019). (Grifo nosso)

Analisando a decisão Superior Tribunal de Justiça, é possível caracterizar que em casos de tentativa de vendas de veículos previamente locados, há o crime de estelionato, pela obtenção de vantagem ilícita pelo réu. (Habeas Corpus n° 548.435 - SE Relator: Ministro Reynaldo Soares Da Fonseca. Julgado em 29/09/2019. Data de publicação 02/12/2019.)

Em decisão do Superior Tribunal de Justiça de Agravo de Recurso Especial, n° 336.443 AM (2013/0159660-3), Relator Ministro Antonio Saldanha Palheiro, data de publicação 02/12/2019, é estabelecido que o réu cometeu o crime de estelionato por alugar o veículo da locadora, induzindo-a em erro, utilizando a fraude. Ademais, foi praticado juntamente o crime de falsificação de documento público em relação ao documento de identidade, o que direciona de forma mais veemente o dolo do autor.

É possível ratificar com o Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus n° 468.182 – ES, estabelece que é realmente um crime conhecido, tanto que já está apelidado como “golpe da locadora”.

Trata-se de habeas corpus substitutivo de recurso ordinário, com pedido liminar, impetrado em benefício de FABIO FERREIRA, contra v. acórdão proferido pelo eg. Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo. Depreende-se dos autos que o paciente foi preso preventivamente pela prática, em tese, do delito tipificado no **artigo 171, caput, e art. 288, ambos do Código Penal (estelionato e organização criminosa) e, consoante denúncia, "verifica-se tratar de "golpe da locadora", onde os carros são locados em outros Estados da Federação por pessoas portando documentos falsos, e quando esgota o prazo para devolução dos veículos alugados nas revendas, os veículos não são devolvidos, sendo quando as locadoras tentam cobrar as diárias vencidas e adotam medidas cíveis para tentar localizar e reaver seus veículos. Nesse ínterim, os criminosos vendem os veículos em outro Estado da Federação, através de documentos falsos"** (fls. 1314-1315, da denúncia). (Habeas Corpus n° 468.182 - ES (2018/0232018-4). Relator: Ministro Felix Fischer. Data de Julgamento: 08 de novembro de 2018. Data de publicação 13/11/2018.) (Superior Tribunal de Justiça, 2018). (grifo nosso).

Em Habeas Corpus n°390.575 – MS, Superior Tribunal de Justiça é possível verificar que transportar carros para sua posterior venda, sendo eles alugados, se caracteriza como estelionato. Este caso representa diversos outros cujo *modus operandi* é estabelecido de forma linear para fraudar outros.

Vistos, Trata-se de comunicação da prisão em flagrante [...] pela prática dos crimes de estelionato, receptação e associação criminosa, respectivamente tipificados nos artigos 171, 180 e 288, todos do Código Penal. Consta do auto de prisão em flagrante que, no dia 22 de outubro de 2016, por volta das 15 horas, policiais militares faziam patrulhamento na Vila Limeira, cidade de Amambai-MS, **quando avistaram três veículos suspeitos, dois com placas de Santa Catarina e um com placas do Paraná, em um posto de combustível. Os policiais fizeram retorno para abordar os condutores dos veículos, quando então estes empreenderam fuga em alta velocidade.** [...] Tais pessoas afirmaram que foram contratados por uma pessoa de alcunha "Pitbul" para transportar os veículos Siena e Corolla até o Paraguai, pelo que receberiam entre cinco a dez mil reais. O veículo Toyota Corolla, conduzido por Tiago de Assis Osório, foi encontrado na estrada que liga Amambai a Coronel Sapucaia-MS. **Tiago confessou que receberia uma quantia em dinheiro para levar o veículo até o Paraguai. Os policiais constaram que o veículo Corolla estava com placas clonadas e tinha registro de roubo/furto. Os outros dois veículos envolvidos eram alugados. O Ministério Público requereu a conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva.** (Habeas Corpus N°390.575 - MS 2017/0045002-6. Relator: Ministro Nefi Cordeiro. Data:03/05/2017. Data de Publicação08/05/2017). (Grifo nosso)

Através da análise do Habeas Corpus n°365.983 – AC, Superior Tribunal de Justiça, estando essa em consonância com a anterior, observe:

Nos termos do artigo 310 do CPP, com a nova redação dada pela Lei n. 12.403/2011, deve o juiz, ao receber o auto de prisão em flagrante, relaxar a prisão ilegal (inciso I), converter a prisão em preventiva (inciso II) ou conceder liberdade provisória com ou sem fiança (inciso III e parágrafo único).

Trata-se da imputação de crime de estelionato e associação criminosa (artigos 171 e 288 do CP), em concurso, praticado em estado da Federação diverso do domicílio dos flagranteados, em local que não têm qualquer referência aos mesmos (Acrelândia), **utilizando-se de um carro alugado, vindo de Porto Velho, e com destino final São Paulo**. Os fatos se deram em comunhão de desígnio e ações entre três agentes, o que ensejou a presença do delito de associação criminosa tipificado no artigo 288 do Código Penal. Os flagranteados são naturais do Estado de São Paulo. **Conforma relatado em sede policial, se deslocaram de São Paulo/SP para Porto Velho/RO e, após alugar um veículo, se deslocaram para a cidade de Rio Branco/AC e posteriormente para a comarca de Acrelândia/AC onde cometeram o delito**. (Habeas Corpus nº365.983 - AC (2016/0207725-7). Relator: Ministro Nefi Cordeiro. Data: 19 de setembro de 2016. Data de publicação: 22/09/2016). (Grifo nosso).

É possível constatar que neste caso concreto do Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº239.470 – SP, o crime estabelecido é o de estelionato, pois houve dolo prévio para a obtenção do bem.

[...] Consta dos autos que o paciente foi condenado como incurso no art. 171, caput, c.c art. 29, ambos do Código Penal, à pena de 3 (três) anos de reclusão, em regime inicial semiaberto. Extraio, do decisor, o seguinte excerto:

Ressuma dos autos, portanto, a existência de um crime de estelionato. Os dois acusados dirigiram-se até a locadora com o intuito de se apoderarem do veículo da vítima e, para tanto, ludibriaram o ofendido, inclusive valendo-se de documento e identidade falsos para a negociação.

Como bem ressaltado pelo Promotor de Justiça, inegável que os acusados agiram com dolo prévio, é dizer, firmaram o contrato já imbuídos da intenção de ingressarem na posse do veículo, posteriormente utilizado para o tráfico de entorpecentes. Note-se que não restituíram o veículo na data apazada nem tampouco pagaram as diárias devidas, causando graves prejuízos à vítima.

Diante de tamanhos elementos de convicção, a demonstrar o dolo e má-fé com que se valeram os acusados, não há que se sustentar a atipicidade de suas condutas. (Habeas Corpus nº239.470 - SP (2012/0076785-4). Relatora: Ministra Maria Thereza De Assis Moura. Data: 20 de abril de 2012. Data de publicação: 24/04/2012). (Grifo nosso)

Como se pode averiguar na ementa abaixo, a venda de carros alugados é uma prática criminosa comum, sendo considerado apropriação indébita, somada ao caso concreto com a associação criminosa. Observe o julgado da Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul no HC: 14021453920208120000.

E M E N T A - HABEAS CORPUS – APROPRIAÇÃO INDÉBITA E ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA – TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL – NÃO ACOLHIDO – PRESSUPOSTOS E CONDIÇÕES DA AÇÃO PRESENTES – MATERIALIDADE E INDÍCIOS DE AUTORIA EVIDENCIADOS – ATIPICIDADE DA CONDUTA NÃO VERIFICADA – ORDEM DENEGADA.

Segundo apurado, anteriormente às prisões que deram ensejo aos presentes autos, os denunciados Ariel Ferreira, Emerson Diamantino e Samanta (companheira de Ariel),

decidiram vender na Bolívia, por U\$4.000,00 (quatro mil dólares), o veículo T-Cross que a denunciada Samanta havia alugado, convidando, ainda, o denunciado Emerson Rodrigues para conduzir o referido veículo até o país vizinho. Assim, os denunciados Ariel Ferreira e Emerson Diamantino iniciaram a viagem com destino à Bolívia com o veículo Ônix, com o qual posteriormente iriam voltar para Campo Grande/MS e o denunciado Emerson Rodrigues com o veículo T-Cross locado pela denunciada Samanta. Contudo, o denunciado Emerson Rodrigues foi abordado no pedágio do ponto do Rio Paraguai, na BR 262, enquanto conduzia o veículo T-Cross em direção à Corumbá/MS e, após averiguação, os policiais militares levantaram que o veículo era de propriedade da empresa Unidas, **estava locado em nome da denunciada Samanta e deveria ter sido restituído à proprietária no dia 20 de janeiro de 2020**. Posteriormente, no mesmo local, porém no sentido Corumbá-Campo Grande foi abordado o veículo Ônix, ondem estavam os denunciados Ariel Ferreira e Emerson Diamantino, os quais afirmaram que estavam voltando de Corumbá, pois estavam aguardando o denunciado Emerson Rodrigues, que tinha chegado, para venderem o veículo T-Cross. (Apelação. TJ-MS - HC:1402145-39.2020.8.12.0000, Relator: Des^a. Dileta Terezinha Souza Thomaz, Data de Julgamento: 03/04/2020, 3^a Câmara Criminal, Data de Publicação: 07/04/2020). (Grifo nosso)

O Tribunal de Justiça do Distrito Federal, número 0000248-10.2018.8.07.0019, caracteriza o contrato de aluguel em que não há a intenção de efetuar seu pagamento como estelionato. Algo que está associado à prática de alugar carros para vendê-los.

PENAL E PROCESSO PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. ESTELIONATO. DOSIMETRIA. ANÁLISE NEGATIVA DA CONDUTA SOCIAL AFASTADA. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. AVALIAÇÃO NEGATIVA DAS CONSEQUÊNCIAS DO CRIME MANTIDA. COMPROVAÇÃO DO PREJUÍZO EXARCEBADO À VÍTIMA. DECLARAÇÕES DA VÍTIMA. SUFICIÊNCIA PROBATÓRIA. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. 1. Afasta-se a valoração negativa da conduta social, pois as condutas atribuídas ao réu, seja a **celebração de contrato de aluguel sem a intenção de efetuar o pagamento ou o abastecimento de veículos em postos de combustíveis com a mesma intenção, configuram, em tese, o delito de estelionato**. Contudo, ainda que o réu esteja respondendo criminalmente por esses fatos, é vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base (Súmula 444 do STJ). (TJ-DF: 0000248-10.2018.8.07.0019, Relator: Demetrius Gomes Cavalcanti, Data de Julgamento: 16/04/2020, 3^a Turma Criminal, Data de Publicação: Publicado no PJe: 26/04/2020). (Grifo nosso)

Em análise da decisão do Tribunal de Justiça de Pernambuco apelação 0032163-34.2010.8.17.0810. No caso concreto o ato da ré não se caracterizou como apropriação indébita, pois não tinha *animus domini* e sim tinha intenção obter vantagem ilícita em relação à locadora e aos participantes do consórcio. Dessa forma, sua única intenção era enganar e receber vantagem sobre os objetos. Fato não caracterizado na apropriação indébita.

PENAL E PROCESSO PENAL. APROPRIAÇÃO INDÉBITA. ESTELIONATO. CONCURSO MATERIAL. CRIME CONTINUADO. PRELIMINAR DE NULIDADE. CERCEAMENTO DE DEFESA PELO INDEFERIMENTO DE PEDIDO DE ACAREAÇÃO. DECISÃO JUSTIFICADA PELO JUIZ. AUSÊNCIA

DE PREJUÍZO. PRINCÍPIO PAS DE NULLITÉ SANS GRIEF. PRELIMINAR REJEITADA. NÃO OCORRÊNCIA DO DELITO DE APROPRIAÇÃO INDÉBITA. DOLO NÃO COMPROVADO. ESTELIONATO. SENTENÇA QUE CONDENOU A FATO DIVERSO DO PREVISTO NA DENÚNCIA E DO QUAL RECORRENTE SE DEFENDIA. NULIDADE DA SENTENÇA QUANTO AO DELITO DE ESTELIONATO. APELO PARCIALMENTE PROVIDO PARA ABSOLVER A RECORRENTE DO DELITO DE APROPRIAÇÃO INDÉBITA E, DE OFÍCIO, ANULAR A SENTENÇA NO TOCANTE AO DELITO DE ESTELIONATO. DECISÃO UNÂNIME. **A conduta da apelante consistiu em entregar aos clientes, que haviam contratado o consórcio, carros provisórios a serem utilizados enquanto o veículo objeto do consórcio não lhes era entregue. Apesar do atraso na devolução dos carros de propriedade das locadoras, não restou bem demonstrado nos autos o dolo da acusada em se apropriar dos veículos como se fossem seus. Não há dúvidas de que houve descumprimento do contrato de locação pela acusada, todavia tal fato não é apto, por si só, para caracterizar o delito de apropriação indébita.** Ademais, o atraso na devolução dos bens pode ser resolvido na esfera cível. III - **No caso concreto é possível aferir o dolo da recorrente em obter vantagem ilícita (receber os carros sem dar o pagamento em contrapartida), em face da locadora de veículos, mantendo-a em erro (acreditava que receberia remuneração pelo aluguel dos carros) através de artifício, (entrega de cheques pós-datados, alguns que foram sustados e outros emitidos sem provisão de fundos).** (TJ-PE - APL: 3591817; 0032163-34.2010.8.17.0810. PE, Relator: Alexandre Guedes Alcoforado Assunção, Data de Julgamento: 18/12/2018, 4ª Câmara Criminal, Data de Publicação: 01/07/2019). (Grifo nosso)

Quando há contrato previamente firmado, segundo o Tribunal de Justiça do Mato Grosso, AC: 0002388-10.2016.8.11.0008, não há furto qualificado, porque o bem não foi subtraído mediante vigilância, e sim apropriação indébita. Sanando, dessa forma, tal possível divergência.

APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE COBRANÇA C/C OBRIGAÇÃO DE FAZER E PERDAS E DANOS – SEGURO DE VEÍCULO – LOCADORA DE AUTOMÓVEL – APROPRIAÇÃO INDÉBITA – NEGATIVA DE PAGAMENTO DO PRÊMIO – CLÁUSULA DE EXCLUSÃO – INDENIZAÇÃO INDEVIDA - RECURSO DESPROVIDO – SENTENÇA MANTIDA. O contrato de seguro exclui a indenização para o caso de perda do veículo decorrente de apropriação indébita. **Não há como admitir a ocorrência de furto qualificado para o caso em apreço, haja vista que o veículo foi retirado da loja mediante contrato de locação, portanto, não houve subtração do bem.**(TJ-MT - AC: 00023881020168110008 MT, Relator: Antonia Siqueira Goncalves, Data de Julgamento: 05/06/2019, Data de Publicação: 15/08/2019). (Grifo nosso).

Veja-se que no estelionato há ardil para que a vítima entregue seu bem voluntariamente, enquanto no furto qualificado pela fraude o ardil é para impedir a atenção da vítima, para dessa forma ser subtraído.

O julgado do Tribunal de Justiça do Distrito Federal de número 20180710042860 esclarece a diferenciação do crime de estelionato e apropriação indébita em relação ao momento do dolo, sendo nesse caso anterior ao meio fraudulento. Analise:

Estelionato. Dolo anterior. Emprego do meio fraudulento. Coautoria. Ressarcimento posterior. Continuidade delitiva. 1 - **O estelionato pressupõe vontade deliberada de, mediante ardil ou fraude, induzir a vítima em erro e obter vantagem ilícita em detrimento alheio. O dolo deve ser anterior ao emprego do meio fraudulento. Se o dolo do agente é preordenado, não há simples inadimplemento contratual.** 2 - Comete o crime de estelionato aquele que, mediante ardil, induz a vítima em erro - oferecendo serviço e produto que não pretende entregar -, realiza transação no cartão de crédito da vítima, em valor superior ao ajustado, obtendo vantagem ilícita, em prejuízo dessa. [...] 4 - **O estelionato é crime material que se consuma com a obtenção de vantagem econômica ilícita e ocorrência de prejuízo alheio.** Eventual ressarcimento posterior não exime os réus da responsabilidade penal. 5 - Crimes, embora da mesma espécie - estelionato - e modos de execução parecidos, mas praticados sem unidade de desígnios, em datas e locais diversos, não se qualificam como continuados. Denotam reiteração ou habitualidade criminosa, que impede seja reconhecido o benefício do art. 71 do CP. 6 - Apelação do MP provida. Não provida a dos réus. (TJ-DF 0004042-75.2018.8.07.0007, Relator: JAIR SOARES, Data de Julgamento: 10/10/2019, Data de Publicação: Publicado no DJE: 15/10/2019.) (Grifo nosso).

Já no caso decidido pelo Tribunal de Justiça de São Paulo houve apropriação indébita, pois *a priori* houve licitude no aluguel e utilização do bem. No entanto, *a posteriori* o réu não quis devolver o objeto, ocorrendo a apropriação indébita do bem. Dessa forma foi necessária a intervenção da Polícia Militar para a recuperação de tal objeto.

Apelação do Ministério Público – Apropriação indébita – Absolvição sumária dos acusados – Reforma que se impõe – Retenção de veículo alugado, que, mesmo após reiteradas cobranças (não respondidas), só foi restituído à locadora mediante a intervenção da Polícia Militar, que o localizou estacionado na via pública – Conduta suficiente para, "ab initio", tornar plausível a prática do delito do art. 168 do CP – Precedentes desta Corte – Decisão prematura, em havendo a possibilidade de mais bem apurar-se o elemento subjetivo, no curso da instrução processual – Prosseguimento do feito – Recurso provido. (TJ-SP 0093604-11.2013.8.26.0050, Relator: Ivan Sartori, Data de Julgamento: 14/12/2017, 12ª Câmara Criminal Extraordinária, Data de Publicação: 15/12/2017).

Como no exemplo citado, há a discricionariedade seja do promotor ou do juiz para a efetivação e classificação do crime. Porque pode ter ocorrido um contrato lícito, no entanto há o dolo de executar, independente houve licitude em algum momento ou não.

Com tais julgados analisados é possível concluir que no furto mediante fraude é preciso a vigilância da vítima o que na maioria dos casos de “fraudes da locadora” o bem, após contrato, é alugado sem vigilância. Desse modo, tal crime é direcionado de forma menos duvidosa ao caso concreto.

Já nos casos de estelionato e apropriação indébita, os tribunais ainda não alinharam sobre qual crime é o melhor direcionado ao caso concreto, como pôde observar, em alguns casos há fraude para a entrega da coisa, como por exemplo, uso de documentos falsos, mesmo

assim caracterizou-se o crime em apropriação indébita, o qual, supostamente, se estabelece pela intenção posterior de ter o objeto para si e não de fraudar para ter a entrega dele.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Segundo o narrado, tal temática é essencial para a diferenciação de tais crimes, tanto para o Ministério Público na hora de produzir a denúncia, quanto para os advogados e os juízes.

Percebe-se que cada tipo de especificação do crime tem tênues diferenças em certos quesitos. Assim, os delitos nos casos do golpe da locadora se diferenciam na versão do estelionato, da apropriação indébita e do furto mediante fraude.

O estelionato utiliza da fraude para obter para si, ou para outrem vantagem ilícita, geralmente mantendo ou induzindo a vítima em erro, com uma falsa percepção de realidade, com a vontade *ab initio*, ou seja, intenção de ludibriar a vítima desde o início. Em relação ao caso em tela, pode-se demonstrar o exemplo do golpe da locadora utilizando um documento falsificado, induzindo a vítima (o representante da locadora) em erro para que ela entregue o bem.

Na apropriação indébita, o agente abusa da condição de possuidor ou detentor de algum bem móvel para dele, desse modo, apropriar-se. Sua consumação ocorre com a inversão da posse do objeto, por exemplo com a venda do bem, através da simulação de ser o dono. Nesse conceito há o *animus domini*, ou seja, ânimo de ser dono do objeto. Seu início decorre da posse lícita, sem fraude desde o princípio.

No furto mediante fraude, em relação ao golpe da locadora, em decorrência da pessoa ter a posse do bem, dificilmente ela é vigiada, o que descaracteriza a prática para esse delito, sendo, dessa forma, solucionado como apropriação indébita ou estelionato.

A principal lacuna presente dentro da temática é que, como ocorreu no delito do *test drive* de veículos automotores os interesses da política criminal podem consolidar o entendimento em determinado direcionamento que seja mais interessante. Nesse caso, o crime consiste em estelionato, mas foi consolidado como furto mediante fraude para, principalmente, a reparação do dano pelo seguro.

Ademais, como ocorreu no projeto de lei n. 2.725/2019, no qual, em decorrência do *modus operandi* o delito foi amoldado à apropriação indébita e ao estelionato, abarcando de forma mais abrangente os delitos.

Segundo o exposto, portanto, é necessária a observação minuciosa da prática criminosa para o esclarecimento de qual tipo penal é mais direcionado. Os crimes que mais se encaixam para a prática citada, por exemplo - Em casos que um cliente aluga um carro de locadoras de veículos, para, a princípio, fazer uma viagem e logo após tal veículo é dado como roubado, sendo comunicado tanto a locadora quanto a autoridade policial. No entanto, não há provas firmes de que houve realmente o roubo – é o crime de estelionato, pois há o dolo de obter, para si vantagem ilícita, consistente em vender o carro, geralmente na fronteira, recebendo o valor monetário consistente dessa prática.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. **Código Civil Brasileiro**. Lei nº 10.406, de janeiro de 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 15 de julho de 2020.

BRASIL. **Código Penal Brasileiro**. Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 15 de julho de 2020.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Agravo em Recurso Especial nº 336.443 - AM (2013/0159660-3). Relator: Ministro Antonio Saldanha Palheiro. Data de publicação 02/12/2019. Acesso em: 3 de setembro de 2020.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Conflito de Competência nº 163.464-DF (2019/0025129-3). Suscitante: Juízo de Direito da 3ª Vara Criminal de Taguatinga-DF. Relator: Ministro Nefi Cordeiro. Data de publicação 18/09/2019. Acesso em: 4 de setembro de 2020.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Habeas Corpus nº 239.470 - SP (2012/0076785-4). Relatora: Ministra Maria Thereza De Assis Moura. Data: 20 de abril de 2012. Data de publicação: 24/04/2012. Acesso em: 10 de julho de 2020.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Habeas Corpus nº 365.983 - AC (2016/0207725-7). Relator: Ministro Nefi Cordeiro. Data: 19 de setembro de 2016. Data de publicação: 22/09/2016. Acesso em: 15 de julho de 2020

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Habeas Corpus nº 390.575 - MS (2017/0045002-6). Relator: Ministro Nefi Cordeiro. Data: 03 de maio de 2017. Data de publicação: 08/05/2017. Acesso em: 13 de julho de 2020.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Habeas Corpus nº 468.182 - ES (2018/0232018-4). Relator: Ministro Felix Fischer. Data de Julgamento: 08 de novembro de 2018. Data de publicação 13/11/2018. Acesso em: 17 de julho de 2020.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Habeas Corpus n° 548.435- SE (2019/0356241-1). Relator: Ministro Reinaldo Soares da Fonseca. Data de Julgamento: 29/09/2019. Data de Publicação: 02/12/2019. Acesso em 18 de julho de 2020.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Habeas Corpus n° 560.437-SE (2020/0028313-0). Relator: Ministro Jorge Mussi. Data de publicação 13/02/2020. Acesso em: 20 de julho de 2020.

BRASIL. **Tribunal de Justiça de Distrito Federal**. TJ-DF 0000248-10.2018.8.07.0019, Relator: Demetrius Gomes Cavalcanti, Data de Julgamento: 16/04/2020, 3ª Turma Criminal, Data de Publicação: Publicado no PJe: 26/04/2020. Acesso em: 27 de julho de 2020

BRASIL. **Tribunal de Justiça do Distrito Federal**. TJ-DF 0004042-75.2018.8.07.0007, Relator: Jair Soares, Data de Julgamento: 10/10/2019, 2ª Turma Criminal, Data de Publicação: Publicado no DJE: 15/10/2019. Acesso em: 18 de julho de 2020.

BRASIL. **Tribunal de Justiça do Mato Grosso**. Apelação. TJ-MT - AC: 00023881020168110008 MT, Relatora: Antonia Siqueira Goncalves, Data de Julgamento: 05/06/2019, Vice-Presidência, Data de Publicação: 15/08/2019. Acesso em: 10 de agosto de 2020.

BRASIL. **Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul**. Apelação. TJ-MS - HC: 1402145-39.2020.8.12.0000, Relator: Desª. Dileta Terezinha Souza Thomaz, Data de Julgamento: 03/04/2020, 3ª Câmara Criminal, Data de Publicação: 07/04/2020. Acesso em: 02 de agosto de 2020.

BRASIL. **Tribunal de Justiça do Paraná**. TJ-PR - AC: 2141351 PR Apelação Cível - 0214135-1, Relator: Prestes Mattar, Data de Julgamento: 12/11/2002, Sétima Câmara Cível (extinto TA), Data de Publicação: 06/12/2002. Acesso em: 02 de agosto de 2020.

BRASIL. **Tribunal de Justiça de Pernambuco**. TJ-PE - APL: 3591817 PE 0032163-34.2010.8.17.0810, Relator: Alexandre Guedes Alcoforado Assunção, Data de Julgamento: 18/12/2018, 4ª Câmara Criminal, Data de Publicação: 01/07/2019. Acesso em: 26 de julho de 2020.

BRASIL. **Tribunal de Justiça de São Paulo**. TJ-SP 0093604-11.2013.8.26.0050, Relator: Ivan Sartori, Data de Julgamento: 14/12/2017, 12ª Câmara Criminal Extraordinária, Data de Publicação: 15/12/2017. Acesso em: 08 de setembro de 2020.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de Direito Penal: Parte Especial**. Volume Único. 9ª Edição. Editora Juspodivn, 2017.

MASSON, Cleber. **Código Penal Comentado 2**. Ed. Ver., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**. 16 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

NUNES, Rosana. PRF apreende em 24h, segundo carro locado em outro Estado que seguia para a Bolívia. **Jornal Diário Corumbaense**. Publicado em: 26/01/2019. Disponível em <https://diarionline.com.br/?s=noticia&id=107774>. Acesso 06 de julho de 2020.

RIO DE JANEIRO. Assembleia Legislativa. **Projeto de Lei Complementar PL 2735. 2019.** Altera o Decreto-lei nº 2.848, de 1940. Código Penal. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2200710>. Acesso em: 13 de julho de 2020.

ROCKENBACH, Pedro. Criminosos aplicam golpes contra locadoras de veículos e furtam carros em Santa Catarina. **G1, Globo, Santa Catarina.** Publicada em: 06/06/2019. Disponível em: <https://g1.globo.com/sc/santa-catarina/noticia/2019/05/06/criminosos-aplicam-golpes-contralocadoras-de-veiculos-e-furtam-carros-em-sc.ghtml>. Acesso em: 25 de junho de 2020.

SOUZA, Artur de Brito Gueiros; Japiassú, Carlos Eduardo Adriano. **Direito penal: volume único.** São Paulo: Atlas, 2018.

Data de submissão: 19/10/2020
Data de aprovação: 03/11/2020
Data de publicação: 31/12/2020

Este trabalho está licenciado sob uma licença Creative Commons Attribution 4.0 International License.

A ANALOGIA JURÍDICA NA APLICAÇÃO DA REGULAMENTAÇÃO DE VISITAS AOS ANIMAIS DE ESTIMAÇÃO APÓS O DIVÓRCIO OU A DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL

THE LEGAL ANALOGY IN THE APPLICATION OF VISIT REGULATION TO PETS AFTER DIVORCE OR DISSOLUTION OF A STABLE UNION

Adriano Fernandes Ferreira*

*Pós-Doutor em Direito pela Universidade de Santiago de Compostela, na Espanha (2019). Doutor em Ciências Jurídicas pela Universidad Castilha la Mancha, na Espanha (2014). Mestre em Direito pela Universidade Gama Filho (2005). Graduado em Direito pelo Centro Universitário de Maringá (2001). Coordenador do Programa de Mestrado da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Amazonas.

E-mail:
adrianofernandes3@hotmail.com

Orcid:
<http://orcid.org/0000-0001-6208-1430>

Como citar: FERREIRA, Adriano Fernandes. A analogia jurídica na aplicação da regulamentação de visitas aos animais de estimação após o divórcio ou a dissolução de união estável. *Revista do Instituto de Direito Constitucional e Cidadania – IDCC*, Londrina, v. 5, n. 2, e002, ago/dez, 2020. ISSN: 2596-0075. DOI: 10.48159/revistadoidcc.v5n2.ferreira

Resumo: O presente artigo propõe-se a analisar o instituto da interpretação analógica aplicada à regulamentação do direito de visitas aos animais domésticos após a separação, levando em consideração a posição do Superior Tribunal de Justiça, que em decisão inédita sobre o tema, no julgamento do REsp 1.797.175/SP, atribuiu dignidade e direitos aos animais não-humanos e à natureza, o que implica também no reconhecimento do seu status jurídico de sujeitos de direitos, bem como do projeto de lei da Câmara dos Deputados n° 27, de 2018, que prevê a aplicação da natureza *sui generis* aos mesmos. O divórcio causa transtornos entre o casal, filhos e os outros membros da família, incluídos aí os animais de estimação. A analogia usada na disputa sobre a forma de lidar com os animais de estimação em divórcios e dissoluções se dá com o instituto da guarda e da regulamentação de visitas que, muito embora tenha sido criado para a tutela de filhos menores, mostra-se adequado porque define questões, tais como a convivência, alimentos e manutenção dos incapazes, questões essas muito semelhantes à dos animais domésticos. Após análise da jurisprudência e dos projetos de lei é possível visualizar um movimento em direção da pacificação da situação da custódia dos animais de estimação quando ocorre a separação de seus tutores.

Palavras-chave: Direito dos Animais; Direito de Visita; Custódia dos Animais.

Abstract: This article intends to analyze the institute of analogical interpretation applied to the regulation of the right of visits to domestic animals after separation, taking into consideration the position of the Superior Tribunal de Justiça, which in an decision on the matter, in the judgment of the REsp 1.797.175 / SP, attributed dignity and rights to non-

human animals and nature, which also implies the recognition of their legal status as subjects of rights, as well as the Bill of the House n.º 27, 2018, which provides for the application of the *sui generis* nature to them. Divorce causes disturbances between the couple, children and other family members, including pets. The analogy used in the dispute about how to deal with pets in divorce and dissolutions is with the custodial and visiting regulation institute, which, although created for the protection of minor children, is appropriate because It defines issues such as the living, food and maintenance of the disabled, which are very similar to domestic animals. After an analysis of case law and bills, it is possible to see a movement towards the pacification of the pet custody situation when the separation of their guardians occurs.

Keywords: Animal Law; Right of Visit; Custody of Animals.

INTRODUÇÃO

O convívio de animais domésticos com seres humanos tem se tornado uma realidade cada vez mais presente nos lares brasileiros e, à medida que essas relações se consolidam, é necessário o acompanhamento do Direito a fim de regularizar as demandas advindas delas.

Segundo pesquisa feita pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE em 2013, cujos dados foram organizados pela Associação Brasileira da Indústria de Produtos para Animais de Estimação - ABINPET, o Brasil é o 4º maior país do mundo em população de animais de estimação, com 132,4 milhões e o 2º maior em população de cães, gatos, aves canoras e ornamentais¹.

Ainda segundo a ABINPET, o setor pet é o segmento do agronegócio relacionado ao desenvolvimento das atividades de criação, produção e comercialização de animais de estimação e produtos específicos para esses animais².

Por outro lado, nos últimos anos, a estrutura familiar vem se tornando um dos temas mais conflitantes no Brasil, segundo levantamento realizado pelo IBGE os divórcios têm aumentado consideravelmente. Em 2014, foram 341,1 mil, ante 130,5 mil, em 2004, representando aumento de 161,4% nesse decênio³.

Como se sabe, o divórcio causa transtornos entre o casal, filhos e os outros membros da família, incluídos aí os animais de estimação. Nesse diapasão é importante trazer que as disputas em torno de animais de estimação têm ganhado cada vez mais espaço nos tribunais, pois muitas são as famílias que possuem esses animais em casa, em que às vezes é construída uma verdadeira uma relação filial entre animal e tutor.

Assim como os processos de guarda de menores e ação de alimentos surgem após o divórcio ou a dissolução da união estável, é crescente o número de casos visando a guarda, direito de visitas e custeio dos animais de estimação. Nesses casos, pela lacuna da legislação, os julgadores, quando não extinguem a demanda sem resolução do mérito, acabam por aplicar a interpretação por analogia aos casos, conforme prevê o artigo 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.

¹ ABINPET. Mercado pet Brasil 2018, p. 5. Disponível em: <http://abinpet.org.br/download/abinpet_folder_2018_d9.pdf>. Acesso em 16 ago 2019.

² ABINPET, op. cit., p. 1.

³ IBGE. Estatísticas do Registro Civil, p. 51. Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/135/rc_2014_v41.pdf>. Acesso em 16 ago 2019.

A analogia usada na disputa sobre a forma de lidar com os animais de estimação em divórcios e dissoluções se dá com o instituto da guarda e da regulamentação de visitas que, muito embora tenha sido criado para a tutela de filhos menores, mostra-se adequado porque define questões, tais como a convivência, alimentos e manutenção dos incapazes, questões essas muito semelhantes à dos animais domésticos.

Por outro lado, é inegável que por mais diferenciada que seja a relação com os seus proprietários, os animais de estimação não são sujeitos de direitos em pé de igualdade aos filhos menores, o que traz questionamentos pertinentes à definição da natureza desses animais (KELLERMANN; MIGLIAVACCA, 2018, p. 4).

Diante deste cenário, o presente artigo propõe-se a analisar o instituto da interpretação analógica aplicada à regulamentação do direito de visitas aos animais domésticos após a separação, levando em consideração a posição do Superior Tribunal de Justiça, que em decisão inédita sobre o tema, no julgamento do REsp 1.797.175/SP, atribuiu dignidade e direitos aos animais não-humanos e à natureza, o que implica também no reconhecimento do seu status jurídico de sujeitos de direitos, bem como do projeto de lei da Câmara nº 27, de 2018, que prevê a aplicação da natureza *sui generis* aos mesmos.

Após análise da jurisprudência e dos projetos de lei é possível visualizar um movimento em direção da pacificação da situação da custódia dos animais de estimação quando ocorre a separação de seus tutores.

1. O INSTITUTO DA ANALOGIA JURÍDICA

A Analogia Jurídica, como bem ensinada nas aulas introdutórias do curso de direito, trata-se de um método de interpretação jurídica utilizado quando há ausência de previsão específica na lei sobre determinado caso concreto. Nesses casos, aos operadores do direito resta a aplicação de alguma disposição legal que regule casos que apresentem semelhanças com o caso concreto.

Tal recomendação encontra fundamento em diversas leis brasileiras, quais sejam: no artigo 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro⁴, no artigo 140 do Código de

⁴ Art. 4º. Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito;

Processo Civil⁵, no artigo 3º do Código de Processo Penal⁶, no artigo 8º da Consolidação das Leis do Trabalho⁷ e, dentre outros, no artigo 108, inciso I, do Código Tributário Nacional⁸.

A Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro em seu artigo 4º já citado garante que, com a omissão da lei, o magistrado poderá fazer o uso da analogia e outros meios para decidir o caso concreto atípico.

A autorização do uso da analogia como técnica de integração das normas visa diminuir os casos levados à justiça que poderiam não ter o respaldo judicial esperado. Sendo assim, o magistrado necessita estudar profundamente o caso para que possa aplicar a analogia da forma correta.

Dessa maneira, o procedimento da analogia consiste na aplicação de tratamento igualitário a casos que se assemelham. Assim, se um caso não possuir previsão legal, o magistrado, após profunda análise do fato novo, deverá detectar nas leis vigentes um caso que se equipare ao caso concreto não previsto em lei, em que os sujeitos apresentem a mesma razão do fato positivado, para que possa haver a aplicação da mesma disposição legal (BERTOTTI, 2012).

No caso dos animais de estimação, como será abordado no decorrer deste artigo, a ausência de normas e até mesmo de classificação adequada desses animais no ordenamento jurídico tem posto em prática o uso da analogia, principalmente no tocante ao direito de visitas e à guarda, equiparando os animais nesse caso às crianças menores de idade (VALLE; BORGES, 2018).

Ora, como já descrito anteriormente são muitas as demandas atuais que versam sobre tal lacuna, não podendo o magistrado calar-se perante tal fato, tampouco poderão as partes serem impedidas de buscar a regulamentação da “custódia” de seus animais de estimação.

⁵ Art. 140. O juiz não se exime de decidir sob a alegação de lacuna ou obscuridade do ordenamento jurídico;

⁶ Art. 3º. A lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais de direito;

⁷ Art. 8º. As autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais de direito, principalmente do direito do trabalho, e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o direito comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público;

⁸ Art. 108. Na ausência de disposição expressa, a autoridade competente para aplicar a legislação tributária utilizará sucessivamente, na ordem indicada: I - a analogia.

2. A CLASSIFICAÇÃO DOS ANIMAIS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Os animais são classificados pelo Código Civil Brasileiro como bens semoventes (BRASIL, 2002):

Art. 82. São móveis os bens suscetíveis de movimento próprio, ou de remoção por força alheia, sem alteração da substância ou da destinação econômico-social.

Como se observa, o art. 82 não é expreso quanto à classificação dos animais em bens suscetíveis de movimento próprio. Contudo, a doutrina mais tradicional ensina que os animais entram na classificação de seres semoventes, como ensina o ilustre Silvio Rodrigues (2004):

Os bens suscetíveis de movimento próprio, isto é, os animais, chamam-se semoventes. Os que se movem por força alheias, móveis propriamente ditas.

Consoante Maria Helena Diniz (2017), que considera que “pessoa é o ente físico ou coletivo suscetível de direito e obrigações, sendo sinônimo de sujeito de direito”. Entretanto, para Daniel Lourenço (2008), não é porque os animais não podem assumir deveres e contrair obrigações, e, portanto, não possuem personalidade jurídica para o ordenamento jurídico, que não poderiam ser titulares de quaisquer direitos.

Dessa forma, é possível afirmar que uma parte dos juristas contemporâneos refutam a concepção de animais como bens móveis, pois consideram a sua senciência e conseqüente significação moral. Assim, sustentam a ideia de personificação do animal, conferindo-lhes a qualidade de sujeitos de direito e não objetos de direito (KELLERMANN e MIGLIAVACCA, 2018).

Além do mais, o Decreto nº 24.645/34, revogado em 1991, que estabelecia proteção aos animais, trouxe em seu conteúdo a consideração dos animais como sujeitos de direito, uma vez que passaram a ser tutelados pelo Estado e representados em juízo por membros do Ministério Público, substitutos legais e pelos membros das sociedades protetoras de animais, conforme dispõe seu art. 2º, § 3º, onde é possível perceber que desde o século passado no Brasil já havia certa concepção que dava a classificação de sujeito de direito aos animais.

⁹ Art. 2º. Aquele que, em lugar público ou privado, aplicar ou fizer aplicar maus tratos aos animais, incorrerá em multa de 20\$000 a 500\$000 e na pena de prisão celular de 2 a 15 dias, quer o delinqüentes seja ou não o respectivo proprietário, sem prejuízo da ação civil que possa caber. [...] § 3º Os animais serão assistidos em juízo pelos representantes do Ministério Público, seus substitutos legais e pelos membros das sociedades protetoras de animais.

Apesar da revogação do decreto, posteriormente, com o advento da Constituição Federal foi incluído o art. 129, inciso III, que foi responsável por atribuir aos animais à capacidade de ir a júízo, bem como no art. 32 da Lei de Crimes Ambientais (Lei nº 9.605/98) e pela Lei da Ação Civil Pública (Lei nº 9.437/85).

Importante destacar ainda que o Brasil é signatário da Declaração Universal dos Direitos dos Animais (UNESCO, 1978), que abertamente prega que todos os animais possuem direitos.

Não obstante ainda exista impasse devido à lacuna legislativa, acredita-se que para além de classificar os animais como “pessoa”, é necessário que estes sejam titularizados como sujeitos de direitos subjetivos, pois, ainda que não o sejam, é papel do Direito garantir o mínimo existencial a esses animais (KELLERMANN e MIGLIAVACCA, 2018).

Assevera Antonio Herman Benjamin (2001), ministro do Superior Tribunal de Justiça que:

[...] o reconhecimento de direitos aos animais – ou mesmo à natureza – não leva ao resultado absurdo de propor que seres humanos e animais tenham os mesmos ou equivalentes direitos. O que se propõe é uma mudança de paradigma na dogmática jurídica.

Posto isto, apesar da legislação atual atribuir o status de “coisa” aos animais, como visto, estes não podem continuar a serem juridicamente considerados como tal, pois tal status não condiz com a realidade física e biológica desses seres.

Nesse sentido, está em tramitação atualmente no Senado Federal o projeto de Lei da Câmara nº 27, de 2018, onde é acrescentado dispositivo à Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, para dispor sobre a natureza jurídica dos animais não humanos. A justificativa para tal proposição é explicada pela ementa do projeto¹⁰:

Determina que os animais não humanos possuem natureza jurídica sui generis e são sujeitos de direitos despersonalizados, dos quais devem gozar e obter tutela jurisdicional em caso de violação, vedado o seu tratamento como coisa.

A aprovação e vigência desse projeto é urgente, haja vista os inúmeros processos que demandam aos magistrados decisões referentes aos animais de estimação, de maneira que a sua classificação irá decerto pacificar a questão no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro.

¹⁰ Câmara dos Deputados. Projeto de Lei da Câmara nº 27, de 2018, de autoria do Deputado Federal Ricardo Izar (PSD/SP). Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/133167>>. Acesso em 15 ago 2019.

3. O INSTITUTO DA REGULAMENTAÇÃO DE VISITAS E OS ANIMAIS DOMÉSTICOS

No ordenamento jurídico brasileiro a regulamentação ao direito de visita foi disposta no artigo 1.589 do Código Civil (BRASIL, 2002):

Art. 1.589. O pai ou a mãe, em cuja guarda não estejam os filhos, poderá visitá-los e tê-los em sua companhia, segundo o que acordar com o outro cônjuge, ou for fixado pelo juiz, bem como fiscalizar sua manutenção e educação.

O direito de visitas trata-se de um dever dos genitores e um direito dos filhos. Segundo Madaleno e Madaleno (2013, apud SILVA, 2015, p. 9) tal garantia legal pode ser atribuída mesmo se “o genitor não guardião for viciado em tóxicos, alcoólatra inveterado ou psicopata, porém restringido a um local adequado, determinado em juízo e com o acompanhamento de terceira pessoa, a visitação assistida”.

Como será descrito nos tópicos adiante, a jurisprudência brasileira cada vez mais vem enfrentando demandas onde é questionada a “guarda” do animal de estimação após o divórcio ou a dissolução da união estável. Nesses casos, os juízes, adequadamente, têm utilizado a analogia para aplicar o dispositivo do Código Civil citado acima, tendo em vista a lacuna da lei.

Portanto, conforme doutrina Gaeta (2003, p.74, apud SILVA, 2015, p. 9), em uma disputa judicial, ao cônjuge sem a guarda, diante da convivência e sentimento nutrido, e para o próprio bem do animal, resta solicitar ao juiz a concessão do direito de “visita, e até mesmo à participação na escolha da árvore genealógica do animal com pedigree”.

Além do mais, vale citar ainda que, amigavelmente, os cônjuges podem estabelecer o direito de visita, por meio de acordo, desde que o interesse e o bem-estar do animal de estimação sejam preservados. Não havendo consenso entre as partes, caberá ao magistrado a árdua tarefa de decidir o caso. Para tanto, vem sendo utilizado analogamente o instituto do direito de visita, previsto no Código Civil, tendo em vista o melhor para os tutores e também para o animal de estimação, a fim de não os privar da convivência estabelecida anteriormente.

3.1. ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA APLICADA À REGULAMENTAÇÃO DE VISITAS AOS ANIMAIS DE ESTIMAÇÃO

Nos últimos anos a jurisprudência brasileira tem trazido decisões que versam sobre a tutela dos animais de estimação nos divórcios ou dissoluções de união estável. Chaves (2016)

mostra que o primeiro caso registrado, relativo a guarda compartilhada de animais se deu na 22ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, em janeiro de 2015, em sede de Apelação contra uma decisão da 5ª Vara de Família do Fórum Regional do Meier que julgou demanda de dissolução de união estável com partilha de bens entre um casal.

Nesse caso, havia a disputa do casal pelo cão chamado de “Dully” da raça Cocker Spaniel. Na ocasião, o juiz de primeiro grau julgou parcialmente procedente o pedido, determinando que a mulher ficasse com a guarda do cão de estimação, por ter comprovado ser a sua legítima proprietária. Irresignado, o ex-companheiro apelou em relação à guarda do animal de estimação, sendo sua apelação cível julgada pelo Desembargador Marcelo Lima Buhatem, conforme o Acórdão¹¹ que determinou que o ex-companheiro pudesse buscar o cão em fins de semana alternados, às 10:00h de sábado, restituindo-lhe às 17:00hs do domingo.

Sobre a competência para julgamentos semelhantes a 7ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo decidiu que é de competência da Vara de Família a discussão sobre a guarda de animais¹². O entendimento foi fixado ao julgar agravo de instrumento contra decisão que extinguiu a ação, parcialmente, em relação ao pedido de “posse compartilhada e regime de visitas” de cão de estimação do casal, por entender o juiz singular que o Juízo da Família e Sucessões não é competente.

O agravante alegou que se trata de questão decorrente do termino da união estável, que deve ser resolvida pelo juízo de família. No julgamento, o desembargador José Rubens Queiroz Gomes, citou a jurisprudência da Corte no sentido de que a relação afetiva existente entre seres humanos e animais não foi regulada pelo Código Civil e que, como a lei não prevê como resolver conflitos entre pessoas em relação a animal adquirido com a função de proporcionar afeto, não riqueza patrimonial, deve o juiz decidir de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

Chaves (2016) explica que a proteção aos animais tem ampla aplicação autorizada pela Constituição no capítulo dedicado à proteção do meio ambiente, alargando o entendimento para harmonizar o melhor interesse do animal e dos tutores:

De igual maneira, a legislação infraconstitucional coíbe os maus tratos a animais. Além dessa proteção outorgada aos “pets”, não podemos esquecer que existe comprovação científica de que, entre animais e seres humanos, podem existir relações de profunda afeição mútua. Diante disso, há que se harmonizar o melhor interesse do animal com os interesses dos humanos com quem tinha uma relação de afetividade.

¹¹ TJRJ, 22ª C. Cível, AC 0019757-79.2013.8.19.0208, Rel. Des. Marcelo Lima Buhatem, j. 27/01/2015.

¹² TJSP, 7ª C. Direito Privado, AI 2052114-52.2018.8.26.0000, Rel. Des. José Rubens Queiroz Gomes, j. 23/03/2018.

Neste caso, atendeu-se ao princípio da igualdade para que os ex-consortes ficassem com a companhia do cão de maneira alternada.

As decisões acima citadas exemplificam a movimentação da máquina judiciária quanto a essa questão que, há algum tempo atrás, jamais havia sido levantada em hipótese pelos tribunais e juízes brasileiros. Ainda como exemplo será abordado a seguir um Recurso Especial julgado no Superior Tribunal de Justiça que regularizou o direito de visitas a um cão de estimação.

3.2. O CASO DO RECURSO ESPECIAL 1.713.167 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Em importante julgamento realizado em junho de 2018, o Superior Tribunal de Justiça decidiu no RESp 1.713.167/SP sobre a regulamentação de visitas a animais domésticos¹³.

No caso em questão um dos cônjuges ajuizou ação objetivando a regulação das visitas ao animal de estimação. As partes haviam convivido por mais de sete anos em união estável, sob o regime de comunhão universal, e a decisão do STJ foi com a aplicação analógica dos arts. 1.583 a 1.590 do Código Civil.

O juiz de 1º grau julgou improcedente o pedido com o seguinte fundamento (STJ, 2018):

[...] malgrado a inegável relação afetiva, o animal de estimação trata-se de semovente e não pode ser alçado a integrar relações familiares equivalentes entre pais e filhos, sob pena de subversão dos princípios jurídicos inerentes à hipótese.

Interposta apelação, o Tribunal de Justiça de São Paulo deu parcial provimento ao recurso, estabelecendo a forma de visitação, com base na aplicação da analogia do Código Civil.

No Superior Tribunal de Justiça, acertadamente em seu voto, o Ministro Luis Felipe Salomão trouxe os seguintes entendimentos:

[...] Apesar disso, observada sempre a máxima venia, não se mostra suficiente o regramento jurídico dos bens para resolver, satisfatoriamente, tal disputa familiar nos tempos atuais, como se tratasse de simples discussão atinente à posse e à propriedade.

[...] Nesse passo, não se pretende aqui humanizar o animal, tratando-o como pessoa ou sujeito de direito. Também não é o caso de efetivar-se alguma equiparação da posse de animais com a guarda de filhos. Os animais, mesmo com todo afeto merecido, continuarão sendo não humanos e, por conseguinte, portadores de demandas diferentes das nossas.

[...] Somado a isso, deve ser levado em conta o fato de que tais animais são seres que, inevitavelmente, possuem natureza especial e, como ser senciente - dotados de sensibilidade, sentindo as mesmas dores e necessidades biopsicológicas dos animais racionais -, o seu bem-estar deve ser considerado. Nessa linha, há uma série de

¹³ STJ - REsp: 1713167 SP 2017/0239804-9, Relator: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Data de Julgamento: 19/06/2018, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 09/10/2018.

limitações aos direitos de propriedade que recaem sobre eles, sob pena de abuso de direito. Portanto, buscando atender os fins sociais, atentando para a própria evolução da sociedade, independentemente do nomen iuris a ser adotado, penso que a resolução deve, realmente, depender da análise do caso concreto, mas será resguardada a ideia de que não se está diante de uma "coisa inanimada", sem lhe estender, contudo, a condição de sujeito de direito. Reconhece-se, assim, um terceiro gênero, em que sempre deverá ser analisada a situação contida nos autos, voltado para a proteção do ser humano, e seu vínculo afetivo com o animal.

Da leitura do voto, percebe-se uma visão antropocêntrica, visando resguardar em primeiro lugar a dignidade da pessoa humana, uma vez que no voto do relator é priorizado a relação estabelecida entre os ex-companheiros e o animal de estimação. Conforme Kellermann e Migliavacca (2018) o antropocentrismo entende o valor da natureza, no entanto o ser humano prevalece como a figura principal a ser protegida, permanecendo os animais como uma preocupação secundária.

No entanto, o julgamento do referido Recurso Especial pacificou a questão da competência para julgamento semelhantes, trazendo, de certa forma, a estabilidade para aqueles que desejam regularizar a situação dos animais domésticos após o divórcio ou a dissolução da união estável, sendo certo que tal pedido poderá ser dirigido ao juízo da vara de família respectiva.

4. PROJETOS DE LEI Nº 542, DE 2018

Tramita na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado o Projeto de Lei 542/18, que visa regularizar a custódia compartilhada dos animais de estimação nos casos de dissolução do casamento ou da união estável.

Tal projeto é importante para a temática trazida neste artigo uma vez que pacificará a questão trazendo segurança jurídica.

A explicação da ementa do projeto é a seguinte¹⁴:

Estabelece o compartilhamento da custódia de animal de estimação de propriedade em comum, quando não houver acordo na dissolução do casamento ou da união estável. Altera o Código de Processo Civil, para determinar a aplicação das normas das ações de família aos processos contenciosos de custódia de animais de estimação.

¹⁴ Senado Federal. Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania. Projeto de Lei da Câmara nº 542, de 2018, de autoria da Senadora Rose de Freitas (PODEMOS). Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/135006>>. Acesso em 25 ago 2019.

Baseado no REsp 1.713.167 julgado pelo STJ, o projeto de lei prevê dentre vários aspectos, os critérios para definição do lar referência do animal, o responsável pelo custeio com as despesas básicas, além de hipóteses de punição àquele que descumprir a determinação.

A aprovação do referido projeto pelo Congresso Nacional seria a melhor solução a médio prazo para muitos casais e seus respectivos animais de estimação, uma vez que a classificação do animal no ordenamento jurídico ainda continua pendente de atualização, sendo ideal que Projeto de Lei da Câmara nº 27, de 2018 seja aprovado em conjunto, trazendo a pacificação quanto à senciência dos animais.

Por fim, a promulgação do referido projeto ou de outro que verse sobre o mesmo tema vinculará os juízos brasileiros e fixará critérios a serem observados pelo magistrado, atualizando o ordenamento jurídico em relação aos anseios sociais dentro dessa temática e trazendo segurança jurídica para todos os que vivenciam ou podem vir a vivenciar essa situação.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Quando ocorre a ruptura do vínculo conjugal, na falta de acordo e havendo animais de estimação, surge a necessidade de buscar na justiça a decisão a respeito de com quem ficará com o animal. No entanto, o problema surge nesse momento da judicialização da questão, uma vez que não existe previsão legal sobre a regulamentação da custódia do animal de estimação, bem como da guarda ou direito de visita ao mesmo.

A esses casos tem sido aplicada a analogia com o instituto civil da guarda de filhos menores. No entanto, o objetivo não é dar tratamento aos animais como se seres humanos fossem, mas sim de fornecer segurança à relação criada entre o animal de estimação e seu tutor. Nesse sentido a decisão do REsp 1.713.167 se mostrou preocupada tão-somente com o ser humano como tutor do animal, ignorando qualquer direito deste último.

Para além da regularização desses casos com o uso da analogia, é necessário o reconhecimento de que os animais não se tratam de bens móveis ou semoventes, mas sim de seres vivos, dotados de sensibilidade, cognição e do desejo de permanecerem vivos, de maneira que se torna imprescindível a atualização da legislação brasileira nesse sentido.

No entanto, o próprio uso da analogia pelos magistrados já demonstra um grande passo em busca da atualização do ordenamento, pois leva em consideração um aspecto muito sublime, que é a busca da felicidade do ser, por meio da afetividade criada entre seres humanos e animais.

Com a decisão do STJ, bem como dos projetos de lei estudados neste artigo, o Poder Judiciário e o Legislativo demonstram estar em busca da sintonia frente às novas exigências sociais, protegendo o direito dos animais e da família.

REFERÊNCIAS

- ABINPET. **Mercado pet Brasil 2018**, p. 5. Disponível em: <http://abinpet.org.br/download/abinpet_folder_2018_d9.pdf>. Acesso em 16 ago 2019.
- BENJAMIN. A. H. **A natureza no direito brasileiro: coisa, sujeito ou nada disso**. Caderno jurídico: São Paulo, 2001, n. 2, p. 170.
- BERTOTTI, V. **Analogia. Doutrinas Essenciais de Direito Civil**. Revista dos Tribunais. v. 1. 2012, p. 01.
- BRASIL. DECRETO-LEI Nº 4.657, DE 4 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: 17 ago. 2019.
- BRASIL. CPC 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: 17 ago. 2019.
- BRASIL. DECRETO-LEI Nº 3.689, DE 3 DE OUTUBRO DE 1941. **Código de Processo Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 17 ago. 2019.
- BRASIL. DECRETO-LEI Nº 5.452, DE 1º DE MAIO DE 1943. **Consolidação das Leis Trabalhistas**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>. Acesso em: 17 ago. 2019.
- BRASIL. LEI Nº 5.172, DE 25 DE OUTUBRO DE 1966. **Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15172.htm>. Acesso em: 17 ago. 2019.
- BRASIL. DECRETO Nº 24.645, DE 10 DE JULHO DE 1934. **Estabelece medidas de proteção aos animais**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/D24645.htm>. Acesso em: 17 ago. 2019.
- CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Projeto de Lei da Câmara nº 27, de 2018**, de autoria do Deputado Federal Ricardo Izar (PSD/SP). Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/133167>>. Acesso em 15 ago 2019.

CHAVES, M. **Disputa de guarda de animais de companhia em sede de divórcio e dissolução de união estável: reconhecimento da família multiespécie?** 2016. Revista Direito UNIFACS – Debate Virtual. Disponível em: <<https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/4066>>. Acesso em: 29 set. 2018.

DINIZ, M. H. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 461.

IBGE. **Estatísticas do Registro Civil**, p. 51. Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/135/rc_2014_v41.pdf>. Acesso em 16 ago 2019.

KELLERMANN, L. F. e MIGLIAVACCA, C. M. **A Guarda Compartilhada dos Animais Domésticos a partir da Dissolução Matrimonial: Estudo de Caso**. In: Revista Eletrônica do Curso de Direito das Faculdades OPET. Curitiba-PR. Ano XI, n. 19, jul-dez/2018. ISSN 2175-7119.

LOURENÇO, D. B. **Direito dos animais: fundamentação e novas perspectivas**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008. p. 484-485.

RODRIGUES, S. **Direito Civil: direito de família: volume 6**. Ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 126.

SENADO FEDERAL. Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania. **Projeto de Lei da Câmara nº 542, de 2018**, de autoria da Senadora Rose de Freitas (PODEMOS). Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/135006>>. Acesso em 25 ago 2019.

SILVA, C. H. **Animais, Divórcio e Consequências Jurídicas**. Revista Internacional Interdisciplinar – INTERthesis, v. 12, n. 1, p. 9, 2015.

STJ. **REsp: 1713167 SP 2017/0239804-9**, Relator: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Data de Julgamento: 19/06/2018, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 09/10/2018.

TJRJ, 22ª C. Cível, **AC 0019757-79.2013.8.19.0208**, Rel. Des. Marcelo Lima Buhatem, j. 27/01/2015.

TJSP, 7ª C. Direito Privado, **AI 2052114-52.2018.8.26.0000**, Rel. Des. José Rubens Queiroz Gomes, j. 23/03/2018.

VALLE, A. C. N. A; BORGES, I. F. **A Guarda dos Animais de Estimação no Divórcio**. In: Academia Brasileira de Direito Civil. V. 3, n. 2 (2018), Edição Ordinária ISSN 2318-602X.

Data de submissão: 12/11/2020

Data de aprovação: 30/11/2020

Data de publicação: 31/12/2020

Este trabalho está licenciado sob uma licença [Creative Commons Attribution 4.0 International License](https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/).

A FORMAÇÃO DO BACHAREL EM DIREITO: AS METODOLOGIAS ATIVAS DE APRENDIZAGEM COMO FERRAMENTA DE CONSTRUÇÃO DA CIDADANIA

THE FORMATION OF BACHELOR IN LAW: ACTIVE LEARNING METHODOLOGIES AS A TOOL FOR THE CONSTRUCTION OF CITIZENSHIP

Mariana Fordellone Rosa Cruz*

*Mariana Fordellone Rosa Cruz é bacharel em Direito e doutoranda do programa de pós-graduação em Ciências Sociais Aplicadas da Universidade Estadual de Ponta Grossa (UEPG).

E-mail: mfr86@hotmail.com

Como citar: CRUZ, Mariana Fordellone Rosa. A formação do bacharel em Direito: as metodologias ativas de aprendizagem como ferramenta de construção da cidadania. **Revista do Instituto de Direito Constitucional e Cidadania – IDCC**, Londrina, v. 5, n. 2, e003, ago/dez, 2020. ISSN: 2596-0075. DOI: 10.48159/revistadoiccc.v5n2.cruz

Resumo: Este artigo tem por objetivo promover a reflexão sobre as metodologias ativas de ensino para o desenvolvimento da formação humanística do bacharel em Direito, voltada para o exercício da cidadania. É resultado de revisão de literatura, tendo como principais referências Berbel (1998); Cury (2002; 2009); Lander (2005); Morin (2012, 2013, 2015), entre outros. As metodologias ativas possibilitam ao aluno o exercício de protagonismo no processo de ensino e aprendizagem, bem como problematizar a realidade a partir de suas vivências e conhecimentos adquiridos de forma interativa e interdisciplinar. O horizonte das metodologias ativas é fortalecer a cidadania.

Palavras-chave: Metodologias Ativas; Cidadania; Formação em Direito.

Abstract: This article aims to promote a reflection of the active teaching methodologies for the development of education focused on the awareness and exercise of interdisciplinarity. It is a result of a literature review on Berbel (1998); Cury (2002; 2009); Lander (2005); and Morin (2012, 2013, 2015). The active teaching methodologies enable the student to play a leading role on the teaching and learning process, as well as to problematize the reality from their experiences and knowledge acquired in an interactive and interdisciplinary way. The horizon of active methodologies is to strengthen citizenship.

Keywords: Active Methodologies; Citizenship; Law School.

1 INTRODUÇÃO

No século XXI, diante de uma sociedade de redes e de movimentos, pode-se afirmar que a escola é um espaço de relações e de representações sociais, um modo de ser e de ver; trata-se, segundo Gadotti *in* Torres et. al (2008), de uma sociedade de múltiplas oportunidades de aprendizagem (“sociedade aprendente”), na qual é necessário que se aprenda a pensar autonomamente e a trabalhar colaborativamente, estando aberto a novas aprendizagens, para tornar-se sujeito da construção do conhecimento.

Nesse processo, a escola é consequência de um processo de compreensão/realização do que é essencial, permanente e transitório, para que o cidadão exerça, criticamente, a sua cidadania e construa um projeto de vida, considerando tanto a dimensão individual quanto coletiva, para viver bem em sociedade.

De fato, o ser humano é, definitivamente, complexo e, para que se desenvolva de maneira completa, é necessária a incorporação de estratégias de aprendizagem mais flexíveis e abrangentes. Assim, é imperioso que o cidadão se aproprie de um conhecimento plural, integrativo e interdisciplinar, pautado na criticidade e na solução dos problemas sociais, desenvolvendo uma verdadeira cidadania multicultural.

Diante disso, propõe-se ao estudo da interdisciplinaridade como estratégia educacional do século XXI.

Com efeito, na educação para o século XXI, a realização de exercícios e testes não mais prepararão o aluno de forma integral, pois são necessárias novas e diversificadas competências para enfrentar os desafios do presente.

Enquanto a sociedade atual anseia por cidadãos que sejam protagonistas de seu próprio desenvolvimento e de suas comunidades, o ensino tradicional ainda responde com modelos criados para atender as demandas antigas.

Portanto, a adoção de novas metodologias de ensino, focadas no indivíduo, autonomamente e como partícipe da construção de seu próprio conhecimento, é indispensável.

Dessa forma, propõe-se esse artigo à análise da contribuição das metodologias ativas de ensino para o desenvolvimento da formação do bacharel em Direito voltada para a cidadania, tendo como base a revisão de literatura. Os autores de base para o artigo foram: Berbel (1998); Cury (2002; 2009); Lander (2005); e Morin (2012; 2013; 2015).

2 A EVOLUÇÃO DOS SABERES EDUCACIONAIS E A REFORMA DO PENSAMENTO CONTEMPORÂNEO

Em busca de um conceito atual para se definir o pensamento e a sociedade, faz-se necessária a compreensão das “rupturas do ocidente”, advindas da colonização e que marcaram a inauguração da modernidade.

Para Lander (2005) estatuí que a conquista ibérica e a organização colonial do mundo, significaram não apenas a colonização dos saberes, mas das linguagens, da memória e, até mesmo, do imaginário.

Para o autor, a naturalização das relações sociais corresponde à aceitação do liberalismo como modelo civilizatório (e não apenas como padrão econômico), tornando-se a sociedade liberal a única ordem social possível.

Caminhando nesse mesmo sentido, quanto ao conhecimento e às ciências sociais, ele reafirma a hegemonia do modelo liberal também como forma de organização da propriedade, tida como única forma de vida possível.

Assim sendo, a academia ocidental teria se fundado em dois pilares: a sociedade industrial liberal como a única forma de sociedade moderna; e as formas de conhecimento europeias como as únicas formas válidas, objetivas e universais de conhecimento.

Nas ciências sociais, esse processo de cientificação da sociedade liberal, com a naturalização das sociedades modernas ocidentais como sendo detentoras da verdade serviu apenas para ocultar, negar, extirpar a expressão cultural de diversos povos, cujos traços tradicionais pré-modernos, como na América Latina, por exemplo, foram considerados uma forma de impedimento ao progresso e à transformação dessas sociedades. Para ele:

Caracterizando as expressões culturais como “tradicionais” ou “não-modernas”, como em processo de transição em direção à modernidade, nega-se-lhes toda possibilidade de lógicas culturais ou cosmovisões próprias. Ao colocá-las como expressão do passado, nega-se sua contemporaneidade (LANDER, 2005, p. 15).

De acordo com Meneses e Santos (2010), epistemologia é toda forma de conhecimento válido, que por estar inserido diferentes relações sociais, é sempre contextual (em termos culturais e políticos). Para eles, a epistemologia dominante caracteriza-se pelo mundo moderno cristão ocidental, em que houve uma intervenção baseada na força da intervenção política, econômica e militar do colonialismo e capitalismo sobre os povos e culturas não ocidentais e

não cristãos, suprimindo todas as práticas sociais de conhecimento local, substituindo-os por um conhecimento alheio. Os autores ensinam:

A epistemologia que conferiu à ciência a exclusividade do conhecimento válido traduziu-se num vasto aparato institucional – universidades, centro de investigação, sistemas de peritos, pareceres técnicos – e foi ele que tornou mais difícil ou mesmo impossível o diálogo entre a ciência e os outros saberes (MENESES; SANTOS, 2010, p. 11).

Oliveira (2008), ao analisar Boaventura de Sousa Santos, em sua obra “Um discurso sobre as ciências”, que trata das condições sociais da crise do paradigma da ciência moderna, aponta para a perda da confiança epistemológica da ciência na solução dos problemas da humanidade.

Ao tratar da reforma do pensamento e do ensino, Morin (2015) estatui que o ensino é uma missão de transmissão, sendo os pontos essenciais dessa missão, dentre outros: a cultura da distinção e da contextualização; os desafios complexos e incertezas do dia a dia; e a cidadania.

Ele finaliza apontando as cinco finalidades educativas, que devem estar ligadas entre si e alimentar umas às outras: cabeça bem-feita; ensino da condição humana; aprendizagem do viver; aprendizagem da incerteza; e a educação cidadã.

Para Petraglia (2011, p. 17): “A educação é complexa por essência, influi e é influenciada pelas partes e aspectos que a definem e a constituem”.

No processo de leitura de Morin, a autora aponta como primeiro traço a incerteza, esta como princípio norteador da humanidade, bem como a necessidade/urgência de um modo de pensamento que seja complexo, ou seja, “[...] aquele capaz de expressar todas as influências recebidas: internas e externas” (PETRAGLIA, 2011, p. 58); assim, o cerne do pensamento complexo seria a distinção e não separação.

Ao tratar da escola e da educação, aponta a necessidade da ressituação do saber, que hoje está parcelado, mutilado e disperso, sendo que o currículo escolar não oferece a visão do todo nem favorece o diálogo entre os saberes, dificultando a perspectiva do conjunto que favoreceria a aprendizagem.

Nesse mesmo sentido, Torres et. al (2008), recuperam os dizeres de Freire, a noção de que o obscurantismo é uma crítica ao poder dominante e o seu antídoto é a dupla-chave de conscientização, formada pela epistemologia da curiosidade e pela epistemologia da suspeita.

Assim, para eles, a educação voltada à educação social mostra-se como a antítese do modelo de globalização neoliberal, pois explora as desigualdades, questiona o individualismo, fornece o conhecimento e o transforma em poder, confrontando a mercantilização da educação.

Eles adicionam a essa argumentação o conceito de cidadania multilateral, a qual implica em cultivar o espírito de solidariedade através das linhas da diferença; para isso, remontam aos “círculos da cultura” freirianos, que agregam o conhecimento transversal, transdisciplinar e conectivo, transformando a educação em comunitária e cosmopolita.

Socorrendo-se dos ensinamentos de Gadotti, afirmam que a escola é um espaço de relações e de representações sociais, ou seja, um modo de ser e de ver, pois representa a sociedade de redes e de movimentos do século 21; nesta sociedade, de múltiplas oportunidades de aprendizagem (“sociedade aprendente”), é necessário que se aprenda a pensar autonomamente, trabalhar colaborativamente e estar aberto a novas aprendizagens, tornando-se sujeito da construção do conhecimento.

Nesse processo, a escola é consequência de um método de compreensão/realização do que é essencial, permanente e transitório, para que o cidadão exerça criticamente a sua cidadania e construa um projeto de vida, considerando as dimensões individual e coletiva para viver bem em sociedade; Assim chamada “Pedagogia da Autonomia”, permite voz aos silenciados e oprimidos, além de apresentar o viés da responsabilidade social da pedagogia, pautada pelo respeito à pessoa e pelo diálogo, fundamentada em uma filosofia pluralista.

De acordo com Streck (2010), ao analisar Paulo Freire e a consolidação do pensamento pedagógico na América Latina, a aprendizagem para a construção do sujeito emancipado precisa manter a unidade dialética entre “consciência e mundo”, subjetividade e objetividade, teoria e prática.

Para ele, com a pedagogia do oprimido, estabelece-se a superação da dependência a partir de uma dupla ruptura: interna, com a superação da sociedade de classes, e externa, que traz o centro de decisão para a sociedade.

Com o movimento da “educação popular”, Freire universalizou a pedagogia latino-americana, discorrendo sobre a “arqueologia da consciência”, voltada à construção de uma memória pedagógica, e sobre a “cultura do silêncio”, cujo objetivo é recuperar pedagogias silenciadas das classes populares. A cultura do silêncio é retratada pelo autor através da educação elitista, incapaz de libertar o homem, mas, que, ao contrário, proíbe a sua expressão pessoal.

Nessa perspectiva, a cultura se origina como resultado da ação transformadora do homem, que é consciente da sua atividade e do mundo em que vive. Ele afirma: “O homem, diferente do animal, não apenas vive, mas existe, e sua existência é histórica” (STRECK, 2010, p. 336).

Para ele, a cultura tanto cria quanto é criada pelo homem, e é “[...] através do ato de criar e de ser condicionado por sua própria criação [...] que ele encontra o grande desafio da liberdade” (STRECK, 2010, p. 338).

Para ele, portanto, a educação seria uma resposta objetiva dada pelas elites no poder diante da demanda das classes populares, reativando, portanto, a antiga tradição da cultura do silêncio.

Assim, para que a liberdade seja restaurada como um direito e não apenas como um privilégio a uma falsa cultura, o autor defende que as sociedades precisam se tornar “seres para si” e um dos passos para que isso ocorra é tornar a cultura um objeto cognoscível diante das classes populares.

3 A FORMAÇÃO HUMANÍSTICA DO BACHAREL EM DIREITO

Em 1808, com a chegada da Família Real no Brasil, teve início o movimento de fundação das primeiras escolas e universidades brasileiras, por uma demanda dos portugueses (não dos nacionais).

Até então, os primeiros bacharéis brasileiros buscavam sua formação na Universidade de Coimbra, cultivando a cultura de uma elite privilegiada e afastada da população.

A Lei Imperial de 11 de agosto de 1827 criou os dois primeiros cursos de ciências jurídicas e sociais no Brasil, um em São Paulo e um em Olinda e, desde então, definiu o primeiro currículo para a formação do bacharel, em 5 anos:

Direito natural, publico, Analyse de Constituição do Império, Direito das gentes, e diplomacia”; 2) “Continuação das materias do anno antecedente./Direito publico ecclesiastico”. 3) “Direito patrio civil./Direito patrio criminal com a theoria do processo criminal”; 4) “Continuação do direito patrio civil./Direito mercantil e marítimo”. 5) “Economia politica./Theoria e pratica do processo adoptado pelas leis do Imperio.

Voltando à criação dos primeiros cursos de Direito no Brasil, um em São Paulo e um Olinda, esses dois Estados, na época, eram polos com realidades culturais, sociais e econômicas

bastante distintas, sendo essa a principal razão pela diferenciação de profissionais formados no Recife e em São Paulo.

Mas é importante ressaltar que a busca pela criação dos cursos jurídicos no Brasil estava, significativamente, vinculada às exigências de consolidação do Estado Imperial.

A criação do ensino jurídico no Brasil, pelo Parlamento Imperial, teve finalidade social e institucional de formar Bacharéis em Direito para, assim, criar uma elite administrativa, social e intelectual coesa no país.

As primeiras mudanças significativas no ensino jurídico se deram com o advento da República, quando se intensificava uma preocupação com a reestruturação do ensino jurídico no Brasil, sobretudo por meio de reformas na regulamentação específica.

Em 1895, é promulgada a Lei nº 314, de 30 de outubro, a primeira mudança curricular desde o Império, que incluía cadeiras importantes na grade como Filosofia, História do Direito e Legislação comparada sobre Direito Privado:

1º ANNO: 1ª cadeira – Philosophia do direito. 2ª cadeira – Direito romano.

3ª cadeira – Direito publico e constitucional.

2º ANNO: 1ª cadeira – Direito civil (1ª cadeira). 2ª cadeira – Direito criminal (1ª cadeira). 3ª cadeira – Direito internacional publico e diplomacia. 4ª cadeira – Economia politica.

3º ANNO: 1ª cadeira – Direito civil (2ª cadeira). 2ª cadeira – Direito criminal (especialmente direito militar e regime penitenciário (2ª cadeira). 3ª cadeira – Sciencia das finanças e contabilidade do Estado (continuação da 4ªcadeira do 2º anno). 4ª cadeira – Direito commercial (1ª cadeira).

4º ANNO: 1ª cadeira – Direito civil (3ª cadeira). 2ª cadeira – Direito commercial (especialmente o direito marítimo, fallencia e liquidação judicial). 3ª cadeira – Theoria do processo civil, commercial e criminal. 4ª cadeira – Medicina publica.

5º ANNO: 1ª cadeira – Pratica forense (continuação da 3ª cadeira do 4º anno). 2ª cadeira – Sciencia da administração e direito administrativo. 3ª cadeira – Historia do direito e especialmente do direito nacional. 4ª cadeira – Legislação comparada sobre o direito privado.

Essa foi a estrutura curricular dos cursos de Direito até o ano de 1962, quando se alterou a concepção de currículo único obrigatório a todas as instituições, públicas ou privadas, para a de currículo mínimo, estabelecidas as disciplinas básicas pelo Conselho Federal de Educação, conferindo-se maior autonomia às faculdades.

As Diretrizes Curriculares Nacionais (DCN), do Ministério da Educação, definem um caminho para a proposição dos projetos pedagógicos dos cursos de graduação no Brasil.

Em busca de referências atuais que estabeleçam a formação geral para o bacharel em Direito, a resolução nº 5/2018, do Ministério da Educação (MEC), institui as Diretrizes

Curriculares Nacionais (DCN) do curso de graduação em Direito, e estabelece, em seu artigo 5º, as perspectivas formativas do curso de Direito, subdividindo-as em: formação geral, formação técnico-jurídica e formação prático-profissional; bem como, em seu artigo 3º, a análise do perfil do graduando, conforme seguem:

Art. 3º. O curso de graduação em Direito deverá assegurar, no perfil do graduando, sólida formação geral, humanística, capacidade de análise, domínio de conceitos e da terminologia jurídica, capacidade de argumentação, interpretação e valorização dos fenômenos jurídicos e sociais, além do domínio das formas consensuais de composição de conflitos, aliado a uma postura reflexiva e de visão crítica que fomente a capacidade e a aptidão para a aprendizagem, autônoma e dinâmica, indispensável ao exercício do Direito, restauração da justiça e ao desenvolvimento da cidadania

[...]

Art. 5º. O curso de graduação em Direito, priorizando a interdisciplinaridade e a articulação de saberes, deverá incluir no PPC, conteúdos e atividades que atendam às

seguintes perspectivas formativas: I - Formação geral, que tem por objetivo oferecer ao graduando os elementos fundamentais do Direito, em diálogo com as demais expressões do conhecimento filosófico e humanístico, das ciências sociais e das novas tecnologias da informação, abrangendo estudos que, em atenção ao PPC, envolvam saberes de outras áreas formativas, tais como: Antropologia, Ciência Política, Economia, Ética, Filosofia, História, Psicologia e Sociologia; [...] (MEC, 2018).

Em consonância com tais dispositivos, chega-se ao seguinte questionamento: quais seriam os pressupostos fundamentais para a construção de uma formação jurídica que assegure o desenvolvimento da cidadania?

4 CIDADANIA: A CONSTRUÇÃO DE UMA FORMAÇÃO VOLTADA AO SEU FORTALECIMENTO

O conceito de cidadania diverge conforme o nível de desenvolvimento humano e as relações sociais existentes no contexto do Estado, assim, a compreensão e amplitude do seu conceito variam no tempo e no espaço.

De acordo com Reis (1998), a multiplicidade de significados do conceito de cidadania pode ser resumida como o campo dos valores e das práticas dos direitos, bem como da efetividade de tais direitos.

No resgate histórico do seu conceito, o estudo clássico intitulado “Cidadania, classe social e status”, de 1950, do britânico Thomas Marshall, origina o conceito liberal contemporâneo de cidadania, o qual considera o gozo de direitos civis, políticos e sociais; para

ele, só haverá, de fato, o exercício da cidadania, quando presentes os direitos nos âmbitos econômico, civil, social e coletivo.

Portanto, ele propõe que a igualdade entre os cidadãos é alcançada, em parte, pela cidadania, e, em parte, pelo sistema econômico, de forma que a classe social seria um fator necessário e útil.

Noutra senda, Morais (2013) estatui que a história da cidadania moderna tem sua trajetória marcada pela articulação entre o Estado e a nação; aquele como autoridade pública e essa dotada de solidariedade social, englobando as partes da comunidade política. Para a autora:

Ser cidadão constitui-se em uma prática que, historicamente, emerge como processo de disputa no cerne das políticas nacionais e também de batalha por direitos no campo das fronteiras políticas do Estado-nação, advindo deste contexto uma concepção de cidadania que abrange a relação de pessoas e/ou grupos com o Estado e que, contemporaneamente, engloba o sentimento de pertencimento a uma dada nação. (MORAIS, 2013, p. 20915).

Entretanto, tal modelo de cidadania como Estado-Nação, pautado nas matrizes europeias de pensamento, recebe críticas no debate contemporâneo, em que a cidadania se situa no campo de ação concreta e na multiplicidade.

José Murilo de Carvalho (2014), em sua obra “Cidadania no Brasil: o longo caminho”, demonstra que a existência de uma espécie de direito não pressupõe o surgimento de outra, tendo em vista que, no Brasil, os direitos sociais precederam os direitos de cunho político e civil.

Para o autor, as condições sociais relacionadas à escravidão, ao latifúndio e à formação de grandes proprietários, foram situações que produziram consequências importantes no processo de formação da cidadania brasileira:

Escravidão e grande propriedade não constituíam ambiente favorável à formação de futuros cidadãos. [...] Entre escravos e senhores, existia uma população legalmente livre, mas a que faltavam quase todas as condições para o exercício dos direitos civis dos direitos civis, sobretudo a educação [...] Não se pode dizer que os senhores fossem cidadãos. Eram, sem dúvida, livres, votavam e eram votados nas eleições municipais [...] Faltava-lhes, no entanto, o próprio sentido da cidadania, a noção de igualdade de todos perante a lei. (CARVALHO, 2014, p. 27).

Assim sendo, depreende-se a existência de um contexto de dualidade: direitos e deveres. Tal análise permite distinguir que a existência (ou a exclusão) da cidadania se apresenta conforme o momento e as condições históricas presentes.

Sopesando as características do conceito marshalliano de cidadania, Gurza Lavalle (2003), remarca as características constitutivas da cidadania moderna, que podem ser sintetizadas em quatro elementos:

- i) universalidade da cidadania: atribuição de um status elaborado em termos de direitos universais para categorias sociais formalmente definidas, ao invés, para estamentos ou castas com qualidades substantivas inerentes;
- ii) territorialização da cidadania: territorialidade combinada com o elemento anterior para delimitar politicamente os alcances da cidadania, ou seja, assunção do território como critério horizontal a delimitar a abrangência desse status, em substituição dos princípios corporativos;
- iii) princípio plebiscitário da cidadania ou individualização da cidadania: generalização dos vínculos diretos entre o indivíduo e o Estado como forma legítima de reconhecimento e subordinação política, suprimindo não apenas o princípio funcional da tutela das antigas corporações, mas também o chamado governo indireto, quer dizer, a delegação das funções do Estado às camadas locais de intermediários entre os poderes centrais e os donos de terras, os mercenários, o clero, e os diversos tipos de oligarquias;
- iv) índole estatal-nacional da cidadania: existência de vínculo constitutivo entre cidadania e a edificação do Estado-Nação, graças à construção histórica de coincidência dupla: entre o território e um poder centralizado único, de um lado, e, do outro, entre a população constituída como comunidade política e o Estado enquanto encarnação presuntiva dessa comunidade concebida em termos culturais ou de identidade nacional. (GURZA LAVALLE, 2003, 77).

O autor afirma que, na concepção tradicional da cidadania, esses quatro elementos resultam numa síntese capaz de descrever historicamente o status moderno da cidadania, mas sem adotar qualquer afirmação sobre a substância ou dever ser da cidadania.

Para ele, a cidadania moderna, definida mediante o reconhecimento de novos direitos e de novos setores da população, encontra-se sob futuro incerto, visto que as condições que lhe deram viabilidade política e plausibilidade simbólica, sofreram mudanças profundas.

Portanto, a sociedade vem se diferenciando cada vez mais, trazendo a lume novas identidades com diferentes reivindicações, o que embarga a noção de cidadania enquanto status universal e suscita questionamentos a respeito do seu futuro e da sua reconstrução.

Definidas as premissas sob as quais se discute a cidadania no contexto desse artigo, passa-se, agora à interlocução dela com a educação.

Segundo Saes (2016), há que se ponderar a indissociável correlação entre a educação e a cidadania, o que pode ser feito sob duas perspectivas: a primeira consiste em qualificar o direito à educação como um direito instrumental, sem o qual todos os outros direitos não podem se concretizar, ou seja, o autor estabelece a educação enquanto um instrumento que possibilita o exercício da cidadania e dos demais direitos fundamentais; já a segunda linha versa sobre a

educação enquanto “um fim em si mesmo”, cuja justificativa reside na possibilidade de desenvolvimento intelectual das pessoas, possibilitando o acesso a “todo o saber historicamente acumulado”.

Com efeito, conforme os dizeres de Henriques (2000) reforçam as características da educação cidadã:

A educação para a cidadania toca todos os registros da existência humana: desde as redes de proximidade da família, escola e comunidade local, até aos grandes espaços públicos da vida nacional [...]. Por outro lado, o conceito de educação é aproximável de conceitos que levantam problemas profundos como sejam formação, ensino, e socialização, entre outros. Assim, não é pacífica, nem nunca será, a caracterização conceptual da «educação para a cidadania», quer pelos reflexos no processo educativo, quer pela clarificação preliminar que exige de conceitos da ciência e da filosofia. (HENRIQUES, 2000, pp. 37-38).

Nesse mesmo sentido, Teixeira (2016) afirma a educação tem como finalidade possibilitar o desenvolvimento de aspectos da personalidade e da vida humana que vão além daqueles realizados nas atividades de ensino; para ela, sua função é possibilitar a cada um a compreensão da realidade individual e social para poder, por meio do exercício da cidadania, atuar na elaboração, realização e fiscalização das atividades estatais.

Em tempo, os dizeres de Brzezinski e Santos (2015) corroboram tal entendimento, estatuidando que “a cidadania se aprende, mas, sobretudo, se conquista”, e a melhor forma de conquistá-la é pela educação, um verdadeiro instrumento de revolução cultural, meio e fim para a construção de uma sociedade mais justa e livre.

Noutra linha é a lição de Saviani (2013), segundo a qual a educação não institui a cidadania, mas proporciona as condições para o desenvolvimento de uma sociedade mais igualitária, constituindo-se numa atividade mediadora das práticas sociais. Ele explica:

Assim, a educação é entendida como instrumento, como um meio, como uma via através da qual o homem se torna plenamente homem apropriando-se da cultura, isto é, a produção humana historicamente acumulada. Nesses termos, a educação fará a mediação entre o homem e a ética permitindo ao homem assumir consciência da dimensão ética de sua existência com todas as implicações desse fato para a sua vida em sociedade. Fará, também, a mediação entre o homem e a cidadania, permitindo-lhe adquirir consciência de seus direitos e deveres diante dos outros e de toda a sociedade... Em outros termos, pela mediação da educação, será possível construir uma cidadania ética e, igualmente uma ética cidadã. (SAVIANI, 2013, p. 1).

Assim, ressalta-se a importância (e a responsabilidade) da educação na formação de cidadãos conscientes de sua contribuição para a sociedade.

Questiona-se, portanto: os cidadãos que vêm sendo formados no atual contexto educacional possuem em sua formação tal capacidade e autonomia?

A área de ciências sociais aplicadas reúne campos interdisciplinares do conhecimento, voltados para os aspectos sociais das diversas realidades humanas. O seu objetivo é compreender as necessidades sociais e, também, as consequências do convívio coletivo na sociedade e nas organizações, tendo em vista o bem-estar social.

Nesse sentido, é imperioso que se perpetre a constante atualização dos indivíduos, contribuindo para o seu livre e pleno desenvolvimento, de forma que colaborem, constante e amplamente, para o delineamento da comunidade na qual estão inseridos.

E a principal condição para o advento dessa “racionalidade iluminada”, enquanto condição ínsita à sociedade civil, é a instrução, pois ela garante o exercício dos direitos subjetivos de cada um (CURY, 2002, p. 248).

Enquanto mecanismo de responsividade face aos desafios da sociedade contemporânea, a difusão do ensino pressupõe a busca de um padrão científico e fundamentado dos conteúdos acumulados e transmitidos; Entretanto, mais do que isso, ele representa “[...] um conjunto de conhecimentos e habilidades capazes de possibilitar a todos o acesso a formas de ser e de se comunicar como um participante do mundo” (CURY, 2009).

Nesse sentido, de acordo com Ferrari (2008, p. 1), para Paulo Freire, mentor da educação para a consciência e o mais célebre educador brasileiro, o objetivo da escola é ensinar o aluno a “ler o mundo” para poder transformá-lo, de forma que o objetivo maior da educação seria promover na aprendizagem o processo de conscientização do educando.

Ele afirma, ainda, que ao propor uma prática de sala de aula que pudesse desenvolver a criticidade dos alunos, o método proposto por Freire condenava o ensino oferecido pela maioria das escolas, em que, segundo ele, o professor deposita o conhecimento e o aluno tem um papel apenas receptivo; em outras palavras, o saber é visto como uma doação dos seus detentores; ou seja, uma escola alienante, privativa da curiosidade, do espírito investigador e da criatividade dos educandos (FERRARI, 2008).

Com efeito, a criticidade é inerente ao processo de ensino e, nas palavras do próprio educador: “[...] É preciso, portanto, fazer desta conscientização o primeiro objetivo de toda a educação: antes de tudo provocar uma atitude crítica, de reflexão, que comprometa a ação” (FREIRE, 1985, p.51).

De fato, para a sociedade contemporânea marcada pela globalização, com a expansão da urbanização e o rápido desenvolvimento tecnológico, uma “educação enciclopédica”, centrada em temas desassociados da realidade, não atende às novas demandas sociais.

Como apontou um relatório da Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (UNESCO), publicado em 1996, quatro devem ser os pilares da Educação para o século XXI. São eles: Aprender a conhecer, aprender a fazer, aprender a viver e aprender a conviver.

O desenvolvimento dessas competências (conhecer, fazer, ser e conviver) deve nortear o trabalho pedagógico, a fim de garantir uma educação integral e significativa.

Em última instância, é fundamental que as instituições de ensino promovam uma educação contextualizada, na qual o aluno aprenda a viver em sociedade, aprimorando suas capacidades de leitura, escrita, comunicação e resolução de problemas, a partir da análise da realidade que o cerca, de seus interesses, vivências e experiências pessoais.

Nessa perspectiva, alfabetizar utilizando temas mobilizadores inerentes ao espaço vivido pelos educandos conduz a “debates” e à “compreensão de mundo”.

Assim, a discussão e a exposição de ideias pelo grupo produzem argumentação, reflexão e criticidade, característicos da verdadeira educação, que objetiva a conscientização dos sujeitos.

De acordo com Brandão (1985), a mobilização para o debate sobre temas geradores é conhecida como “círculo de cultura”: círculo, pois se trata da disposição espacial do grupo em forma multidirecional, dinâmica e que permita a participação ativa dos educandos; e de cultura, pois todos aprenderão juntos, construindo cultura coletiva.

Esta organização do espaço na sala de aula gera o diálogo, pois permite a participação de todos na temática a ser discutida em igualdade de condições, e, conseqüentemente, proporciona maior efetividade do trabalho pedagógico.

Nessa metodologia, o trabalho docente tende a proporcionar uma percepção crítica sobre a realidade, fornecendo subsídios para uma análise dos fatos, tornando os cidadãos conscientes e transformadores da realidade na qual estão inseridos; ou seja, sujeitos em constante interação com o mundo.

A alfabetização conscientizadora marcha nessa mesma linha de raciocínio, pois parte da necessidade do ensino ocorrer com base nas experiências dos educandos, produto da cultura socialmente construída. Dessa forma, o ensino passa a ter relevância social, e a educação, a contribuir para a formação integral do indivíduo.

Portanto, pode-se afirmar que um método de alfabetização que privilegie o potencial pensante e criador dos educandos depende da aplicação de um método de diálogo, que busque a alfabetização conscientizadora.

Assim, a conscientização não é apenas um conteúdo a ser ensinado, mas um modo de ensinar, um reflexo de uma concepção de mundo, indivíduo e sociedade, que respeita o aluno como sujeito; alfabetizar conscientizando, é, portanto, um processo de ensino voltado ao desenvolvimento da capacidade crítico-reflexiva dos educandos.

5 AS METODOLOGIAS ATIVAS DE ENSINO-APRENDIZAGEM COMO ESTRATÉGIA PARA UMA FORMAÇÃO CIDADÃ

Diante da necessidade premente do desenvolvimento de estratégias voltadas à concretização da nova forma de ensinar, surgem novas práticas pedagógicas centradas na aprendizagem e com o foco principal no aluno como protagonista de sua própria aprendizagem. Dois deles, que serão objeto de estudo a partir de agora, são: a metodologia da problematização e a aprendizagem baseada em problemas (ABP).

O movimento da “Escola Nova”, movimento progressista na educação, surgiu no final do século XIX e início do século XX, teve como um de seus representantes John Dewey, cuja prática pedagógica trouxe a mais importante inspiração para a “aprendizagem baseada na resolução de problemas”.

De acordo com Cambi (1991), a Pedagogia Ativa ou Pedagogia da Ação, de Dewey, propõe que a aprendizagem parte de problemas ou situações extraídos de situações e experiências reais, mobilizando práticas de investigação e a resolução criativa dos problemas, pois propiciam dúvidas e descontentamento intelectual.

Assim, ela traz métodos de aprendizagem centrados no aluno, que deixa o papel de receptor passivo do conhecimento e assume o lugar de protagonista de seu próprio aprendizado.

De acordo com Souza e Dourado (2015, pp. 184 e 185), a aprendizagem baseada em problemas (ABP) é definida como “uma estratégia de método para aprendizagem, centrada no aluno e por meio da investigação, tendo em vista à produção de conhecimento individual e grupal, de forma cooperativa, e que utiliza técnicas de análise crítica, para a compreensão e resolução de problemas de forma significativa e em interação contínua com o professor tutor”.

Os autores afirmam que a ABP promove a aquisição de conhecimentos, o desenvolvimento de habilidades, competências e atitudes em todo processo de aprendizagem. Assim, ela se apresenta como um modelo didático que promove uma aprendizagem integrada e contextualizada.

Também são estimuladas outras dimensões da aprendizagem, como a motivação estimulada pela curiosidade sobre os temas de cada área de estudo e as habilidades de

comunicação individual e grupal, fundamentais para o desenvolvimento da aprendizagem pelo grupo. Souza e Dourado (2015) afirmam:

A estrutura da ABP foi concebida justamente para que o aluno desenvolva habilidades e capacidades para proceder à investigação de forma metódica e sistemática; para aprender a trabalhar em grupo cooperativo e alcançar os resultados da pesquisa, de forma satisfatória, complementando sua aprendizagem individual (SOUZA e DOURADO, 2015, p. 185).

Para Delisle (2000), a opção por uma metodologia de aprendizagem centrada no aluno acentua a importância da ABP, pois possibilita o desenvolvimento de atividades que envolvem a participação enquanto indivíduo e em grupo, nas discussões críticas e reflexivas que são travadas diante da apresentação do problema; em última instância, a ABP envolve a discussão e a investigação cooperativa, conferindo maior relevância e aplicabilidade aos conceitos aprendidos.

Em contraponto, os métodos tradicionais de ensino proporcionam o aprendizado de conceitos num contexto teórico e o principal produto do é representado pela memorização.

O método compreende o ensino e a aprendizagem a partir de uma visão complexa e transdisciplinar que proporciona aos alunos a convivência com a diversidade de opiniões.

A metodologia da aprendizagem baseada em problemas (ABP) ou problem based learning (PBL) pressupõe a abordagem de temas e conteúdos a partir de casos reais, de forma a se aliar a prática à teoria, orientando o sentido da aprendizagem.

Ela se baseia no estudo dos problemas propostos, com a finalidade de induzir o aluno ao estudo de determinados conteúdos; trata-se de uma metodologia formativa – e não meramente informativa, que estimula uma atitude ativa do aluno em busca do conhecimento.

A discussão de um problema ocorre em duas fases. Na primeira, em que o problema é apresentado, os alunos formulam objetivos de aprendizado a partir da sua discussão. Na segunda, após estudo individual, os alunos rediscutem o problema à luz dos novos conhecimentos adquiridos.

Na opção pela aprendizagem baseada em problemas, definem-se porções de conteúdos, que serão tratados de modo integrado, e definem-se modos de agir para ensinar, aprender, administrar, apoiar e organizar materiais (BERBEL, 1998).

Essa metodologia não requer grandes alterações materiais ou físicas na escola, mas na postura do professor e dos alunos, para que, de fato, haja um tratamento reflexivo e crítico dos temas.

Já a metodologia da problematização é um método que caminha por etapas distintas e encadeadas a partir de um problema detectado na realidade. Ela tem referência no Método do Arco, de Charles Maguerez, em que existem cinco etapas que se desenvolvem a partir da realidade ou de um recorte da realidade.

A primeira etapa desse método é a observação da realidade social pelos alunos, a partir de um tema ou de unidade de estudo; a partir dessa observação, permite-se aos alunos identificar dificuldades, carências e discrepâncias de várias ordens, que serão, então, problematizadas. A segunda etapa que é a dos pontos-chave, em que os alunos são levados a refletir primeiramente sobre as possíveis causas da existência do problema em estudo. A terceira etapa é a da teorização, que é a etapa da investigação propriamente dita. A quarta etapa é a das hipóteses de solução; ou seja, o estudo realizado deverá fornecer elementos para os alunos elaborarem as possíveis soluções. A quinta e última etapa é a da aplicação à realidade, completando-se o arco de Maguerez, com o sentido de levar os alunos a exercitarem a cadeia dialética de ação-reflexão-ação, ou seja, prática-teoria-prática, tendo a realidade social como ponto de partida e de chegada do processo de ensino e aprendizagem (BERBEL, 1998).

Assim, trata-se a metodologia da problematização de um método que caminha por etapas distintas e encadeadas a partir de um problema detectado na realidade; portanto, pressupõe métodos, técnicas, procedimentos ou atividades intencionalmente selecionados e organizados em cada etapa, de acordo com o problema escolhido ou os participantes envolvidos. De acordo com Berbel (1998):

Volta-se para a realização do propósito maior que é preparar o estudante/ser humano para tomar consciência de seu mundo e atuar intencionalmente para transformá-lo, sempre para melhor, para um mundo e uma sociedade que permitam uma vida mais digna para o próprio homem. (BERBEL, 1998, p. 144).

De acordo com a autora, a partir da observação da realidade e a discussão coletiva sobre os dados coletados, e, mediante a reflexão sobre as possíveis causas e determinantes do problema, com a elaboração de hipóteses de solução e a intervenção direta na realidade social, o objetivo maior dessa metodologia ativa de aprendizagem é:

A mobilização do potencial social, político e ético dos alunos, que estudam cientificamente para agir politicamente, como cidadãos e profissionais em formação, como agentes sociais que participam da construção da história de seu tempo, mesmo que em pequena dimensão. (BERBEL, 1998, p. 145).

Assim, ao trabalhar com problemas reais, a ABP expurga a ideia de memorização de conceitos; o seu cerne, outrossim, consiste em processar as informações adquiridas, acrescentando novas compreensões significativas, para a ampliação do conhecimento investigado. Além disso, abandona a compreensão linear dos conceitos, compreendendo o conhecimento como um processo de várias dimensões e variáveis que devem ser levadas em consideração, tais como: espaço, tempo, disponibilização da informação correta organizada e bem argumentada, colocando em prática determinadas habilidades sociais, o compartilhamento de informações, e a organização em grupos.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

No âmbito das relações sociais, como grandes competências exigidas contemporaneamente, tem-se a formação de cidadãos críticos, que desenvolvam a capacidade de assumir riscos e propor alternativas, não se limitando a reproduzir conceitos, e que pensem e enfrentem problemas, propondo soluções.

A modernidade, marcada pela ocidentalização da cultura, com a imposição de seus saberes, culminou no extermínio das culturas pré-modernas, com a subjugação dos povos a uma lógica científica padronizada e limitada.

Entretanto, como características primárias das sociedades, devem ser consideradas a subjetividade, a cidadania e a regulação própria de cada uma delas, sendo imperiosa, por isso, uma articulação entre a democracia representativa e participativa, para que os sujeitos se tornem parte de sua história e dos destinos da sociedade na qual estão inseridos.

Para Morin (2013), a própria ideia de desenvolvimento (atrelada ao crescimento) é subdesenvolvida, pois representada por uma fórmula-padrão que desconsidera os contextos humanos e culturais; nesse contexto, a educação hiperespecializada reflete uma nova cegueira, alimentada pela ilusão de que a racionalidade determina o desenvolvimento, assim sendo, a dissociação dos saberes acarreta um subdesenvolvimento intelectual.

Assim sendo, critica-se a ideia de desenvolvimento financeiro e tecnológico como sucedâneo da modernidade, impondo-se o início de um importante processo de conscientização, diante dos diversos obstáculos políticos e culturais que se apresentam nas diversas esferas sociais e diante das diferentes culturas.

Portanto, como caminho a ser seguido, em busca da retomada do conhecimento total e global, apontam-se alternativas epistemológicas que considerem a pluralidade do mundo e a multiplicidade de ações e agentes sociais, em vista da construção de um conhecimento moderno amplo, complexo e fiel aos preceitos sociais peculiares de cada indivíduo e sociedade.

Para Vygotsky (1984, p. 63), "O ser humano só adquire cultura, linguagem, desenvolve o raciocínio se estiver inserido no meio com os outros"; com efeito, a sua teoria da zona do desenvolvimento proximal (ZDP), que aborda os fenômenos do desenvolvimento do indivíduo através da interação, e os caminhos traçados até que se adquira o conhecimento real, é o principal postulado da corrente pedagógica do sociointeracionismo, e retrata a importância da interação com o meio.

O autor, um psicólogo bielorrusso, é, ao lado de Piaget, uma referência nos estudos relativos ao desenvolvimento intelectual do sujeito, reafirmando que processo de aprendizagem ocorre a partir das interações sociais e das condições de vida do sujeito aprendente.

Diante do exposto, como estratégia para recuperar a integração dos saberes, primando pelas aproximações interdisciplinares do conhecimento da realidade com os conteúdos ensinados, em busca da verdadeira formação cidadã do bacharel em Direito, a adoção de metodologias ativas de aprendizagem, representam uma estratégia viável de fortalecimento dos vínculos coletivos dos cidadãos, atentos às necessidades prementes das sociedades nas quais estão inseridos, de forma a participarem ativamente no levantamento dos problemas existentes e na busca de soluções.

Tal feito retrata a verdadeira cidadania na concepção contemporânea do termo, qual seja, a interação do cidadão com o coletivo e sua imersão no universo multifacetado das práticas sociais.

REFERÊNCIAS

BERBEL, N.A.N. **A problematização e a aprendizagem baseada em problemas: diferentes termos ou diferentes caminhos?** In Interface – Comunic, Saúde, Educ 2. Pp.139-154, 1998.

BORGES, V. **A reconstrução de uma ética pedagógica libertadora à luz de Paulo Freire.** Curitiba, PR: CRV, 2013.

BRANDÃO, C.R. **O que é método Paulo Freire.** 8.ed. São Paulo: Brasiliense, 1985.

BRZEZINSKI, I.; SANTOS, C. A. **Sentido e significados da política: ação e liberdade.** Brasília: LiberLivro, 2015.

CAMBI, F. **História da Pedagogia.** São Paulo: UNESP, 1999.

CARVALHO, J.M.D. **Cidadania no Brasil: o longo caminho.** Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2014.

CURY, C.R.J. **Direito à educação: Direito à Igualdade, direito à diferença.** In Cadernos de Pesquisa, n. 116, julho/52-20602, julho/2002.

_____. **O Direito à educação:** Um campo de atuação do gestor educacional na escola. Ministério da Educação - Escola de Gestores (junho/2009).

DELISLE, R. **Como realizar a Aprendizagem Baseada em Problemas.** Porto: ASA, 2000.

DOURADO, L.; SOUZA, S.C. **Aprendizagem Baseada em Problemas (ABP):** um método de aprendizagem inovador para o ensino educativo. HOLOS, Ano 31, Vol. 5, 2015.

FERRARI, M. Paulo Freire, o mentor da Educação para a consciência. **Nova Escola**, 2008. Disponível em: <<https://novaescola.org.br/conteudo/460/mentor-educacao-consciencia>>. Acesso em 15 abr. 2019.

FREIRE, P. **Pedagogia do Oprimido.** Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1985.

GURZA LAVALLE, Adrián. **Cidadania, Igualdade e Diferença.** Lua Nova: revista de cultura e política, São Paulo, n.º. 59, 2003.

HENRIQUES, Mendo Castro. **Perspectivas conceptuais da educação para a cidadania.** Intervenção proferida no âmbito do Colóquio “Cidadania, Educação e Defesa 2000”, Instituto da Defesa Nacional. Lisboa, 2000.

LANDER, E. **Ciências Sociais:** saberes coloniais e eurocêntricos. In: LANDER, Edgardo (org.) A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais - perspectivas latino-americanas. Buenos Aires: CLACSO, 2005.

MARSHALL, T.H. **Cidadania, classe social e status.** Rio de Janeiro: Zahar, 1967.

MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO E CULTURA. Resolução nº 5 de 17 de dezembro de 2018.

MORAIS, I.A. **A Construção Histórica do Conceito de Cidadania:** o que significa ser cidadão na sociedade contemporânea? XI Congresso Nacional de Educação. Curitiba: 2013.

MORIN, E. **A cabeça bem-feita:** repensar a reforma e reformar o pensamento. Tradução de Eloá Jacobina. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2012.

_____. **A via para o futuro da humanidade.** Tradução de Edgard de Assis Carvalho e Marisa Perassi Bosco. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2013.

_____. **Introdução ao pensamento complexo.** Tradução de Eliane Lisboa. Porto Alegre: Sulina, 2015.

OLIVEIRA, I.B. **Boaventura e a educação.** Belo Horizonte: Autêntica, 2008.

PETRAGLIA, I. **Edgar Morin:** a educação da complexidade do ser e do saber. Petrópolis, RJ: Vozes, 2011.

REIS, E. P. **Processos e escolhas.** Estudos de sociologia política. Rio de Janeiro: Contra Capa, 1998.

- SAES, D.A.M. **Cidadania e classes sociais** – teoria e história. São Paulo: Metodista, 2016.
- SANTOS, B.S. **Um Discurso sobre as Ciências**. 5. ed. São Paulo: Cortez, 2008.
- SANTOS, B.S.; MENESES, M.P. **Epistemologias do Sul**. São Paulo, Cortez, 2010.
- SAVIANI, D. **Ética, educação e cidadania**. Revista n° 15. Disponível em:
<http://portalgens.com.br/portal/images/stories/pdf/saviani.pdf>. Acesso em: 18 jan. 2017.
- STRECK, D. **Fontes da pedagogia Latino-americana**: uma antologia. Belo Horizonte: Autêntica Editora: 2010. 459 p.
- TEIXEIRA, M.C. **Educação para a Cidadania**, Fundamento do Estado Democrático de Direito. Tese de Doutorado apresentada ao Programa de Pós-graduação da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo: 2016.
- TORRES, C. A. (et al.) **Reinventando Paulo Freire no século 21**. São Paulo: Ed. e Livraria Paulo Freire, 2008.
- UNESCO. **Educação**: Um Tesouro a Descobrir. Relatório para a UNESCO da Comissão Internacional sobre Educação para o século XXI. São Paulo: Cortez, 1998.
- VYGOTSKY, L. S. **A formação social da mente**. São Paulo: Martins Fontes, 1984.

Data de submissão: 29/09/2020
Data de aprovação: 13/10/2020
Data de publicação: 31/12/2020

Este trabalho está licenciado sob uma licença Creative Commons Attribution 4.0 International License.

A PARTICIPAÇÃO INDÍGENA NA CONSTRUÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS NA SOCIEDADE DO CONHECIMENTO

LA PARTICIPACIÓN DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS EN EL ESCENARIO DE LAS POLÍTICAS PÚBLICAS BAJO EL ANÁLISIS DE LA SOCIEDAD DEL CONOCIMIENTOS

Marília Rulli Stefanini*

*Doutoranda em Direito Pontifícia Universidade Católica (PUC-SP) bolsista CAPES. Mestra em Direito pelo UNIVEM. Docente na Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul – UEMS – Unidade de Paranaíba-MS e nas Faculdades Integradas de Paranaíba-FIPAR. Advogada.

E-mail: mariliastefanini@yahoo.com.br.

Como citar: STEFANINI, Marília Rulli. A participação indígena na construção de políticas públicas na sociedade do conhecimento. **Revista do Instituto de Direito Constitucional e Cidadania – IDCC**, Londrina, v. 5, n. 2, e004, ago/dez, 2020. ISSN: 2596-0075. DOI: 10.48159/revistadoidcc.v5n2.stefanini

Resumo: A pesquisa possuiu o cerne de refletir a respeito da participação dos povos indígenas no cenário das políticas públicas sob a análise da sociedade de conhecimentos. Todas as ações governamentais devem respeitar as diversidades culturais, e as políticas públicas pressupor as representatividades dos coletivos. Em razão disso, as políticas indigenistas devem proporcionar o diálogo direto entre aqueles que as criam e os que são considerados destinatários (indígenas). É necessária a participação democrática e cidadã indígena naquilo que diz respeito às medidas estatais que lhes atinjam diretamente, posto que se deva resguardar a existência pluricultural diversificada em uma sociedade de conhecimento. Assim sendo, há necessidade de consulta indigenista prévia para a construção das políticas públicas, à medida que as normas de um Estado Democrático do Direito asseguram as existências culturalmente diferenciadas. Por fim, ressalta-se que para a confecção deste ensaio realizou-se estudo exploratório bibliográfico, sob o enfoque do método qualitativo.

Palavras-chave: políticas públicas; indígena; consulta prévia; diversidades culturais; sociedade de conhecimentos.

Resumen: La investigación estuvo en el centro de la reflexión sobre la participación de los pueblos indígenas en el escenario de las políticas públicas bajo el análisis de la sociedad del conocimientos. Todas las acciones gubernamentales deben respetar la diversidad cultural y las políticas públicas asumen la representatividad de los colectivos. Como resultado, las políticas indígenas deben brindar un diálogo directo entre quienes las crean y quienes son considerados receptores (indígenas). La participación ciudadana democrática e indígena es necesaria en lo que concierne a las medidas estatales que los afectan directamente, ya que es

necesaria para salvaguardar la existencia multicultural diversificada en una sociedad del conocimiento. Por tanto, existe la necesidad de una consulta indígena previa para la construcción de políticas públicas, ya que las normas de un Estado Democrático de Derecho aseguran existencias culturalmente diferenciadas. Finalmente, se destaca que para la elaboración de este ensayo se realizó un estudio bibliográfico exploratorio, bajo el enfoque del método cualitativo.

Palabras clave: políticas públicas; indígena; consulta previa; diversidades culturales; sociedad del conocimientos.

INTRODUÇÃO

Este artigo perfaz-se como fruto de algumas ponderações a respeito da necessidade de realização de consulta prévia aos povos indígenas no que tange às medidas públicas que possam interferir, ou interferem, diretamente em seus direitos e vivências particularmente diferenciadas.

Em que pese, no decorrer das análises, nota-se que as medidas adotadas pelos entes estatais, de forma tradicional, para constituir, decodificar e implementar a atuação das lideranças indígenas quanto ao Direito não se atentam à compulsoriedade da participação dos coletivos indígenas no que tange à tomada de decisão naquilo que é inerente aos seus modos de existir, perpetuando, com isso, uma política colonialista tendente a não considerá-los no universo democrático.

Nesse sentido, a contenção, ou limitação, da participação indígena nos artifícios criadores e aplicadores do direito configura-se como a espinha dorsal no que diz respeito às frustrações para a efetividade dos Direitos Fundamentais dos povos indígenas, que, por sua vez, é sinônimo da manutenção de uma vida digna, conforme do texto do Art. 1º da Constituição Federal de 1988.

Assim sendo, importante se faz um diálogo aberto, intercultural e garantidor dos direitos às diferenças entre indígenas e Estado, com o fito de promover a construção do direito sob o flanco da Constituição, donde se considera como premissa o disposto no Art. 1º da Carta Magna, que, por sua vez, assegura ser todo o poder oriundo do povo e exercido por meio da representação.

Dessa forma, não se pode considerar a democracia como um instituto reducionista a validar apenas a vontade de maioria, mas que se ocupe da tutela de todos, indistintamente, a partir de suas peculiaridades e diversidades, por exemplo, étnicas.

A partir disso, uma sociedade de conhecimento traduz-se na efetividade de participação plural no contexto democrático, ou seja, um ambiente social que não permita a participação indigenista em sua construção não é concebido como uma real sociedade de conhecimento, já que considera, apenas, a participação não indígena na criação, por exemplo, de suas políticas públicas.

O problema da desigualdade social, mesmo que sob a perspectiva étnica, dimensiona a questão do acesso à informação e ao conhecimento, já que o conhecimento partilhado,

legitimado e adotado provém, em grande escala, de uma sociedade não pluralista, mas ocidentalizada.

No que toca à consulta prévia dos povos indígenas, disposta na norma Constitucional e na Convenção n. 169 da OIT, imperioso concebê-la como um instrumento capaz de originar diálogos interculturais pacíficos, fortalecendo o conceito de representação democrática, bem como inserção inclusiva daqueles povos considerados culturalmente diferenciados.

Em razão disso, não há o que questionar acerca da necessidade e obrigatoriedade de consulta prévia aos indígenas no que diz respeito à formulação, implementação e concretização de políticas públicas, uma vez que se perfazem como medidas governamentais ‘capazes’ de programarem Direitos Fundamentais, e, por conseguinte, políticas públicas relativas a direitos indígenas não podem ser elaboradas por pessoas, apenas, detentoras de cultura não indígena.

Ademais, a partir do cenário de reprodução preconceituosa e violenta de escravismo, perseguições e dominação cultural pelos Jesuítas, o caminho percorrido pelos agentes públicos, especificamente, quanto às políticas públicas, registra-se e perpetua-se como modelo arbitrário e opressor diante da não efetividade e obediência da consulta prévia aos resistentes seres indígenas, ou seja, não se partilha o conhecimento pluralista, donde subsiste uma sociedade fragmentada e dominada pelos interesses de conglomerados econômicos.

1 POLÍTICAS PÚBLICAS: ALGUMAS CONSIDERAÇÕES

Políticas públicas devem ser compreendidas como ações, diretrizes e princípios estatais voltados para a manutenção da relação entre Estado (na esfera federal, estadual, municipal e distrital) e sociedade, materializadas em documentos, como, por exemplo, programas sociais que visem à promoção dos Direitos Fundamentais por meio da utilização de recursos públicos próprios para este fim.

Entretanto, nem sempre ocorre compatibilidade entre as políticas públicas a serem desenvolvidas pelo Estado e a concretização dos Direitos Fundamentais, ao passo que este item (a compatibilidade entre os dois institutos) deve ser verificado *a priori* para que se evitem políticas públicas não efetivas.

Destarte, referida compatibilização edifica-se na adequação das ações desenvolvidas pelo Estado em plano infraconstitucional, à medida que do mandamento de otimização Constitucional Fundamental depreende-se a aplicação imediata desses direitos, tais como

liberdade, saúde, educação, trabalho, moradia, lazer etc. (BRASIL, Constituição Federal, Art. 6º, 1988).

Quanto aos trâmites seguidos para a edição e validade das políticas públicas, nos eximimos da responsabilidade de adentrar a este campo, já que não se configura imprescindível ao estudo. Todavia, destaca-se que políticas públicas são programas e ações desenvolvidas pela função executiva do Estado com a meta precípua de promover o bem-estar social a partir da tutela dos direitos contemplados no ordenamento jurídico social.

De tal modo, referidas ações podem surgir *ex officio* pelo Executivo; serem demandadas pelo Judiciário; ou por representantes sociais aptos para tanto, valendo-se de requerimentos destinados aos chefes do Executivo (Presidente da República, Governador e/ou Prefeito).

Em relação às políticas públicas destinadas aos povos indígenas, existem disposições normativas que exigem a presença destes sempre que medidas administrativas ou legais afetarem seus povos. Em razão disso, nos termos do Art. 6º¹ da Convenção n. 169 da OIT (Organização Internacional do Trabalho), promulgada no Brasil pelo Decreto n.5.051 de 19 de abril de 2004, há referida obrigatoriedade participativa para que haja respeito à diversidade cultural e existencial desse segmento social, à proporção que o desrespeito a esse direito configura, indubitavelmente, lesão aos direitos garantidores da Dignidade Humana e existência transindividual indigenista.

Deste modo, no Estado de Mato Grosso do Sul existe, por exemplo, uma política pública voltada a (tentar) oportunizar o exercício do Direito Fundamental à educação superior aos povos indígenas por meio de auxílio financeiro para manutenção dos custos básicos.

Assim sendo, referida política pública é conhecida como “Vale Universidade Indígena” criada no ano de 2007, pelo então Governador André Puccinelli, que, por sua vez, permitiu, apenas no ano de 2018, que 200 (duzentos) estudantes fossem beneficiados pelo Vale quando

¹ Artigo 6o

1. Ao aplicar as disposições da presente Convenção, os governos deverão:

a) consultar os povos interessados, mediante procedimentos apropriados e, particularmente, através de suas instituições representativas, cada vez que sejam previstas medidas legislativas ou administrativas suscetíveis de afetá-los diretamente;

b) estabelecer os meios através dos quais os povos interessados possam participar livremente, pelo menos na mesma medida que outros setores da população e em todos os níveis, na adoção de decisões em instituições efetivas ou organismos administrativos e de outra natureza responsáveis pelas políticas e programas que lhes sejam concernentes;

c) estabelecer os meios para o pleno desenvolvimento das instituições e iniciativas dos povos e, nos casos apropriados, fornecer os recursos necessários para esse fim.

2. As consultas realizadas na aplicação desta Convenção deverão ser efetuadas com boa fé e de maneira apropriada às circunstâncias, com o objetivo de se chegar a um acordo e conseguir o consentimento acerca das medidas propostas.

aprovados e matriculados em cursos superiores na Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul - UEMS.

Os requisitos para participar do processo seletivo para concessão do vale exigem: comprovação de identidade indígena (documentalmente emitida pela FUNAI); possuir renda familiar máxima de até 03 (três) salários mínimos; encontrar-se matriculado em curso superior estadual reconhecido e credenciado pelo MEC (Ministério da Educação); residir no Estado de Mato Grosso do Sul por pelo menos dois anos; não possuir outra formação superior; não perceber qualquer outro auxílio ou bolsa de estudos; bem como não possuir nenhuma reprovação ou dependência de disciplinas na graduação à época da solicitação do vale².

Segundo dados disponíveis na página oficial da Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul, assim como da 'Secretaria de Direitos Humanos, Assistência Social e Trabalho'³ do Estado de Mato Grosso do Sul, o valor monetário do vale destinado ao auxílio de custos ao indígena fixou-se, em 2018, no total de R\$ 684,35 (seiscentos e oitenta e quatro reais e trinta e cinco centavos), sendo que o beneficiário deveria cumprir estágio obrigatório de 12 (doze) horas semanais como exigência para manutenção do vale estadual.

Em 21 de dezembro de 2009, referida política pública foi transformada em Decreto Estadual sob o n. 12.896⁴, com o objetivo de regulamentar a Lei n. nº 3.783⁵, de 16 de novembro de 2009, que tornou obrigatória a concessão do vale universidade para discentes com hipossuficiência financeira, desde que preenchidos os requisitos legais. Assim sendo, tal Decreto adequou a política pública mencionada à realidade indígena face às peculiaridades culturais desses sujeitos de direitos.

Ainda de acordo com informações disponibilizadas no endereço virtual⁶ da Secretaria outrora citada, o objetivo desta política pública é o de:

[...] assistir ao acadêmico da UEMS, por meio de uma auxílio financeiro, bem como oportunizar a esse estudante vivenciar os conhecimentos obtidos no curso de graduação, através de atividades desenvolvidas em órgãos da administração pública federal, estadual, municipal, bem como organizações não governamentais.

O Vale Universidade Indígena, que é executado e monitorado pela Superintendência de Projetos Especiais (Suproes), que é vinculada à - Secretaria de Estado de Direitos

² Informações encontradas no edital disponível no site da UEMS (Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul). <http://www.uems.br/noticias/detalhes/inscricoes-para-vale-universidade-indigena-estao-abertas-104113>. Acesso em: 20 nov. 2020.

³ Disponível em: <http://www.sedhast.ms.gov.br/programa-vale-universidade/>. Acesso em: 20 nov. 2020.

⁴ Disponível em: <http://www.sedhast.ms.gov.br/legislacao-pvui/>. Acesso em: 20 nov. 2020.

⁵ *Idem*.

⁶ Disponível em: <http://www.sedhast.ms.gov.br/programa-vale-universidade-indigena/>. Acesso em: 20 nov. 2020.

Humanos, Assistência Social e Trabalho (Sedhast). (BRASIL, Secretaria de Estado de Direitos Humanos, Assistência Social e Trabalho, 2020).

Nota-se, então, que as políticas públicas podem ser utilizadas pelo Estado como medidas possivelmente eficazes para promover o desenvolvimento e efetivação dos Direitos Fundamentais, ao passo que por meio delas pode o Executivo adaptar as normas cogentes às múltiplas realidades sociais, alargando ações e diretrizes atuantes, de forma capaz a concretizar os direitos que a Carta Magna vincula.

Contudo, no Estado de Mato Grosso do Sul, por exemplo, essa é uma das poucas políticas públicas voltadas diretamente ao sujeito indígena, mesmo sendo um dos Estados com maior concentração de índios no país⁷, o que, por conseguinte, nos conduz ao pensamento de que as políticas públicas não são, em sua totalidade de possibilidades, utilizadas para atender às necessidades sociais para concretização de Direitos Fundamentais.

Nesse sentido, reitera-se a necessidade de a política pública abarcar de forma sistêmica todos os Direitos Fundamentais, posto que, por exemplo, uma política pública destinada apenas à educação não promove a dignidade do sujeito, não atendendo, conseqüentemente, suas necessidades sociais, econômicas e históricas.

Noutro giro, de acordo com o sítio virtual da FUNAI⁸ (Fundação Nacional do Índio), a criação da Política Nacional de Promoção e Proteção dos Povos Indígenas (PNPPI), em 2012, deveria promover a integração, por meio de Termos de Cooperação, entre os Ministérios e órgãos públicos no que toca às políticas públicas voltadas aos indígenas, repartindo, com isso, as competências entre a União, Estados, Municípios e Distrito Federal.

Todavia, referidos Termos de Cooperação afiguram-se como medidas paliativas, ao passo que têm prazo determinado, haja vista sua existência meramente executiva e não legal, o que demanda dos órgãos públicos suas transformações na construção de uma Política Nacional de Promoção dos Povos Indígenas. (FUNAI, 2020).

Nesse mesmo cenário, no dia 17 de dezembro de 2015 foi criado, pelo Decreto n. 8.593⁹, o Conselho Nacional de Política Indigenista – CNPI, que objetiva acompanhar, elaborar e implementar políticas públicas indigenistas. Sua composição é de 45 (quarenta e cinco)

⁷ Segundo informações colhidas no site do IBGE em relação à última pesquisa realizada (2010), existiam 73.295 (setenta e três mil, duzentas e noventa e cinco) pessoas que se auto-declararam indígenas. Disponível em: https://indigenas.ibge.gov.br/images/indigenas/estudos/indigena_censo2010.pdf. Acesso em: 20 nov. 2020.

⁸ Disponível em: <http://www.funai.gov.br/index.php/nossas-acoas/politica-indigenista?start=6#>. Acesso em: 20 nov. 2020.

⁹ Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Decreto/D8593.htm#art21. Acesso em: 20 nov. 2020.

membros (todos com direito a votos), sendo 15 (quinze) oriundos do Poder Executivo Federal; 28 (vinte e oito) representantes de organizações e povos indígenas (somente treze com direito a voto); e 02 (dois) de entidades indígenas (com direito a voto). (BRASIL, Decreto nº. 8.593, Art. 3º, 2015).

A partir desse cenário, observa-se que a participação indígena em relação ao voto quanto às políticas públicas encontra-se no mesmo patamar de antes da criação do Conselho, posto que mesmo que se somem os direitos a votos dos representantes das organizações, povos e entidades indígenas, o total que se tem é de 30 (trinta) votos, à medida que dos membros do Poder Executivo Federal totalizam 45 (quarenta e cinco).

Se não bastasse tal crítica ao sistema de política pública voltada a esses povos, a terceira e última reunião ordinária do Conselho, até hoje¹⁰, ocorreu no segundo semestre de 2016, na Esplanada dos Ministérios em Brasília (DF), que não se concluiu por protestos dos povos indígenas quanto à pauta de reestruturação das demarcações de terras e da FUNAI, conforme informações contidas no site do CIMI (Conselho Indigenista Missionário)¹¹.

Ainda de acordo com reportagem disponibilizada no sítio virtual do CIMI, nos anos de 2017, 2018 e 2019 não houve nenhuma Reunião do CNPI, sendo que:

Diante deste quadro, os povos indígenas passaram a denunciar o fato de que o governo Temer se nega a manter o diálogo com eles e não aceita sua presença efetiva nos rumos das políticas públicas, promovendo a paralisação do CNPI. O comportamento adotado pelos governos, nos vários episódios aqui relatados, revela que apesar da criação do CNPI, o Estado brasileiro ainda se rege por uma estrutura social colonial. O CNPI não se tornou ainda um espaço mínimo de ruptura com tal perspectiva, ao contrário, passou a reforçar tal característica estruturante. Espera-se do Conselho um mecanismo para que o Estado possa a iniciar um diálogo com outras perspectivas de participação dos povos indígenas na formulação de suas políticas. Participação na prática, com decisões tomadas pelas representações indígenas. Por certo que a autodeterminação dos povos deve ser o horizonte utópico nas aldeias, como afirmou cacique Babau Tupinambá durante uma reunião da então Comissão antes de se tornar Conselho. Inegável, porém, é o diálogo que tais nações precisam manter com o Estado, nos termos da alteridade e do pluralismo, além da efetivação dos direitos inegociáveis conferidos a elas pela Constituição Federal e tratados internacionais. É isso que se espera do CNPI, mesmo que tardiamente. (CIMI, 2020).

Ademais, em consulta ao *site* da FUNAI, verifica-se que o último relatório¹² anual acerca das atividades desempenhadas pela gestão do CNPI é de 2016, o que corrobora a

¹⁰ Dados de 20 de novembro de 2020.

¹¹ Disponível em: <https://cimi.org.br/2018/03/paralisado-ha-mais-de-um-ano-indigenas-reivindicam-convocacao-do-cnpi-pelo-governo-federal/>. Acesso em: 20 nov. 2020.

¹² Disponível em: <http://www.funai.gov.br/index.php/relatorio-anual-de-gestao>. Acesso em: 20 nov. 2020.

informação disponibilizada pelo CIMI, ou seja, a Comissão não tem participado das políticas públicas indigenistas no Brasil.

Nota-se, ainda, que o panorama brasileiro em nada mudou quanto à política integracionista do indígena, mesmo com a criação falaciosa do CNPI, donde o Estado guia-se pelo viés colonialista estruturado, em que o pertencimento indígena não faz parte de suas políticas públicas voltadas ao atendimento de interesses daqueles que atendam aos fins almejados pelos grupos dominantes, tal como a bancada ruralista.

Assim, a participação efetiva na promoção, proteção e efetivação de políticas públicas pluralistas que atendam à autodeterminação dos povos e à sociedade do conhecimento não transpõem a barreira de uma utopia indigenista, violando com ênfase exacerbada o disposto na Convenção n. 169 da OIT, a qual é analisada a seguir.

2 A CONVENÇÃO N. 169 DA OIT E O DIREITO À CONSULTA PRÉVIA INDÍGENA COMO FONTE DA SOCIEDADE DE CONHECIMENTO

A OIT- Organização Internacional do Trabalho, considerada uma agência da ONU, foi criada em 1919, cujo lema é a efetivação da justiça social por meio da promoção de oportunidades trabalhistas isonômicas e dignas a todos os sujeitos. Para que isso aconteça é preciso que o empregado, empregador e o governo estejam em constante diálogo no intuito de assegurar, acima de qualquer outro direito, o respeito à Dignidade Humana. Sobre esse flanco, surgiu a primeira Convenção da OIT inerente aos sujeitos indígenas sob o nº. 107, que foi substituída posteriormente pela Convenção n. 169. (OIT, 2020).

Assim, a OIT é a referência mundial sobre pesquisas, estudos e estatísticas relativas ao cunho laboral, sendo que, no ano de 1989, em uma de suas conferências foi aprovada a Convenção supramencionada relativa aos povos indígenas e tribais.

Desta feita, a Convenção n. 107 de 1957 (que antecedeu à Convenção n. 169) é a primeira a inovar quanto aos direitos indigenistas, donde determinava a implementação de políticas públicas no sentido de integrar os ‘nativos’ à sociedade civil, preferencialmente pela educação e pelo trabalho, independentemente da preservação das culturas desses povos. (OIT, 1957).

Posto isso, sustenta-se que referida Organização foi pioneira no âmbito trabalhista em disciplinar os direitos intrínsecos à condição indígena, ao passo que trouxe em seu rol de direitos o reconhecimento individualizado aos sujeitos detentores de cultura diferenciada, tal como a indígena.

Para alguns antropólogos, esta Convenção, visando ao liberalismo econômico, possuía como principal função o aumento da mão-de-obra da sociedade, dizimando assim a cultura indígena. Observemos um trecho da Convenção:

Artigo 6º A melhoria das condições de vida e trabalho das populações interessadas e de seu padrão educacional terá alta prioridade nos programas gerais de desenvolvimento econômico das regiões por elas habitadas. Os projetos específicos de desenvolvimento econômico de tais regiões deverão ser igualmente elaborados de maneira a favorecer esta melhoria. (OIT, 1957).

Destarte, este texto normativo foi refutado pelos defensores dos direitos indígenas e assim a OIT, por meio da pressão de referidos estudiosos, reconheceu que era preciso revisar seus aportes ideológicos, o que culminou com a redação da atual Convenção, qual seja a Convenção n. 169 aprovada em 1989, que entrou em vigor no Brasil apenas em 2003 com o Decreto Legislativo de n.143 de 2003.

Nesta seara, a Convenção n. 169 é fruto do pensamento contrário ao fato de serem os índios considerados seres inferiores ao ‘homem’ da sociedade não indígena, identificando e evitando que permaneçam como alvo de violações aos Direitos Humanos, que, por sua vez, ceifam suas dignidades no ambiente laboral, como, por exemplo, no emprego e adoção de situações análogas à escravidão.

Desta feita, pautados no combate à escravidão dos povos, a OIT lançou-se nessa jornada pela busca por uma nova Convenção que combatesse as situações vivenciadas e experienciada pelos índios em todo o mundo.

Posto isso, o atual acordo (n. 169 de 1989) revitalizou importantes pontos já abordados no ano de 1957; entretanto, inovou no aspecto de assegurar alguns direitos a esses povos, tais como o direito à terra, educação, liberdade de expressão, participação, dentre outros. Direitos esses que foram positivados como Fundamentais na Constituição Federal de 1988. (OIT, Convenção n. 169, 1989).

Ao adotar a Convenção de nº. 169 sobre povos indígenas e tribais, a convenção observou que em muitas partes do mundo estes povos não gozam dos direitos humanos fundamentais na sua mesma proporção que o resto da população, reconhecendo suas aspirações e assumirem o controle de suas próprias instituições, seu modo de vida e seu desenvolvimento econômico. A nova Convenção consiste em uma revisão de normas anteriores da OIT, especialmente da Convenção nº. 107, de 1957, e se aplica aos povos indígenas em países independentes cujas condições sociais, culturais e econômicas os distinguem de outros setores da coletividade nacional e aqueles povos considerados indígenas por sua natureza (ROBINSON, 2004, p. 76).

Destarte, os Tratados e Convenções Internacionais ratificados pelo Brasil, após a Emenda Constitucional de n. 45, seguem a nova redação do §3º do artigo 5º da CF de 1988: “Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”. (Constituição Federal, Art. 5º, § 3º, 1988).

No entanto, se tais Tratados não passarem por referido quórum, deverão possuir natureza de norma supralegal, ou seja, superior à lei ordinária e inferior à Constituição Federal. Em contrapartida, se foram assinados antes da Emenda Constitucional já citada, possuirão natureza supralegal, ou seja, encontrar-se-ão em um nível abaixo da Constituição Federal e acima da lei ordinária.

Nesse sentido, cumpre ressaltar que o Brasil ratificou a Convenção n. 169 da OIT no ano de 2002 (Decreto Legislativo 143), que entrou em vigor em 2003, ou seja, anterior à Emenda supramencionada (2004), obteve inserção no Brasil por meio de votação equiparada à aprovação de lei ordinária (maioria simples), por isso seu reconhecimento como norma supralegal.

Entretanto, segundo entendimento de Flávia Piovesan, independentemente do quórum de aprovação, todo Tratado de Direitos Humanos deverá ser reconhecido como materialmente Constitucional.

Observa-se que os tratados de proteção dos direitos humanos ratificados anteriormente à Emenda Constitucional nº. 45/04 contaram com ampla maioria na Câmara dos Deputados e no Senado Federal, excedendo, inclusive, o quorum dos três quintos dos membros em cada Casa. Todavia, não foram aprovados por dois turnos de votação, mas em um turno único de votação em cada Casa, uma vez que o procedimento de dois turnos não era tampouco previsto.

Reitera-se que, por força do art. 5º, § 2º, todos os tratados de direitos humanos, independentemente do quorum de sua aprovação, são materialmente constitucionais, compondo bloco de constitucionalidade.

[...] tratados internacionais de direitos humanos ratificados anteriormente ao § 3º do art. 5º da CF têm hierarquia constitucional, situando-se como normas material e formalmente constitucionais. (PIOVESAN, 2008, p. 223-224).

Seguindo essa linha de estudo, o Min. Celso de Mello informou, no seguinte voto, que:

Tratando-se de convenções internacionais de direitos humanos, estas guardem primazia hierárquica em face da legislação comum do Estado brasileiro, sempre que se registre situação de antinomia entre o direito interno nacional e as cláusulas decorrentes de referidos tratados internacionais. [...] Isso significa, portanto, examinada a matéria sob a perspectiva da —supralegalidade], [...], que, cuidando-se

de tratados internacionais sobre direitos humanos, estes não devem ser considerados como estatutos situados em posição intermediária que permita qualificarlos como diplomas impregnados de estatura superior à das leis internas em geral, não obstante subordinados à autoridade da Constituição da República (RHC 90.450-5/MG, julg. 23.09.2008, in DJU de 06.02.2009) (grifo do autor) (BRASIL, 2008).

Assim, ressaltamos que de acordo com os entendimentos dos Tribunais pátrios, a Convenção n. 169 da OIT merece e deve ser analisada sob o crivo de norma supralegal, pois retirar esse *status* e equipará-la às leis ordinárias subestimaria seu valor internacional.

Diante do texto da Convenção n. 169, compreendemos que se tutela o respeito e a participação dos indígenas em relação à sociedade civil; respeito à religião, cultura, seara econômica, identidade, forma de organização social e realização de consulta aos nativos em caso de políticas que os afetem direta ou indiretamente, ou seja, a sua forma de existir e suas peculiaridades étnicas. (OIT, Convenção nº 169).

Como mencionado acima, um dos direitos assegurados pela norma abordada é o direito à consulta prévia aos indígenas naquilo que diz respeito aos seus direitos, ou seja, antes de se tomar decisões que lhes afetem é preciso que o Estado ouça tais sujeitos ou o seu órgão representativo, qual seja FUNAI.

Nota-se que o direito inovador trazido pela Convenção n. 169 é a consulta prévia, senão vejamos:

Artigo 6º 1. Ao aplicar as disposições da presente Convenção, os governos deverão: a) consultar os povos interessados, mediante procedimentos apropriados e, particularmente, através de suas instituições representativas, cada vez que sejam previstas medidas legislativas ou administrativas suscetíveis de afetá-los diretamente; b) estabelecer os meios através dos quais os povos interessados possam participar livremente, pelo menos na mesma medida que outros setores da população e em todos os níveis, na adoção de decisões em instituições efetivas ou organismos administrativos e de outra natureza responsáveis pelas políticas e programas que lhes sejam concernentes; c) estabelecer os meios para o pleno desenvolvimento das instituições e iniciativas dos povos e, nos casos apropriados, fornecer os recursos necessários para esse fim. 2. As consultas realizadas na aplicação desta Convenção deverão ser efetuadas com boa fé e de maneira apropriada às circunstâncias, com o objetivo de se chegar a um acordo e conseguir o consentimento acerca das medidas propostas (OIT, Convenção n. 169, Art. 6º).

Verifica-se, então, que há inovação normativa neste aspecto, pois não se havia positivado tal direito de consulta aos indígenas ou povos tribais de forma prévia. Assim, sempre que houver atuação estatal que reflita nesses grupos sociais é preciso que haja consulta prévia, pautada na boa fé e com a finalidade de se atingir um acordo entre Estado e povos indígenas de uma forma geral e pluriétnica.

Hodiernamente, não se encontra com efetividade a consulta prévia em terras brasileiras. Todavia, o Estado no ano de 2012 criou um Grupo de Trabalho Interministerial, que possui a finalidade de iniciar os procedimentos para a efetivação desta consulta. (ROBINSON, 2004, p. 75-80).

Percebemos que no Brasil ainda não há a efetividade à consulta aos povos indígenas, no entanto, referido caminho é de suma importância para que os povos indígenas sejam respeitados dentro do que preconiza a Constituição Federal, a Convenção nº 169 da OIT, bem como o multiculturalismo e o respeito às diversidades etnográficas.

Importante se faz o respeito à referida normatização, cujo grupo de trabalho é pertencente ao Governo Federal, sendo que sua coordenação (feita pela Secretaria Federal da Presidência e o Ministério das Relações Exteriores) possui como foco a promoção e a interação entre o público alvo da Convenção e o Estado, ou seja, promover a regulamentação de tal norma.

Menciona-se que a falta de tal regulamentação tem gerado conflitos que culminam com assimetrias de fatos, posto que, não se tem a segurança social inerente aos povos indígenas, a qual, por sua vez, é assegurada por tal norma, bem como pela Constituição Federal.

Nessa perspectiva, os indígenas diante das deficiências de políticas públicas e aparatos que promovam suas dignidades humanas como sujeitos culturalmente diferenciados, em uma sociedade mercantil, veem-se na necessidade de integrar-se ao mundo capitalista, já que fora dele não são considerados sujeitos de direitos e não possuem condições mínimas de exercerem suas dignidades, pois são alocados em terras desprovidas de tutela estatal e social, vez que se encontram (em seu *habitat* natural) desvinculados das práticas mercantis, e, por conseguinte, seus Direitos Fundamentais não são reconhecidos e tutelados de forma específica, ou seja, peculiares às suas necessidades.

Neste cenário, é preciso frisar que a sociedade brasileira, desde os tempos da colonização mantém seus conhecimentos voltados às práticas excludentes no que tange à existência indígena, ao passo que adota um modelo estatal e social enraizado em políticas ocidentalizadas de integração.

Visualiza-se que os indígenas sentem na existência corporal uma política etnocida de segregação e marginalização social quanto aos modos de existir diferenciados em relação àqueles que mantêm ideologias ‘higienizantes’.

As informações difundidas por meios tecnológicos, ampliados com a globalização, fomentam, em grande escala, a ideia ruralista pela intolerância e discriminação dos povos

indígenas. Referidas informações representam a cultura mercadológica dominante e isso causa reflexos desastrosos no âmbito social e normativo.

A importância na busca pelo desenvolvimento da Sociedade do Conhecimento parece ser o melhor caminho no desenvolvimento da sociedade para todos. Uma sociedade em que a informação, a educação e a comunicação, baseadas nas potencialidades das TICs, possam desenvolver-se, transpor e rompes as barreiras geográficas, econômicas, políticas e sociais. A Sociedade do Conhecimento deve ser pensada para todos e não para uma elite, com ocorre hoje com a Sociedade da Informação, a qual não oferece acesso nem mesmo à informação de qualidade para todos, quiçá ao conhecimento. Os governos necessitam engajarem-se seriamente no projeto da inclusão digital, haja vista que, sem o domínio das tecnologias da informação e comunicação, uma nação e seus cidadãos estão fadados ao atraso, obsolescência e decadência. Porém, não a implementação da tecnologia pela tecnologia, mas sim através do desenvolvimento de políticas públicas voltadas para o bem estar social e para o desenvolvimento social e econômico da Nação e de sua população. (DZIEKANIAK; ROVER, s/p, 2012).

Assim, a sociedade de informação traduz-se em um novo modelo social, donde a informação é capaz de gerar conhecimento, sendo que a tecnologia é sua principal válvula motriz. Todavia, não se pode conceber a informação como um mero produto mercantil, mas como instrumento de transformação social e econômica.

Nesse cenário, as informações decorrentes das plúrimas existências indígenas não podem ser desprovidas do contexto cultural e existencial desses povos, à medida que neste novo modelo social o conhecimento a respeito dos Direitos Fundamentais sob o crivo de sua efetividade não poderá ser produzido por informações provenientes daqueles que não pertençam à cultura indígena.

Nesses moldes, é preferível utilizar o conceito de sociedade de conhecimento naquilo que diz respeito aos Direitos Fundamentais dos povos indígenas, pois se traduz em uma ideia mais pluralista e desenvolvida para fortalecer esses grupos.

Desta feita, a pedra angular deste estudo encontra-se nas sociedades de conhecimentos produzidas a partir das participações indígenas no que dizem respeito ao diálogo intercultural assegurado pela Convenção n. 169 da OIT, tal como a consulta prévia dos povos indígenas naquilo que tangencia a produção de, por exemplo, políticas públicas que os afetarem.

Para a construção de uma sociedade plural e que respeite os dogmas democráticos, o conhecimento social e estatal não podem fechar suas fontes de produção de informação e conhecimento apenas ao modelo colonialista e ocidentalizado, ou seja, é preciso respeitar o espaço de fala dos povos que sempre foram (e são!) excluídos, neste caso os indígenas.

Sob este prisma, evidencia-se a obrigatoriedade na realização da consulta prévia aos indígenas e a consequente participação naquilo que toca à edição, desenvolvimento e

aplicabilidade das políticas públicas, uma vez que, somente eles são capazes de compreenderem o universo necessário a ser observado pelas políticas públicas a partir das suas existências e práticas sociais culturalmente diversificadas, colaboradoras de uma sociedade, efetivamente, de conhecimentos.

Atuar de forma a não permitir a consulta prévia é ceifar vidas a partir da perpetuação do etnocentrismo, bem como da ideia de subjugação do que é indispensável à vida indígena digna, posto que a premissa não indígena não seja capaz de entender os seus reais conceitos de Direitos Fundamentais, uma vez que possuímos outra cultura, incapaz de conceber, com efetividade, a vida indígena.

Por fim, sustentamos que o Estado de Direito Democrático possui como um dos seus pilares de sustentação o respeito à auto-determinação e às diferenças, e, sob esse crivo, imperioso o respeito às múltiplas necessidades a serem atendidas pelas políticas públicas, ou seja, somente se efetiva o compreensível por democracia quando se permite a participação do coletivo indígena na formulação de suas bases estatais, nada mais do que já garantido pela Convenção nº 169 da OIT, ratificada pelo Brasil, conforme elucidado neste ensaio.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de todo o exposto aqui, entendemos que a Convenção de n. 169 da OIT, considerada internamente como norma supralegal, propicia solidez no que diz respeito à consulta prévia dos povos indígenas quanto às políticas públicas, edificando-se como um instrumento indispensável ao exercício da democracia cidadã efetivamente representativa, de acordo com o garantido como direito fundamental e com a sociedade de conhecimentos.

Nesse sentido, de acordo com a história indígena brasileira de segregação e opressão, compreende-se que referida consulta afigura-se como dever estatal, uma vez que visa assegurar os Direitos Fundamentais desses grupos.

Destaca-se, nos moldes do disposto na norma, que a consulta deva realizar-se de forma prévia e com ampla participação, configurando-se como medida de efetiva participação a partir das configurações peculiares epistemológicas dos povos. Em razão disso, assegurado também deve ser o direito à oposição às políticas públicas quando estas não se mostrarem efetivas aos índios, donde deve prevalecer o melhor interesse para essas populações.

Sustentamos, ao final, que em face da crise democrática cidadã representativa, o instituto da consulta prévia apresenta-se como medida possivelmente eficaz de promover a

cidadania dos povos, instrumentalizada pela politização, e não somente como garantidora da efetividade dos Direitos Fundamentais.

Nesse aporte, com a nova era da sociedade de conhecimentos, não restam dúvidas sobre a necessidade do respeito e efetivo diálogo intercultural na produção de conhecimentos estatais para edição de políticas públicas, vez que, se assim não ocorrer estar-se-á mantendo o modelo colonialista perpetuado durante toda a história brasileira.

Produzir conhecimento em uma sociedade contemporânea não admite o desrespeito aos anseios e necessidades latentes desses povos calados pela necropolítica estatal. Para que se atinja o dogma Constitucional de uma sociedade plural e igualitária imperiosa se torna a produção de conhecimentos que promova a inclusão cultural indígena, para que, paulatinamente, os contrastes e opressões enraizados sejam reduzidos, quiçá impraticados.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm. Acesso em: 18 nov. 2020.

BRASIL. Decreto n. 143 de 2002. Disponível em:

<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decleg/2002/decretolegislativo-143-20-junho-2002-458771-convencao-1-pl.html>. Acesso em: 05 nov. de 2020.

BRASIL. Decreto n° 5.051, de 19 de abril de 2014. Promulga a Convenção no 169 da Organização Internacional do Trabalho - OIT sobre Povos Indígenas e Tribais. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5051.htm. Acesso em: 10 nov. 2020.

BRASIL. Decreto n. 8593 de 17 de Dezembro de 2015. Disponível em:

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Decreto/D8593.htm#art21. Acesso em: 07 nov. 2020.

BRASIL. Decreto n. 6.667 de 02 de janeiro de 2019. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/decreto/D9667.htm. Acesso em: 08 nov. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas-corpus n° 90.450-5, da 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal, relator Ministro Celso de Mello, Brasília, DF, 23 de setembro de 2008. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 10 nov. 2020.

BRASIL. Secretaria de Estado de Direitos Humanos, Assistência Social e Trabalho.

Programa Vale Universidade Indígena. Disponível em:

<http://www.sedhast.ms.gov.br/programa-vale-universidade-indigena>. Acesso em: 06 nov. 2020.

- BURCH, S. **Sociedade da informação/ sociedade do conhecimento**. In: Ambrosi, A.; Peugeot, V.; Pimenta, D. Desafios das palavras. Ed. VECAM, 2005. Disponível em: <http://vecam.orgqarticle699.html> Acesso em: 14 nov. 2020.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. Ed. 4ª reimpressão. Coimbra: Almedina, 2003.
- CASTELLS, M. **A sociedade em rede**. 4. ed. São Paulo: Paz e Terra, 1999. v.1.
- CIMI – **Conselho Indigenista Missionário**. Disponível em: <https://cimi.org.br/2018/03/paralisado-ha-mais-de-um-ano-indigenas-reivindicam-convocacao-do-cnpi-pelo-governo-federal/>. Acesso em: 09 nov. 2020.
- COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. IV ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
- DZIEKANIAK, Gisele; ROVER, Aires. **Sociedade do Conhecimento: características, demandas e requisitos**. Disponível em: <https://egov.ufsc.br/portal/conteudo/artigo-sociedade-do-conhecimento-caracter%C3%ADsticas-demandas-e-requisitos> Acesso em: 12 nov. 2020.
- FREITAS, Rodrigo Bastos. **Direitos dos Índios e Constituição: os princípios da autonomia e da total-proteção**. Dissertação apresentada ao curso de Mestrado em Direito Público na Universidade Federal da Bahia. Salvador: Bahia. 2007.
- FUNAI – Fundação Nacional do Índio. **Política Indigenista**. Disponível em: <http://www.funai.gov.br/index.php/nossas-acoes/politica-indigenista?start=6#>. Acesso em: 09 nov. 2020.
- IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatísticas. **Os Indígenas no Censo Demográfico de 2010**. Disponível em: https://indigenas.ibge.gov.br/images/indigenas/estudos/indigena_censo2010.pdf. Acesso em 30 out. 2020.
- MPF – Ministério Público Federal. **Nota Técnica n. 1/2019- 6ª CCR**. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/nota-tecnica-1.2019>. Acesso em: 07 nov. 2020.
- OIT. (1957). **Convenção 107**. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/indios/lex130a.htm>>. Acesso em: 14 nov. 2020.
- OIT. (2015). **Convenção 169**. Disponível em: http://www.socioambiental.org/inst/esp/consulta_previa/?q=convencao-169-da-oit-no-brasil. Acesso em: 12 nov. 2020.
- PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 9.ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.
- PIOVESAN, Flávia. A Constituição brasileira de 1988 e os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos. In: **TEMAS de Direitos Humanos**. 2. ed. São Paulo: Max Lionad, 2003.

ROBINSON, Fernanda Ruschel. **Os Povos Indígenas e as Fronteiras Nacionais: a questão da manutenção e da integridade da nação Guarani**, 127f. Monografia (Graduação em Relações Internacionais) – Universidade do Vale Itajaí – Centro de Educação São José, São José, Santa Catarina, 2004.

UEMS. Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul. **Vale Universidade Indígena**. Disponível em: <http://www.uems.br/noticias/detalhes/inscricoes-para-vale-universidade-indigena-estao-abertas-104113>. Acesso em: 05 nov. 2020.

Data de submissão: 19/10/2020

Data de aprovação: 03/11/2020

Data de publicação: 31/12/2020

Este trabalho está licenciado sob uma licença Creative Commons Attribution 4.0 International License.

BREVES REFLEXÕES SOBRE A INTERVENÇÃO DO ESTADO EM NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS NO SÉCULO XXI

BRIEF REFLECTIONS ON STATE INTERVENTION IN PROCESSUAL LEGAL BUSINESSES IN THE 21ST CENTURY

Murilo Teixeira Rainho*
Natalia Maria Ventura da Silva Alfaya**

*Advogado na inscrito na OAB - 29ª Subseção de Presidente Prudente.

E-mail:
murilorainho@hotmail.com.

**Doutora em Ciências Sociais e Jurídicas pela Universidade Federal Fluminense – UFF. Pesquisadora do grupo Democracia, Cidadania e Estado de Direito - DeCIED e junto ao Instituto Gilvan Hansen - IGH. Docente da Escola de Direito das Faculdades Londrina – EDFL.

Lattes:
<http://lattes.cnpq.br/9731930696524695>.

E-mail:
naty.alfaya@gmail.com

Como citar: RAINHO, Murilo Teixeira; ALFAYA, Natalia Maria Ventura da Silva. Breves reflexões sobre a intervenção do Estado em negócios jurídicos processuais no século XXI. *Revista do Instituto de Direito Constitucional e Cidadania – IDCC*, Londrina, v. 5, n. 2, e005, ago/dez, 2020. ISSN: 2596-0075. DOI: 10.48159/revistadoidcc.v5n2.rainho.alfaya

Resumo: O tema do presente trabalho foi escolhido em virtude da vigência do Código de Processo civil de 2015, trata-se da possibilidade de uma negociação entre as partes dentro do processo, alterando suas regras processuais. Buscando a solução dos conflitos o código fomentou a composição da lide, voltando os olhos a autonomia da vontade das partes. As convenções são espécies de negócios, trata-se de uma subdivisão dos negócios jurídicos bilaterais caracterizados pelos contratos, acordos ou convenções. O referido assunto possui ampla relevância e importância no mundo jurídico, o código buscou criar meios alternativos para a solução dos conflitos existentes, tentando acabar com a cultura brasileira da necessidade da ampla intervenção do judiciário para solução das pendengas existentes entre as partes. Com o atual código sua relevância para o direito tornou-se de extrema importância.

Palavras-chave: Negócio Jurídico Processual. Código de Processo Civil. Convenções. Autonomia da vontade.

Abstract: The theme of this work was chosen due to the validity of the Civil Procedure Code of 2015, it is the possibility of a negotiation between the parties within the process, changing their procedural rules. Seeking to resolve conflicts, the code fostered the composition of the dispute, looking back at the autonomy of the parties' will. Conventions are types of business, it is a subdivision of bilateral legal businesses characterized by contracts, agreements or conventions. The referred subject has wide relevance and importance in the legal world, the code sought to create alternative means for the solution of the existing conflicts, trying to end the Brazilian culture of the need of the wide intervention of the judiciary to solve the existing disputes between the parties. With the current code, its relevance to law has become extremely important.

Keywords: Business Legal Process. Code of Civil Procedure. Agreements. Conventions. Autonomy of the will.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho, buscou demonstrar de maneira sintetizada as inovações trazidas pelo atual Código de Processo Civil no tocante aos negócios jurídicos processuais, o qual possibilita as partes negociarem sobre a normas processuais dentro do processo.

O código trouxe ainda os meios alternativos de solução de conflitos, tipos de negócios que visam acabar com a cultura da busca pelo judiciário para a resolução de conflitos, bem como tentam acabar com a chamada cultura do litígio.

A metodologia científica utilizada foi o método dedutivo, através de buscas doutrinárias e jurisprudenciais, para melhor entendimento e aperfeiçoamento do tema.

Diante da relevância do tema para a matéria processual e dos impactos práticos que essa mudança de paradigma vem trazendo ao ordenamento jurídico, justificou-se a elaboração do presente trabalho.

Os negócios jurídicos processuais foram aperfeiçoados e ampliados com a vigência do CPC/15, entretanto não nasceram com o código, os antigos regramentos já traziam previsão acerca do tema, inclusive o código de 1973, todavia as hipóteses de negociação eram limitadas, o grande exemplo que sempre esteve presente na doutrina, é a chamada cláusula de eleição de foro dos contratos, trata-se de um negócio jurídico processual que modifica as regras de competência do processo diante da arguição da vontade das partes.

Eis, o objetivo da presente pesquisa, demonstrar de maneira sintetizada, as inovações trazidas pelo CPC, bem como, diferenciar o instituto na esfera processual da material.

Buscou-se com a pesquisa, abordar um dos assuntos mais relevantes do atual código, tentando induzir o leitor a se aprofundar no tema após leitura da breve abordagem jurídica realizada pelo presente trabalho.

2 CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015 E AS INOVAÇÕES NOS NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS

Conforme já abordado, o negócio jurídico é um tema em que o código civil sempre voltou seus olhos e deu destaque, contudo, na esfera processual o referido instituto tornou-se objeto do atual Código de Processo Civil, que possibilitou as partes acordarem sobre regras processuais, quando de comum acordo.

Antes de adentrar as inovações trazidas ao negócio jurídico processual pelo Código de Processo Civil de 2015 é necessário entender que se trata de um mecanismo tradicionalmente

trabalhado no direito material, é através desse mecanismo que as partes contratam, firmam convenções e acordos entre si.

Essa estrutura do direito material já foi pensada de modo a influenciar no processo, ou seja, desde o CPC de 1973 já se utilizava o negócio jurídico processual, oriundo do direito material como forma de modificação das normas processuais, um grande exemplo é a cláusula de eleição de foro.

Partindo dessa premissa existem negócios jurídicos capazes de fixar normas processuais, a exemplo os contratos, instrumentos que podem definir regras de processo entre as partes, demais disso, as convenções firmadas entre as partes no curso das demandas judiciais também são chamadas de negócios jurídicos processuais.

3 ESPÉCIES E ESTRUTURA DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS

Se faz necessário uma distinção entre os negócios jurídicos chamados de típicos e atípicos, assim nos termos do CPC/15 os primeiros são aqueles taxados no código, tem sua estrutura definida pela legislação, a exemplo, encontramos a previsão da prorrogação da competência relativa; a previsão do calendário processual do artigo 191 do CPC, aonde as partes podem fixar prazos e momentos para a realização de atos processuais, tudo mediante fiscalização do judiciário, atos autorizados pelos magistrados; a renúncia de prazos processuais do artigo 225 do CPC; a suspensão dos processos prevista no artigo 313 do CPC; a organização consensual do processo, prevista no artigo 357 § 2º do CPC, dentre outros exemplos.

Já os negócios atípicos são aqueles que não tem um nome iuris no CPC, mas permitem as partes a negociação de atos processuais por meio de convenções, é a clausula geral do negócio jurídico processual prevista no artigo 190 do CPC.

Art. 190. Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo.

Parágrafo único. De ofício ou a requerimento, o juiz controlará a validade das convenções previstas neste artigo, recusando-lhes aplicação somente nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade¹.

¹ BRASIL. Lei nº. 13.105/2015. **Código de Processo Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em 18.11.2020.

Ou seja, os negócios jurídicos processuais não têm uma estrutura pré definida no código, são todos os atos praticados pelas partes nos processos judiciais, os quais não versem sobre direitos indisponíveis, apenas com situações e direitos que permitem a auto composição.

Segundo CARNELUTTI apud Ovídio A. Baptista, para se estabelecer a qualidade de um ato ou negócio como processual, é necessário uma relação jurídica que resulte, em virtude de seus efeitos, constituída ou modificada, de tal modo que a processualidade do ato não decorra propriamente da circunstância de haver sido praticado dentro do processo, mas de sua relevância ou valor para o processo. Mesmo realizados fora do processo seriam atos processuais ou negócios jurídicos, por exemplo, o compromisso arbitral, ou a convenção por meio da qual os contratantes elejam foro para as futuras demandas porventura oriundas do contrato².

Entretanto, durante toda a vigência do CPC/73 houveram discussões acerca dos negócios jurídicos processuais, enquanto para uma parte da doutrina atos praticados fora do processo, mas de relevante valor eram considerados negócios jurídicos processuais, para outra parte, transações realizadas fora do processo não eram considerados negócios, salvo quando realizados em juízo, dentro de uma relação processual.

Para Pontes de Miranda (p. 111/117) apud Ovídio A. Baptista da Silva, há atos processuais que vêm de fora do processo, do direito material pré-processual, ou do direito material relativo à *res in iudicium deducta*, e se processualizam ao entrar no processo, tais como transação judicial e o compromisso³.

Após as referidas observações iniciais, é necessário analisar o instituto do negócio jurídico processual pela ótica do antigo código para melhor entendermos as inovações trazidas pelo CPC/15.

Em síntese, trata-se da possibilidade de as partes através de acordo de vontades limitarem ou estipularem normas processuais, o Código de Processo Civil de 2015 inovou no tocante a referida questão, deu ampla margem de negociação das normas processuais para as partes litigantes, possibilidade que não tinha ampla previsão no código de 1973.

² SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Curso de Processo Civil. Volume I – Processo de Conhecimento**, 6ª Edição. Editora Revista dos Tribunais LTDA, São Paulo, 2002, p. 194.

³ SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Curso de Processo Civil. Volume I – Processo de Conhecimento**, 6ª Edição. Editora Revista dos Tribunais LTDA, São Paulo, 2002, p. 195.

4 APONTAMENTOS DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1973

No passado, conforme já mencionado, a doutrina era bem divergente acerca do tema, esse pensamento existente em boa parte da doutrina limitava as partes a negociarem sobre questões processuais, enfraquecendo a possibilidade de criação de negócios jurídicos processuais.

As opiniões contrárias partiam da premissa que somente seria admitido negócios se os efeitos produzidos decorressem diretamente da vontade das partes fora do processo, uma vez que, dentro do processo os efeitos dos atos decorriam da lei, sendo necessário intervenção judicial para serem produzidos.

Durante toda a vigência do Código de Processo Civil de 1973, os negócios jurídicos processuais eram limitados a poucos atos, a depender da corrente adotada, já que predominava opiniões contrárias ao instituto.

Entretanto, mesmo existindo contradição doutrinária, a parte que defendia a existência e validade dos negócios se pautava nas disposições do artigo 158 do código de 1973.

Art. 158. Os atos das partes, consistentes em declarações unilaterais ou bilaterais de vontade, produzem imediatamente a constituição, a modificação ou a extinção de direitos processuais.

Parágrafo único. A desistência da ação só produzirá efeito depois de homologada por sentença⁴.

A despeito da questão, os negócios jurídicos processuais no antigo código eram vistos como hipóteses excepcionais, conforme bem explicado por Luiz Fux (pg. 433, 2004) apud Cunha (s.p., 2014) que admitia a existência de negócios jurídicos processuais, mas os considerava como hipóteses excepcionais, presentes nos casos de disposição das partes quanto às regras processuais. Entendia que as normas processuais eram cogentes, mas há, na sua opinião, algumas poucas exceções que conferem poder dispositivo às partes, como nas hipóteses de suspensão do processo por convenção das partes, bem como no foro de eleição e na convenção sobre o ônus da prova⁵.

Mesmo com uma forte corrente doutrinária contrária a validade dos negócios jurídicos processuais, o código de 1973 trazia em seu texto diversas previsões a despeito do instituto.

⁴ BRASIL. Lei nº. 5.869/1973. **Código de Processo Civil**. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm>. Acesso em 18.11.2020.

⁵ FUX, Luiz. **Curso de Direito Processual Civil**. 2ª Edição, Rio de Janeiro, editora forense, 2004, p. 433.

Destacando-se os seguintes dispositivos: i) artigos 65 e 66, dispondo sobre a modificação do polo passivo e nomeação a autoria dos atos; ii) artigo 42§ 1º, prevendo a sucessão do alienante ou cedente pelo adquirente ou cessionário da coisa litigiosa; iii) artigo 111, acordo de eleição de foro; iv) artigo 114, prorrogação da competência territorial por inércia do réu; v) artigos 158 e 500, III, prevendo a possibilidade de desistência de recursos; vi) artigo 181, convenções sobre prazos dilatórios; vii) convenção para suspensão do processo, artigos 265,II e 792; dentre outros⁶.

Independentemente da previsão de vários negócios jurídicos processuais no CPC, a doutrina só reconhecia como negócios atos excepcionais e atos praticados em convenções de arbitragem, o CPC/15 trouxe esse instituto para dentro do processo judicial estatal.

5 NEGÓCIOS JURÍDICOS NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

Os negócios jurídicos podem ser bilaterais ou unilaterais derivados de acordos ou convenções (espécies de negócios jurídicos), essas são as características dos atos.

Toda norma processual é cogente, inderrogável e de ordem pública, sua fonte decorre de lei escrita, salvo convenção das partes, esse pensamento predominou durante toda a vigência do código de 1973, decorria do publicismo processual que defendia a inadmissibilidade do processo convencional, ou seja, as partes não podiam por acordo de vontade convencionarem sobre o procedimento, salvo se partissem para a arbitragem.

Durante muitos anos o tema não era abordado, hoje em dia, existe um movimento mundial de estudo dos negócios jurídicos processuais, principalmente nos países que adotam o sistema common law, diante da liberdade das partes em convencionarem normas processuais.

Conforme, já abordado, os negócios jurídicos processuais já existiam nos códigos antigos, não é uma novidade do CPC/15, entretanto ao instituto nunca foi dado o devido valor, a inovação trazida pelo código é voltada a fortalecer esse instituto.

Nota-se que o atual código processual apenas inovou o instituto, mas não o criou na esfera processual, a prova disso é que a arbitragem é um negócio jurídico processual que já existe há 20 anos.

O artigo 200 do CPC/15 repetiu o texto legal do artigo 158 do CPC/73, entretanto inovou, quando possibilitou a criação de negócios jurídicos processuais anteriores a lide, na

⁶ FUX, **Curso de Direito Processual Civil**. 2ª Edição, Rio de Janeiro, editora forense, 2004, p. 434 apud CUNHA, s.p. 2004.

formação dos contratos e durante a lide, bem como de forma atípica, na negociação de normas e procedimentos processuais, conforme será analisado a seguir.

Art. 200. Os atos das partes consistentes em declarações unilaterais ou bilaterais de vontade produzem imediatamente a constituição, modificação ou extinção de direitos processuais.

Parágrafo único. A desistência da ação só produzirá efeitos após homologação judicial⁷.

É importante extrair desse tópico que os negócios jurídicos processuais não surgiram com o CPC/15, já existiam nos outros códigos, entretanto ao instituto não era dado valor, diante do pensamento doutrinário existente derivado do publicismo processual, que pregava que as partes só poderiam convencionar de forma livre fora do processo judicial, através da arbitragem, com o surgimento do novo código foi atribuída liberdade as partes para convencionarem sobre normas processuais nos litígios.

Os negócios jurídicos processuais no CPC/15 têm previsão no artigo 190, chamado de cláusula geral, disposição que possibilita as partes transacionarem sobre os atos processuais presentes no processo, mudanças no procedimento e diversas outras questões.

Art. 190. Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo.

Parágrafo único. De ofício ou a requerimento, o juiz controlará a validade das convenções previstas neste artigo, recusando-lhes aplicação somente nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade⁸.

Podendo inclusive serem praticados na fase pré processual, durante a formação dos contratos, quanto na fase processual (do litígio), desde que o processo verse sobre direitos que permitam a composição (disponíveis ou indisponíveis, desde que permitam a composição). Podem intervir no procedimento, convenção sobre ônus, poderes, faculdades e deveres.

O CPC inova na amplitude desses atos, o novo código foi criado buscando a mudança de paradigma da legislação brasileira, o pensamento vigente sempre foi da solução de conflitos através da lide, da intervenção do judiciário para pacificação dos conflitos, o novo código veio

⁷ 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 18.11.2020.

⁸ 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 18.11.2020.

em contramão ao pensamento vigente, busca fomentar a composição, motivo pelo qual deu ampla liberdade as partes para convencionarem dentro dos processos.

Duas grandes mudanças merecem destaque, a primeira consiste no disposto no artigo 327 § 2º do CPC, permitindo a incorporação de módulos de procedimentos especiais no bojo do procedimento comum, já a segunda mudança consiste no artigo 190 do CPC, a cláusula geral dos negócios processuais, marcada por uma saliente distinção, porquanto ingressa pela porta da democratização processual, abre as partes algo como uma técnica de montagem de procedimentos especiais. Autoriza o estabelecimento de negócios jurídicos processuais atípicos, vinculativos para as partes e para o julgador, que surtem efeitos independentemente de homologação judicial, ou seja, as partes são dotadas para promover adaptações no procedimento, de forma a normatizar parcela do exercício da jurisdição⁹.

Nesse sentido, segue a disposição do artigo 327 do CPC:

Art. 327. É lícita a cumulação, em um único processo, contra o mesmo réu, de vários pedidos, ainda que entre eles não haja conexão.

[...]

§ 2º Quando, para cada pedido, corresponder tipo diverso de procedimento, será admitida a cumulação se o autor empregar o procedimento comum, sem prejuízo do emprego das técnicas processuais diferenciadas previstas nos procedimentos especiais a que se sujeitam um ou mais pedidos cumulados, que não forem incompatíveis com as disposições sobre o procedimento comum¹⁰.

A cláusula foi definida em termos abertos, onde o legislador optou em delegar as partes as prerrogativas de negociarem procedimentos afim de melhor atender seus interesses.

Entretanto, as disposições não podem significar uma forma de burlar a legislação vigente, ao mesmo tempo que o legislador ampliou a atuação das partes no processo, determinou a fiscalização do judiciário sobre os atos praticados, a fim de evitar nulidades nos procedimentos.

O CPC adotou o princípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo, um modelo cooperativo de processo, com valorização da vontade das partes e equilíbrio nas funções dos sujeitos processuais, nesse sentido o juiz não pode valer-se de fundamento a respeito do qual não se tenha oportunizado manifestação das partes (artigo 10 do CPC), a preocupação aqui

⁹ DI SPIRITO, Marco Paulo Denucci. **Controle de Formação do Negócio Jurídico Processual – Parte II.** Artigo científico publicado na revista de processo. Ano 40, vol. 248, outubro/2015. Coordenação Teresa Arruda Alvim Wambier. Instituto Brasileiro de Direito Processual – IBDP. Thomson Reuters, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2015, p. 91.

¹⁰ 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 18.11.2020.

é pela criação de um espaço não apenas para julgamento de uma demanda, mas para a verdadeira solução de conflitos. O velho judiciário caracterizado pelo distanciamento do julgador e pelo formalismo típico das audiências, onde as partes apenas assistem a realização dos atos, intervindo apenas quando questionadas é substituído por um modelo pautado no debate, no diálogo e pela intervenção do conciliador ou mediador. Ocorre o fortalecimento do princípio da autonomia da vontade¹¹.

Ou seja, o processo tornou-se mais humanitário e não apenas números e informações escritas em pedaços de papéis, o CPC trouxe uma cláusula geral de negociabilidade, unilateral repetindo o artigo 158 do CPC/73, cujo teor encontra-se, conforme já mencionado, no artigo 200 do CPC e a possibilidade bilateral no artigo 190 do referido regramento.

A cláusula geral de negociação gerou à atipicidade do procedimento proporcionando as partes uma amplitude de possibilidade de convenções processuais atípicas, no mais, ampliou os negócios processuais típicos.

O artigo 357 do CPC, por exemplo, possibilita as partes a exclusão de questões no debate judicial, está amplitude também é caracterizada na possibilidade das partes em comum acordo convencionarem a escolha do perito judicial o que normalmente sempre ficou a cargo dos magistrados.

Art. 357. Não ocorrendo nenhuma das hipóteses deste Capítulo, deverá o juiz, em decisão de saneamento e de organização do processo:

I - resolver as questões processuais pendentes, se houver;

II - delimitar as questões de fato sobre as quais recairá a atividade probatória, especificando os meios de prova admitidos;

III - definir a distribuição do ônus da prova, observado o [art. 373](#);

IV - delimitar as questões de direito relevantes para a decisão do mérito;

V - designar, se necessário, audiência de instrução e julgamento.

§ 1º Realizado o saneamento, **as partes têm o direito de pedir esclarecimentos ou solicitar ajustes, no prazo comum de 5 (cinco) dias, findo o qual a decisão se torna estável.**

§ 2º **As partes podem apresentar ao juiz, para homologação, delimitação consensual das questões de fato e de direito a que se referem os incisos II e IV, a qual, se homologada, vincula as partes e o juiz.**

§ 3º Se a causa apresentar complexidade em matéria de fato ou de direito, deverá o juiz designar audiência para que o saneamento seja feito em cooperação com as partes, oportunidade em que o juiz, se for o caso, convidará as partes a integrar ou esclarecer suas alegações.

¹¹ CABRAL, Antônio do Passo. CRAMER, Ronaldo. **Comentários ao Novo Código de Processo Civil**. 2ª edição, revista atualizada e ampliada. Editora Forense, 2016, p. 190.

§ 4º Caso tenha sido determinada a produção de prova testemunhal, o juiz fixará prazo comum não superior a 15 (quinze) dias para que as partes apresentem rol de testemunhas.

§ 5º Na hipótese do § 3º, as partes devem levar, para a audiência prevista, o respectivo rol de testemunhas.

§ 6º O número de testemunhas arroladas não pode ser superior a 10 (dez), sendo 3 (três), no máximo, para a prova de cada fato.

§ 7º O juiz poderá limitar o número de testemunhas levando em conta a complexidade da causa e dos fatos individualmente considerados.

§ 8º Caso tenha sido determinada a produção de prova pericial, o juiz deve observar o disposto no [art. 465](#) e, se possível, estabelecer, desde logo, calendário para sua realização.

§ 9º As pautas deverão ser preparadas com intervalo mínimo de 1 (uma) hora entre as audiências (grifo nosso)¹².

Reconhecer que o juiz tenha amplo poder sobre o processo e que venha praticar atos de ofício, não significa dizer que as partes também não tem poder dentro da lide, não apenas o poder derivado do princípio dispositivo voltado ao direito material, as partes podem transacionar sobre diversas questões, e ainda, é necessário reconhecer o protagonismo dos litigantes em conduzir o processo.

Em síntese, as partes são protagonistas de vários atos no processo, principalmente na produção de provas.

Nesse sentido o entendimento dado pelo CPC/73, no artigo 130, dizendo que o juiz poderia produzir provas independentemente da vontade das partes de maneira autônoma é absolutamente equivocada, o juiz no tocante as provas atua subsidiariamente as partes, atuando apenas na fiscalização das provas produzidas.

O CPC/15 veio para equilibrar a atuação das partes no processo, assim os direitos fundamentais, mesmo os previstos na constituição são renunciáveis e renunciados diariamente, assim os direitos fundamentais também podem ser renunciados no processo, se essa renúncia não fosse permitida a convenção arbitral seria invalida porque ofende o princípio do acesso à justiça previsto na constituição, ou então a eleição de foro contratual também não teria valor, porque ofende o juiz natural previsto na constituição e assim sucessivamente.

Não é porque existe um direito fundamental envolvido que não cabe negócio jurídico processual. Os negócios jurídicos processuais nascem de três pontos: Existência, validade e eficácia, ou seja, o ato tem que existir, ser válido, feito por alguém capaz, com um objeto lícito, dentro de uma possibilidade e após verifica-se os efeitos que serão produzidos.

¹² 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 18.11.2020.

Nota-se que, o CPC traz a ideia do gerenciamento dos processos pelo magistrado, existindo para as partes uma flexibilização do procedimento permitindo a chamada negociação processual, a qual é objeto do presente trabalho, trata-se conforme, bem abordado em toda a fundamentação, de um negócio jurídico processual.

Os negócios podem ser firmados dentro do processo, ou em fases antecedentes, demais disso, o CPC também trouxe em evidência os meios alternativos de solução de conflitos.

Nesse sentido:

Poder-se-ia então dimensionar acordos das partes no processo, com eficácia substancial, como as conciliações judiciais e os acordos tácitos de não contestação; os acordos no processo, com atos praticados fora do mesmo com eficácia interna, inclusive sobre os poderes judiciais, como a convenção de arbitragem e os acordos sobre provas; e os acordos no processo para o processo, que corresponderiam aos contratos processuais, previstos, por exemplo, no art. 764 do Nouveau Code Francês ou em nosso CPC 2015.¹³

Demais disso, seguindo a referida linha de raciocínio:

O acordo processual não visa solucionar o conflito, mas regulamentar, nos moldes desejados pelas partes, o próprio método de solução, isto é, o exercício da jurisdição. Consiste em convenção pactuada fora do processo, mas com eficácia endoprocessual¹⁴.

Ademais, entende-se que, a possibilidade da criação de negócios jurídicos processuais viabiliza, o estabelecimento de uma cláusula de acordo de procedimentos no processo, em que as partes da lide, juntamente com o juiz, poderiam, a título de exemplo, estabelecer um calendário para processual, dentre outros acordos.

Contudo, resta evidente que as negociações processuais ocorrem em com frequência na fase pré-processual.

No entanto, é inegável que o maior âmbito de aplicação da cláusula de negociação processual dar-se-á na fase pré-processual. Neste momento, poderão ser realizados ajustes antes da eclosão do litígio.

[...] De toda sorte, a proposta que agora vem sendo debatida oferece uma perspectiva mais ambiciosa: “preconiza-se, modernamente, a possibilidade de partes e juiz, em clima de cooperação, ajustarem acordo de natureza exclusivamente processual a respeito da condução do processo e de momento da prática de determinados atos processuais.”¹⁵

¹³ THEODORO JUNIOR, Humberto. NUNES, Dierle. BAHIA, Alexandre Melo Franco. PEDRON, Flávio Quinaud. **Novo CPC. Fundamentos e Sistematização**. Lei 13.105, de 16.03.2015. 2ª edição, editora Forense, Rio de Janeiro, 2016, p. 260, 266 e 267.

¹⁴ ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. **Das Convenções Processuais no Processo Civil**. Tese de Doutorado em Direito. Rio de Janeiro: Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2014, p. 104.

¹⁵ THEODORO JUNIOR, Humberto. NUNES, Dierle. BAHIA, Alexandre Melo Franco. PEDRON, Flávio Quinaud. **Novo CPC. Fundamentos e Sistematização**. Lei 13.105, de 16.03.2015. 2ª edição, editora Forense, Rio de Janeiro, 2016, p. 262.

Conforme foi abordado, o CPC expressamente permite a negociação processual, ficando o juiz encarregado de não apenas homologar os acordos, mas de fiscalizar e realizar o controle de admissibilidade e validade do acordo processual firmado.

Por fim, ressalta-se que o referido trabalho buscou de forma breve e sintetizada abordar algumas inovações trazidas pelo CPC/15 no tocante aos negócios jurídicos processuais.

6 - LIMITES DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS

Mesmo diante das inovações nos negócios jurídicos processuais fruto do atual CPC, o mesmo regramento estabeleceu em seu artigo 190 limites aos negócios firmados entre as partes.

Para melhor entendimento dos limites atribuídos pela legislação, é necessário a leitura do artigo 190 do CPC, uma vez que, seguem algumas ponderações acerca do dispositivo legal.

Os limites específicos estão expressos no dispositivo e são voltados: i) à natureza dos direitos para os quais se permite o pacto processual, aqueles que admitem autocomposição; ii) limitação material ao objeto negociável, para procedimentos, ônus, poderes, faculdades e deveres processuais; iii) à impossibilidade de inserção abusiva em contrato firmado com parte que se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade¹⁶.

No mais, encontramos ainda, os limites gerais atribuídos aos negócios jurídicos processuais: i) participação de partes capazes; ii) impossibilidade de disposições que a lei repute como nulas; iii) inserção de disposições abusivas em contratos de adesão. Bem como: iv) impossibilidade de disposição sobre a organização judiciária; v) impossibilidade de afastamento de normas inerentes ao devido processo legal; vi) impossibilidade de afastar ou mitigar o direito fundamental à tutela jurisdicional adequada efetiva e tempestiva; vii) impossibilidade de criação de obstáculos ao acesso à justiça; viii) respeito à dignidade da pessoa humana; ix) adequação dos negócios jurídicos ao procedimento. Por fim encontramos as limitações implícitas caracterizadas pela: x) impossibilidade de negócios sobre matérias reservadas à lei; xi) presença dos pressupostos do plano da existência do negócio jurídico; xii) forma escrita¹⁷.

¹⁶ DI SPIRITO, Marco Paulo Denucci. **Controle de Formação do Negócio Jurídico Processual – Parte II.** Artigo científico publicado na revista de processo. Ano 40, vol. 248, outubro/2015. Coordenação Teresa Arruda Alvim Wambier. Instituto Brasileiro de Direito Processual – IBDP. Thomson Reuters, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2015, p. 145.

¹⁷ DI SPIRITO, Marco Paulo Denucci. Op. Cit. 145/146.

Todos os elementos citados representam limitação aos negócios jurídicos, que devem ser firmados entre as partes versando sobre o direito material e aspectos processuais que não versem sobre as normas gerais do processo, apenas aos procedimentos utilizados na lide, ficando o magistrado responsável pela fiscalização da validade do negócio.

7 CONCLUSÃO

O presente trabalho fez breves apontamentos acerca dos negócios jurídicos processuais, instituto que ganhou força com o Código de Processo Civil de 2015, possibilitando as partes acordarem sobre normas processuais, em fase pré processual ou dentro do processo.

Por décadas as normas processuais limitaram a atuação das partes e ampliaram os poderes dos magistrados, em síntese, o processo civil sempre foi extremamente formal, as partes mesmo sendo os responsáveis pelas relações jurídicas só tinham poderes para praticarem os atos processuais, ou seja, o resultado derivado da autonomia da vontade dos agentes era limitado pela lei.

Os negócios jurídicos processuais eram exceções as regras do ordenamento, na maioria das vezes utilizados no plano infraconstitucional, não sendo permitidos ou mitigados dentro dos processos, mesmo com várias disposições favoráveis no código a doutrina não vislumbrava a utilização do instituto, fruto do pensamento existe.

O atual código processual busca acelerar a resolução das pendengas e resultados efetivos ao processo, nesse sentido fomenta a composição das lides. A realidade em nosso ordenamento são demandas judiciais morosas e resultados ineficazes para ambas as partes, inclusive as partes vencedoras, uma vez que a demora na solução dos conflitos gera a perda do objeto e muitas vezes dos motivos das demandas.

Os códigos anteriores sempre olharam o processo pela ótica do extremismo publicista, colocando os magistrados como os grandes protagonistas do processo e as partes sendo deixadas de lado.

Inimaginável até certo período posterior a nossa legislação que as partes teriam poder para convencionarem normas processuais, no código anterior, mesmo existindo certa previsão, o instituto do negócio jurídico era utilizado de forma excepcional, e quando utilizado era apenas em sua forma típica, sem nenhuma previsão a respeito das formas atípicas. Realidade muito diferente do atual ordenamento jurídico, o atual CPC, inovou em diversos pontos, destacando-se, por exemplo, no fortalecimento dos meios alternativos de solução de conflitos, bem como

inovando na ótica processual ao permitir expressamente uma negociação de normas processuais pelas partes.

Todavia, a referida negociação entra limites na própria legislação, que impõe limites e restrições, a título de exemplo, as partes não podem negociar sobre direitos indisponíveis.

No mais, aos magistrados recai a responsabilidade de fiscalização das negociações, ele atuará conjuntamente com as partes buscando a celeridade processual e a melhor satisfação dos interesses das partes.

O trabalho de forma breve demonstrou os institutos no código civil, e no código processual civil, bem como analisou o artigo 190 do CPC. Por fim, existe uma outra forma de negócio jurídico processual chamada de calendarização do processo, prevista no artigo 191 do CPC.

Assim, percebe-se que, as partes na fase pré-processual podem convencionar sozinhas e no decorrer do processo o acordo deve ocorrer juntamente com o magistrado.

Contudo, o instituto da negociação processual não surgiu com o novo código, já existia previsão nas legislações antecedentes, todavia, mesmo com previsão no CPC/73, a negociação processual era limitada, não poderia influenciar nas normas processuais, era atribuída a determinadas situações, contudo, sem a possibilidade da negociação de normas internas dos processos.

Nesse ponto o CPC/15 inovou, possibilitou as partes uma maior autonomia processual. O trabalho também apontou e conceituou os institutos presentes no Código Civil, quais sejam, o fato, ato e o negócio jurídico material.

Os referidos conceitos foram importantes para o melhor entendimento do que se refere os negócios jurídicos processuais, buscou-se demonstrar os limites, e as características dos institutos na esfera do direito material.

Por fim, conclui-se que, a referida inovação processual, tem maior aplicabilidade e talvez eficácia na esfera pré-processual, tendo em vista, a tendência trazida pelo código para o fortalecimento dos meios alternativos de solução de conflitos.

Contudo, não significa que as negociações não terão eficácia no plano interno processual, ocorre que, o código mesmo tendo entrado em vigor no ano de 2015 é algo novo, assim, o ordenamento jurídico leva certo tempo para se adequar a mudanças.

O atual CPC busca a mudança do paradigma de que só as demandas judiciais são capazes de resolver os conflitos, o código tenta fortalecer os meios alternativos de solução de

conflitos extra processuais, ou seja, negócios jurídicos firmados entre as partes, através de composição, mediação ou arbitragem, sem a necessidade de um enfrentamento judicial.

E mesmo que a lide seja a única solução para o referido caso, possibilita as partes versarem e acordarem sobre a matéria processual, inclusive sobre os prazos dos atos a serem praticados no processo.

Portanto, conclui-se que o Poder Judiciário deve procurar não intervir nos negócios jurídicos processuais, possibilitando que as partes cheguem em um denominador comum na resolução de conflitos, inclusive antes da fase processual.

REFERÊNCIAS

ASSIS NETO, Sebastião de. JESUS, Marcelo de. MELO, Maria Izabel de. Manual de Direito Civil. Volume único, 3ª edição, editora juspodivm, 2015.

ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues. **Negócios Jurídicos Materiais e Processuais – Existência, validade e eficácia – Campo invariável e campos dependentes: sobre os limites dos negócios jurídicos processuais**. Artigo científico publicado na Revista de Processo, ano 40. Volume 244, junho de 2015. IBPD, Thomson Reuters, Revista dos Tribunais, São Paulo 2015.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. **Negócio Jurídico: Existência, Validade e Eficácia**, 4 edição. Editora Saraiva. São Paulo, 2002,

ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. **Das Convenções Processuais no Processo Civil**. Tese de Doutorado em Direito. Rio de Janeiro: Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2014

BRASIL. Lei nº. 13.105/2015. Código de Processo Civil. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em 18.11.2020.

_____. **Lei nº. 5.869/1973. Código de Processo Civil**. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm>. Acesso em 18.11.2020.

_____. **Lei nº. 10.406/2002. Código Civil**. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em 18.11.2020.

CABRAL, Antônio do Passo. CRAMER, Ronaldo. **Comentários ao Novo Código de Processo Civil**. 2ª edição, revista atualizada e ampliada. Editora Forense, 2016.

CUNHA, L. Carneiro. **Negócios Jurídicos Processuais no processo civil brasileiro**. Artigo científico, publicado no I Congresso Peru-Brasil de Direito Processual, 2014. Disponível em: https://www.academia.edu/10270224/Neg%C3%B3cios_jur%C3%ADdicos_processuais_no_processo_civil_brasileiro>. Acesso em: 18.11.2020.

DI SPIRITO, Marco Paulo Denucci. **Controle de Formação do Negócio Jurídico Processual – Parte II**. Artigo científico publicado na revista de processo. Ano 40, vol. 248, outubro/2015. Coordenação Teresa Arruda Alvim Wambier. Instituto Brasileiro de Direito Processual – IBDP. Thomson Reuters, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2015.

FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSEVELD, Nelson. Curso de Direito Civil 1. Parte Geral e LINDB. 13ª edição, revista ampliada e atualizada. Editora Atlas S.A. 2015

FÓRUM PERMANENTE DE PROCESSUALISTAS CIVIS. Enunciados. São Paulo, 18, 19 e 20 de março de 2016. Disponível em:< <http://www.cpcnovo.com.br/wp-content/uploads/2016/06/FPPC-Carta-de-Sa%CC%83o-Paulo.pdf>>. Acesso em 18.11.2020.

FUX, Luiz. **Curso de Direito Processual Civil**. 2ª Edição, Rio de Janeiro, editora forense, 2004.

GONÇALVES, Carlos Roberto. LENZA, Pedro. Direito Civil 1. Parte Geral – Obrigações – Contratos, 6ª edição, São Paulo: Editora Saraiva, 2016 – ISBN 978-85-472-0015-2.

GOMES, Orlando. **Introdução ao Direito Civil**, 11. Edição. Editora Forense, Rio de Janeiro, 1995

SILVA, Ovídio A. Baptista da Silva. **Curso de Processo Civil. Volume I – Processo de Conhecimento**, 6ª Edição. Editora Revista dos Tribunais LTDA, São Paulo, 2002.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil 1. Lei de Introdução e Parte Geral**. 11ª Edição, Editora Método, São Paulo, 2015.

THEODORO JUNIOR, Humberto. NUNES, Dierle. BAHIA, Alexandre Melo Franco. PEDRON, Flávio Quinaud. Novo CPC. Fundamentos e Sistematização. Lei 13.105, de 16.03.2015. 2ª edição, editora Forense, Rio de Janeiro, 2016.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Novo Código de Processo Civil Anotado**. 20ª Edição. Editora forense. Rio de Janeiro- RJ, 2016.

Data de submissão: 19/10/2020

Data de aprovação: 06/11/2020

Data de publicação: 31/12/2020

Este trabalho está licenciado sob uma licença [Creative Commons Attribution 4.0 International License](https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/).

COMPLIANCE: A IMPLANTAÇÃO DE UM PROGRAMA DE INTEGRIDADE EM UMA OPERADORA DE PLANO DE SAÚDE

COMPLIANCE: THE IMPLEMENTATION OF AN INTEGRITY PROGRAM IN A HEALTH PLAN OPERATOR

Miguel Rafael da Silva Souza Filho*
Maria Marconiete Fernandes Pereira**

*Discente do Curso de Direito do Centro Universitário de João Pessoa (UNIPÊ). Graduado em Administração de Empresas pela Faculdade de Ciências de Timbaúba/PE.

E-mail:
miguelfilho@gmail.com.

**Doutora em Direito Público pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE), Mestre em Ciências Jurídicas pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB), Professora Titular da Graduação em Direito Tributário e de Administrativo do Centro Universitário de João Pessoa (UNIPÊ). Professora do Programa de Pós-Graduação em Mestrado em Direito do UNIPÊ.

E-mail:
mmarconiete@gmail.com

Como citar:

FILHO, Miguel Rafael da Silva; PEREIRA, Maria Marconiete Fernandes. Compliance: a implantação de um programa de integridade em uma operadora de plano de saúde. **Revista do Instituto de Direito Constitucional e Cidadania – IDCC**, Londrina, v. 5, n. 2, e006, ago/dez, 2020. ISSN: 2596-0075. DOI: 10.48159/revistadoidcc.v5n2.souzafilho.pereira

Resumo: O termo *Compliance* está cada vez mais evidente nas organizações como forma de cumprimento das normas relacionadas às suas atividades, interligado ao programa de integridade para fins de fortalecer os processos de governança corporativa e a sustentabilidade dos negócios. Esta pesquisa foi desenvolvida através de revisão bibliográfica com abordagem qualitativa, em uma operadora de plano de saúde do nordeste brasileiro. Para aprimorar sua gestão através da implementação do *Compliance* e ampliar os relacionamentos norteados pela ética e integridade, a operadora deve atender ao ambiente regulatório, prevenir e coibir a ocorrência de condutas ilícitas, incentivando a detecção e mitigação de seus riscos. O trabalho aborda propostas de soluções em que se optou pela execução das atividades por comissão específica multidisciplinar, estruturadas em nove pilares do programa de integridade. Por meio de técnicas de observação, através de checklist, identificou-se que operadora necessita gerir seus principais riscos e fortalecer seus controles internos, formalizando suas diretrizes por meio de políticas e realizando treinamentos constantes para garantir a efetividade de seu programa de integridade e consequentemente atender todos os requisitos da Resolução Normativa nº443/2019 da agência nacional de saúde suplementar (ANS).

Palavras-chave: *Compliance*; Programa de Integridade; Resolução Normativa ANS RN nº443/2019.

Abstract: The term *Compliance* is increasingly evident in organizations as a way of complying with the rules related to their activities, linked to the integrity program to strengthen corporate governance processes and business sustainability. This research was developed through a bibliographic review with a qualitative approach in a health plan operator in northeastern Brazil. In order to improve its management through the implementation of *Compliance*

and expand relationships guided by ethics and integrity, the operator must comply with the regulatory environment, prevent and repress the occurrence of illegal conduct, encouraging the detection and mitigation of its risks. This article addresses proposals for solutions in which it was decided to carry out the activities by a specific multidisciplinary commission, structured in 09 pillars of the integrity program. Through observation techniques, through a checklist, it was identified that the operator needs to manage its main risks and strengthen its internal controls, formalizing its guidelines through policies and conducting constant training to ensure the effectiveness of its integrity program and consequently meet all the requirements of Normative Resolution No. 443/2019 of the National Supplementary Health Agency (ANS).

Keywords: *Compliance*; Integrity Program; Normative Resolution ANS RN n°443/2019.

1 INTRODUÇÃO

As boas práticas de governança corporativa adotadas, no cenário mundial, estão cada vez mais requisitadas pelos órgãos regulatórios para fins de mensurar os riscos inerentes ao negócio, garantir a boa gestão favorecendo a manutenção da sustentabilidade e perenidade da organização (TEIXEIRA et al., 2017). Com o objetivo de assegurar a solvência das operadoras de planos de saúde, a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) emitiu a Resolução Normativa (RN) nº 443/2019 estabelecendo a adoção de práticas mínimas de governança corporativa, com ênfase em controles internos e gestão de riscos, para garantir a sustentabilidade da saúde suplementar. A RN nº 443/2019 é direcionada a todas as operadoras de planos de saúde, sendo obrigatória a adesão dos requisitos até o final de 2022 para operadoras de médio e grande porte. A operadora objeto de estudo neste trabalho é considerada pelo órgão regulador como operadora de grande porte, atua no mercado da saúde suplementar a 48 anos e seus negócios geram um dos maiores índices de arrecadação tributária no seu estado de origem, localizado no nordeste brasileiro. Nesse norte, vislumbrando adotar na operadora analisada práticas avançadas de governança corporativa surge a seguinte problemática: Quais os benefícios do *Compliance* para prevenir riscos e fortalecer a governança corporativa na operadora de planos de saúde?

Cabe inicialmente esclarecer que o termo *Compliance* está relacionado ao dever de cumprir normas externas e internas, que norteiam as atividades da organização e de suas partes interessadas. No Brasil ganhou repercussão com a aprovação da Lei nº 12.846/13 (lei anticorrupção) e do Decreto nº 8.420/15 que regulamenta a referida lei. Para implementar um programa de integridade, faz-se necessário aprimorar os controles internos e a gestão de riscos para fortalecer os processos de governança corporativa garantindo a solvência e sustentabilidade dos negócios (ANS, 2019). O *Compliance* está inserido neste contexto, pois através de seus processos as operadoras irão aperfeiçoar suas práticas de governança, fortalecendo os sistemas de controles internos através da mensuração dos riscos, detectando as irregularidades, treinando e monitorando continuamente seu sistema de controle interno para vislumbrar uma gestão eficiente.

Para a operadora de saúde estar em conformidade com o ambiente regulatório e contemplar os benefícios do *Compliance*, faz-se necessário implantar ações que atendam todos os requisitos estabelecidos pela RN nº 443/2019. Estima-se que as operadoras de planos de saúde irão reduzir a necessidade de capital regulatório para casos de falência, isto devido à

mudança da regra para o cálculo da margem de solvência. Após os riscos monitorados e os controles implementados conforme as diretrizes legais serão consideradas para fins de cálculo o risco de cada operadora, deixando para trás o percentual que é provisionado para garantir a margem de solvência (ANS, 2019).

Metodologicamente, trata-se de pesquisa bibliográfica descritiva, onde por meio de um checklist, serão verificadas as práticas existentes de governança corporativa, controles internos e gestão de riscos, além dos processos que necessitam de aprimoramento para que a operadora de saúde atenda aos requisitos estabelecidos pela RN nº 443/2019. Com isso, a operadora poderá gozar dos inúmeros benefícios que o *Compliance* oferece às organizações que buscam por uma gestão com processos norteados pela ética e integridade, incentivando seus colaboradores a confrontar dilemas éticos, tendo comprometimento com a empresa e denunciando as más condutas quando detectadas (WEBER; WASIELESKI, 2013).

Dessa forma, o trabalho será estruturado em nove pilares que irão permear e dar suporte à operadora de plano de saúde a implementar seu programa de integridade, são eles: suporte da alta administração, análise de riscos, códigos de conduta e políticas de *Compliance*, controles internos, comunicação e treinamento, canais de denúncias, investigações internas, due diligence, auditoria e monitoramento.

2 CONTEXTUALIZAÇÃO

A Operadora de plano de saúde, objeto deste trabalho, necessita implementar práticas avançadas de governança corporativa para atender as exigências estabelecidas na RN N°443/2019 da ANS. Para garantir a implementação de todos os requisitos, é de extrema importância a efetiva aderência e inclusão das diretrizes do *Compliance* como instrumentos norteadores na tomada de decisão dos negócios. Somando-se a isto, a disseminação das boas práticas de gestão com todas as partes interessadas com a operadora, faz-se necessário para fortalecer controles internos e relacionamentos com os públicos internos e externos.

2.1 A EMPRESA

A organização é uma cooperativa médica que atua como operadora no mercado da saúde complementar a 48 anos. Possui uma das mais completas redes de assistências médico-hospitalar privada do nordeste brasileiro, contemplando 02 hospitais próprios, para atender mais de 146 mil usuários, para isso, possui cerca de 1,7 mil médicos cooperados das mais diversas

especialidades, 2.000 colaboradores distribuídos na sua sede e em seus recursos próprios e sua cadeia de suprimentos, gira em torno de 550 fornecedores.

De acordo com a Lei nº 9.656/98, que dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde, todas as pessoas jurídicas de direito privado que operam planos de assistência à saúde, submetem-se a esta legislação. Ressalta-se também que por ser uma cooperativa médica, a empresa também é norteadada pelas diretrizes da Lei nº 5.764/71 que discorre sobre o cooperativismo, instituindo o regime jurídico das sociedades cooperativas.

A Operadora possui uma estrutura de governança corporativa consolidada, tendo recentemente atualizado seu estatuto social e elaborado seu regimento interno, objetivando fortalecer seu sistema de gestão, com foco na transparência, controles internos e alinhamento de interesses entre os acionistas e administradores. A governança corporativa tem como objetivo garantir a continuidade das empresas, vislumbrando executar suas atividades de forma transparente, resguardando a confiabilidade das informações (VAASSEN; MEUWISSEN; SCHELLEMAN, 2013).

O estatuto social da empresa estabelece os papéis e responsabilidades dos órgãos sociais, definindo suas funções distintas e outros aspectos institucionais. A Assembleia Geral é a instância máxima da empresa, dentro dos limites legais e estatutários, tendo o poder de decidir os negócios relativos ao objeto da organização. O Conselho de Administração se reuni semanalmente para deliberar assuntos estratégicos relacionados aos processos internos, estratégias de mercado, metas e desempenhos financeiros e demais temas relacionados ao crescimento da empresa e de seus sócios, ressaltando o bem-estar do cliente, cooperado e colaboradores. A diretoria executiva é responsável pela gestão da empresa, cumprindo as determinações do Conselho de Administração para que sejam alcançados seus objetivos sociais, garantindo a qualidade assistencial aos beneficiários e a sustentabilidade da operadora de plano privado à assistência à saúde. O Conselho Fiscal é o órgão responsável por fiscalizar a administração da cooperativa e o Conselho Técnico Societário assessora o conselho de administração no que cerne questões técnicas e éticas que envolvem os médicos cooperados.

Trimestralmente, a diretoria realiza a reunião de governança enfatizando os princípios da boa gestão. Nesta reunião participam o conselho de administração, a diretoria executiva, conselho fiscal, conselho técnico societário, gestores e lideranças com o objetivo de prestar constas aos cooperados do desempenho organizacional da empresa. São pautas fixas das reuniões de governança corporativa: o cenário de mercado, os indicadores econômicos e financeiros, desempenho estratégico e assistencial.

Em decorrência da recente reforma estatutária, a estrutura de governança da empresa apresenta os processos relacionados à direção estratégica voltada para os administradores e cooperados, os processos de gestão executiva com foco no mercado, qualidade assistencial, custos com as operações de planos de saúde, satisfação do usuário e qualidade nos processos internos.

O modelo de gestão adotado pela operadora vislumbra padrões de excelência empresarial, no entanto após a emissão da RN nº443/2019, critérios de controles internos mais robustos foram adicionados vislumbrando a solvência no mercado de saúde suplementar, bem como garantir a assistência dos serviços prestados e agregar valor adicional aos clientes, colaboradores, terceiros, e médicos cooperados, com base em um desenvolvimento sustentável.

A cultura organizacional da empresa é baseada pela sua identidade organizacional que norteia e estimula seus colaboradores e demais partes envolvidas com os valores firmados pela instituição. A gestão da empresa investe intensamente no fortalecimento da cultura, trabalhando a maturidade de suas lideranças para conectar e desenvolver as equipes internas com foco na sustentabilidade do negócio, enfatizando a responsabilidade socioambiental. Uma das áreas do planejamento estratégico da empresa ressalta o aprendizado e crescimento como forma de fortalecer a cultura da organização e a inovação participativa. A educação continuada também é marca desta organização que capacita constantemente seu quadro de colaboradores e cooperados através de cursos específicos, com o objetivo de desenvolver profissionais cada vez mais competentes e atualizados com as constantes mudanças das legislações.

Todas as ações tem uma proposta para construção de uma cultura de integridade no ambiente corporativo que é primordial para o desenvolvimento e sustentabilidade do *Compliance*, mediante isto a transformação de cultura é uma das mais desafiadoras jornadas na implementação de um programa de integridade (FRANCO, 2020).

Tendo em vista os princípios do *Compliance* e preservando os dados da operadora em análise, fica impossibilitado à coleta de informações mais precisas, em especial as questões econômicas e financeiras da mesma, logo a metodologia deste trabalho será por meio de revisão bibliográfica e técnicas de observação.

2.2 DESAFIO

As áreas de Governança e *Compliance* são responsáveis por garantir o cumprimento de normas que norteiam as atividades da empresa, bem como contribuir com a efetividade da

atuação dos órgãos de governança. Tem como uma das principais funções a potencialização de recursos, minimizando os custos na seara da saúde suplementar por meio da implementação, do desenvolvimento do programa de integridade evitando irregularidades e detectando possíveis desvios de conduta que possam afetar a reputação da organização (SARLET; SAAVEDRA, 2017). Enfatizando que o setor de *Compliance* deve atuar de forma independente, interagindo com as demais áreas da organização, visando à adoção por parte dos colaboradores, stakeholders de comportamentos éticos com aplicação de políticas e códigos de conduta estabelecidos pela empresa (GIOVANINI, 2014; DELOITTE, 2016).

O setor de governança e *Compliance*, na operadora em estudo, está em fase inicial de estruturação. De acordo com Franco (2020), o responsável pela liderança da área e desenvolvimento do programa de integridade da organização, o *Compliance officer*, tem como destaque as principais atribuições: certificar a adequação, fortalecimento e o funcionamento do sistema de controles internos, minimizando os riscos de acordo com a complexidade das atividades; desenvolver e aplicar códigos de conduta, políticas internas e as diretrizes do *Compliance*; realizar a gestão de terceiros, através da due diligence dos fornecedores, prestadores de serviços e rede credenciada; oferecer treinamentos contínuos sobre os assuntos relevantes para os colaboradores e demais partes interessadas, promovendo a comunicação relacionada à integridade; fomentar e acompanhar as denúncias recebidas; ter ciência dos resultados das investigações e suas deliberações; monitorar constantemente todas as diretrizes institucionais relacionadas ao programa de integridade; e, exercer a função consultiva, com o objetivo de sanar dúvidas relacionadas a questões comerciais na visão de conformidade.

Somando as estas funções, o *Compliance officer* deve ser visto como guardião da instituição, dentro dos limites legais, precisando contar com o suporte das áreas, em especial o departamento jurídico, regulatório e recursos humanos (SARLET; SAAVEDRA, 2017; FRANCO, 2020).

Conforme a ANS (2019), ao fortalecer a governança corporativa, sustentada por controles e gestão de riscos, a operadora possibilita a construção de condições propícias para um ambiente corporativo sólido e com informações confiáveis, promovendo a sustentabilidade de seus negócios, atrelado a padrões éticos.

Como desafios, que a operadora terá de enfrentar, destacam-se: o apoio incondicional da alta administração para a implementação efetiva do programa de integridade em toda a organização; análise e monitoramento dos riscos corporativos, em especial os riscos de subscrição, crédito, mercado, legal e operacional. Estes são os riscos mínimos exigidos pela RN

nº443/2019; revisão do código de conduta ética e elaboração de políticas corporativas que determinem diretrizes da governança corporativa, *Compliance*, controles internos, relacionamento com órgãos públicos, conflitos de interesses, assédio moral, concessão e recebimento de brindes e patrocínios, entre outras diretrizes institucionais; análise periódica dos indicadores econômicos financeiros estabelecidos na RN nº 443/2019; comunicar e treinar todas as partes interessadas com a operadora; instituir canais com incentivo à denúncia de irregularidades; estruturar as investigações internas; realizar a gestão e monitoramento dos terceiros que possuem relacionamento com a operadora; avaliar os processos de governança, *Compliance*, gestão de riscos por meio de auditoria e monitoramento contínuo.

Além dos itens supracitados, o envolvimento dos gestores e lideranças é essencial para disseminar os processos de interesse e defesa de *Compliance*, para fortalecer a cultura da operadora.

A Alliance for Integrity (2020), iniciativa de múltiplas partes interessadas, promovida pelo setor empresarial que incentiva ações de transparência e integridade, estabelece que os principais objetivos de um programa de *Compliance* são: criar uma cultura ética, prevenir e detectar condutas ilícitas, auxiliar os colaboradores a cumprir as diretrizes internas e externas por meio de normas claras, acessíveis e divulgadas e proteger a empresa para minimizar as penalidades em casos de falhas decorrentes do programa de integridade.

2.3 SINTOMAS

Este trabalho vislumbra subsidiar a operadora de plano de saúde a ampliar e consolidar os processos de *Compliance* para buscar garantir a sustentabilidade de seus negócios através de práticas avançadas de governança corporativa, gestão de riscos, auditoria e controles internos para atender as exigências da RN nº 443/19 da ANS. Com a implementação desses processos, a operadora poderá solicitar a agência regulatória a mudança no cálculo da margem de solvência, obtendo assim seu capital baseado em riscos, atrelado a eficiência da gestão e redução do capital regulatório.

2.4 OBJETIVO

Aprimorar os processos de Governança Corporativa da operadora através da implementação de Programas de *Compliance*, estimulando práticas de controles internos eficazes para promover o fortalecimento dos princípios da governança corporativa e ampliar os relacionamentos norteados pela ética e integridade com todos os stakeholders.

Para alcance deste objetivo, faz-se necessário o cumprimento irrestrito das legislações, códigos de conduta e demais documentos internos, prevenir e inibir a ocorrência de condutas ilícitas, incentivar a detecção e mitigação dos riscos inerentes às atividades desenvolvidas pela operadora estimulando a cultura ética. Ressalta-se também que o treinamento e monitoramento do programa é peça fundamental para a continuidade do ambiente de conformidade corporativo.

3 DIAGNÓSTICO

A pesquisa será desenvolvida através de uma revisão bibliográfica com abordagem qualitativa, por meio de técnicas de observação para verificar, através de checklist, os processos que necessitam serem implementados para preenchimento dos requisitos constantes na RN n° 443/2019. Desta forma, as ações existentes e as que necessitam de aprimoramento serão verificadas com a finalidade de fortalecer as práticas voltadas ao desenvolvimento da cultura de integridade, como um dos pilares da boa governança.

Para atender o ambiente regulatório e as legislações vigentes, as empresas buscam intensificar suas práticas de governança corporativa e comportamento moral, principalmente após vigência da Lei anticorrupção n° 12.846/2013 e do seu Decreto n° 8.420/15. O cenário mundial, necessita de mudanças no comportamento por partes das organizações no que diz respeito às práticas voltadas à anticorrupção, conflitos de interesses e atos lesivos contra a administração pública nacional ou estrangeira.

A Lei n°12.846/2013, também conhecida como lei anticorrupção brasileira, de acordo com o ordenamento jurídico, surgiu com o objetivo de responsabilização objetiva nas esferas administrativa e civil pela prática de atos lesivos contra a administração pública, nacional ou estrangeira. O Decreto n° 8.420/15 regulamenta a responsabilização objetiva administrativa de pessoas jurídicas e em seus artigos 41° e 42° definem programa de integridade e trazem os requisitos que serão avaliados para garantir a existência e sua efetividade.

A operadora, em análise além de adequar seus processos mediante a legislação brasileira anticorrupção em vigor, deve estar em conformidade com as diretrizes estabelecidas pela agência regulatória - ANS, logo entende-se a necessidade de aprimorar seus processos de governança corporativa para atender as ações que norteiam a RN nº443/2019.

3.1 INFORMAÇÕES

A coleta de dados foi realizada por meio da revisão da RN nº 443/2019 e de seus anexos, através de técnicas de observações visando verificar se a operadora atende os requisitos da referida resolução. Identificou-se que a operadora, adota um modelo de governança corporativa baseado na transparência, envolvendo processos, regulamentos e fortalecimento da cultura da organização. No entanto, conforme a RN nº 443/2019, para obter um modelo de capital baseado em riscos, conseqüente reduzir os fatores de capital regulatório, a operadora deve implementar um programa de integridade robusto, gerenciar seus riscos e aprimorar os controles internos existentes.

O Instituto Brasileiro de Governança Corporativa – IBCG discorre que governança corporativa é o sistema pelo qual as empresas e demais organizações são dirigidas, monitoradas e incentivadas, permeando em suas práticas e estruturas os seguintes princípios: transparência, equidade, prestação de contas e responsabilidade corporativa. Ainda conforme o IBGC, o sistema de governança corporativa deve envolver a relação entre sócios, conselho de administração, diretoria, órgãos de fiscalização e controle e demais partes interessadas (IBGC, 2015).

O modelo de estrutura de governança corporativa depende de cada organização, não existe um padrão específico a ser seguido, sendo necessário adaptar às necessidades da empresa com seus princípios e propósitos, convergindo em recomendações objetivas, alinhado aos interesses estabelecidos no planejamento estratégico e definindo os papéis e responsabilidades dos órgãos sociais e de assessoramento da gestão (FRANCO, 2020).

As diretrizes estratégicas da organização estão estabelecidas em seu mapa estratégico 2019-2023, alinhadas a identidade organizacional da empresa. Sua missão, visão e valores refletem o propósito da organização norteadas pela ética, transparência, integridade, responsabilidade socioambiental, respeito nas relações interpessoais e institucionais.

Identificou-se também que, aprimorar os processos de defesa dos interesses institucionais, governança e *Compliance* fortalece a imagem reputacional da organização. Desta

feita, os objetivos estabelecidos e firmados no planejamento estratégico da empresa ressaltam o compromisso da instituição em fortalecer a cultura da ética e da transparência em suas relações.

3.2 ANÁLISE DO DIAGNÓSTICO

O estatuto social da operadora foi revisado e aprovado em Assembleia Geral pelo seu quadro social, estabelecendo a estrutura de governança da empresa. Já o regimento interno, elaborado recentemente, descreve as diretrizes estatutárias. O setor de governança e *Compliance* está regulamentado através do regimento interno e por suas políticas próprias, estes documentos foram aprovados pelo Conselho de Administração da empresa.

Para estruturar o programa de integridade da empresa o setor de governança e *Compliance*, o Conselho de Administração, nomeou através de portaria a Comissão de Governança e *Compliance*, composta por uma equipe multidisciplinar de colaboradores internos para realizar um diagnóstico e verificar as ações que precisam ser desenvolvidas pela operadora para atender os requisitos da RN nº443/2019. Ressalta-se que com a implementação dos processos elencados nesta resolução a operadora adotará práticas avançadas de governança corporativa, que poderá ter redução de capital regulatório, sendo avaliada pela agência reguladora.

A princípio a Comissão de Governança e *Compliance* realizou um plano de trabalho para analisar as diretrizes estatutárias e a estrutura de governança corporativa da empresa. Em seguida, a equipe iniciou a revisão da gestão de documentos, elaborou políticas corporativas, códigos de condutas para os colaboradores, terceiros e rede credenciada, regulamentou e normatizou as diretrizes do canal de denúncias, construiu diversos documentos relacionados à processos estratégicos, instituiu os 09 (nove) pilares de *Compliance* que irão dar subsídio para implementar o programa de integridade da Operadora.



Figura 1: Pilares do Programa de Integridade da Operadora
Fonte: Comissão de Governança e *Compliance*, 2019.

A Figura 1 retrata processos que se comunicam e se interligam, para em conjunto formar os pilares que darão as diretrizes e o suporte para implementação do programa de integridade da Operadora.

O Programa de *Compliance* está relacionado ao cumprimento de normas, regulações e legislações para prevenir ilícitos, impactando fortemente nas questões institucionais de governança corporativa, agindo positivamente na imagem reputacional da organização (VERÍSSIMO, 2018). A Alta Administração elencada como primeiro pilar, devido o programa de integridade da empresa necessita do aval explícito do apoio de seus dirigentes e conselheiros. Nesse sentido, vale ressaltar que a Controladoria Geral da União – CGU estabelece em seu programa de integridade que os integrantes da alta direção devem ser exemplo de boa conduta, aderindo prontamente ao Programa de Integridade, declarando publicamente a relevância dos valores institucionais da organização e das políticas que compõe as diretrizes do *Compliance* (CGU, 2019).

Para atender os requisitos que contemplam este pilar, identificou-se a necessidade de envolvê-los com o tema. Diversas ações foram desenvolvidas através de momentos *Compliance* em reuniões semanais da diretoria executiva para avaliar o nível de conhecimento dos dirigentes sobre as legislações e regulamentações que norteiam a organização, em especial a RN nº443/2019. Somando-se, as ações de disseminação a comissão de governança e *Compliance* encaminham para revisão da diretoria executiva e aprovação do Conselho de Administração todas as documentações que são elaboradas relacionadas aos processos de nível estratégico, visto que este será um dos requisitos avaliados pela ANS para atender a RN nº443/2019. A Alta

administração também é responsável por aprovar todas as ações desenvolvidas nos demais pilares, envolvendo desta forma, todo seu corpo diretivo.

Em contrapartida, a análise de riscos foi definida pela comissão como segundo pilar, tendo em vista que a operadora deve ter ciência dos potenciais riscos no qual a organização esta sujeita. O propósito das avaliações periódicas abrange as práticas de gestão sobre os principais riscos e seus impactos. A RN n° 443/2019 estabelece que a operadora deverá mapear os seguintes riscos: subscrição, crédito, mercado, legais e operacionais. Este pilar é primordial para o processo de identificação, análise, avaliação, priorização, tratamento e monitoramento de riscos que possam afetar a operadora em todos os níveis, sejam eles estratégicos táticos ou operacionais.

Códigos de condutas e políticas de *Compliance* foram estabelecidos como o terceiro pilar do programa de integridade da operadora. Este pilar refere-se à elaboração das diretrizes do *Compliance* relacionada às práticas do negócio, definidos através de seus códigos de conduta, políticas corporativas em especial às de anticorrupção, relacionamento com o poder público, patrocínios, doações, brindes, conflitos de interesses entre outras. A RN n° 443/2019, orienta que estas documentações devem ser formalizadas e aprovadas pela instância máxima da empresa, não apenas para manter a conformidade com as leis, como também garantir uma cultura de integridade e valorização de comportamentos éticos. Desenvolver uma cultura de integridade voltada ao cumprimento da identidade organizacional de uma empresa não é uma tarefa difícil, basta adotar políticas e fazer de suas diretrizes o modo de agir da organização (ANTONIK, 2018).

O pilar de controles internos está relacionado ao monitoramento da situação econômica e financeira da operadora. A utilização de controles internos eficazes, trazem inúmeros benefícios para as organizações, contribuindo para a identificação dos riscos decorrente das falhas nas operações. (GIL, ARIMA, NAKAMURA, 2013). Conforme cita a resolução, para analisar melhor a solvência das operadoras de planos de saúde, a ANS estabelece através da RN n°443/2019, em seu anexo III, a base de cálculo para mensurar os 12 indicadores econômicos e financeiros, são eles:

1. Margem de Lucro Líquida (MLL) – traz a relação entre o resultado líquido e o total das receitas com operações de planos de saúde;
2. Retorno sobre o Patrimônio Líquido (ROE) - apresenta a relação entre o resultado líquido e o patrimônio líquido;

3. Percentual de Despesas Assistenciais em relação às Receitas de Contraprestações (DM) – contempla a relação entre as despesas assistenciais e o total das receitas com contraprestações efetivas;
4. Percentual de Despesas Administrativas em relação às Receitas de Contraprestações (DA) - relação entre despesas administrativas e o total das receitas de contraprestações efetivas;
5. Percentual de Despesa Comercial em relação à Receita de Contraprestações (DC) - mostra a relação entre despesas comerciais e o total de receitas com contraprestações efetivas;
6. Percentual de Despesas Operacionais em relação às Receitas Operacionais (DOP) - mostra a relação entre as despesas operacionais e o total das receitas operacionais;
7. Índice de Resultado Financeiro (IRF) - identifica a relação entre o resultado financeiro líquido e o total das receitas com contraprestações efetivas;
8. Liquidez Corrente (LC) - traz a relação entre os ativos conversíveis em dinheiro no curto prazo e as dívidas de curto prazo;
9. Capital de terceiros sobre o Capital próprio (CT/CP) - representa a relação entre o total das dívidas e o patrimônio líquido;
10. Prazo Médio de Recebimento de Contraprestações (PMRC) - representa o tempo médio que a operadora leva para receber os créditos de operações de saúde, já descontada a provisão para perdas sobre créditos (PPSC);
11. Prazo Médio de Pagamento de Eventos (PMPE) - representa o tempo médio que a operadora leva para pagar aos prestadores o que já foi avisado;
12. Variação de Custo (VC) - representa a variação dos custos relacionados à assistência a saúde entre um período e outro. (BRASIL, 2019)

Conforme a RN n° 443/2019, a operadora deve garantir o monitoramento destes indicadores, assegurando a confiabilidade das informações e comunicá-las formalmente a alta administração.

O quinto pilar estabelece a comunicação e treinamento como responsável pelo fortalecimento e disseminação da cultura de integridade. Todas as políticas corporativas de *Compliance*, códigos de condutas e estrutura de governança corporativa devem ser amplamente divulgados, contemplando treinamentos contínuos para garantir a efetividade do programa de integridade. Com intuito de disseminar as práticas de *Compliance*, estrutura de governança da operadora e as documentações elaboradas pela Comissão de Governança e *Compliance*, mensalmente os colaboradores respondem um quiz para testar seus conhecimentos sobre o tema. O objetivo deste quiz sobre governança e *Compliance* é verificar o nível de conhecimento do quadro de pessoal, posteriormente realizar uma grade de treinamentos sobre os assuntos com maiores incidências de erros. Mensalmente mais de 1.000 (um mil) colaboradores respondem os questionários através da intranet, canal interno de comunicação próprio da operadora.

Canais de denúncias e investigações internas são processos que permeiam pelos pilares seis e sete do programa de integridade da operadora. Esses são responsáveis pelo incentivo a denúncias de irregularidades praticadas pela operadora, seus administradores colaboradores e demais partes interessadas, objetivando apurações para verificação da aplicação efetiva das diretrizes do *Compliance* (SEGAL, 2018). As denúncias recebidas são analisadas e verificadas por profissionais tecnicamente qualificados e posteriormente encaminhadas para análise do comitê de ética.

O oitavo pilar refere-se ao processo de due diligence que no âmbito do *Compliance*, tem como objetivo de realizar a análise pré-contratual das pessoas físicas ou jurídicas que tem a intenção de se relacionar ou manter relacionamento com a operadora. A análise é focada principalmente no que concerne os registros corporativos, mapa societário e regularidades fiscais, avaliando também aspectos financeiros e reputacionais, reduzindo os riscos nas contratações. Conforme Franco (2020), o due diligence é uma terminologia de origem inglesa e dentro deste processo destaca-se também a gestão e monitoramentos dos terceiros que deve ser realizada em todos aqueles que transitam no ambiente interno da operadora e não fazem parte do quadro de pessoal da empresa. Isto ocorre devido à empresa ter responsabilidade objetiva sobre os atos decorrente dos terceiros que mantém relacionamento com a operadora.

A auditoria e monitoramento foram denominados o nono e último pilar para compor o programa de integridade da operadora. De acordo com o Instituto dos Auditores Internos do Brasil (IIA), o processo de auditoria interna é responsável pela avaliação e monitoramento constante dos processos de governança corporativa, controles internos e gestão de riscos e demais processos internos da operadora para cumprimento de leis, resoluções, regimentos e regulamentos. A auditoria interna é responsável em aumentar e proteger o valor organizacional, fornecendo avaliações dos processos baseados nos riscos (IIA, 2019).

Com base nos pilares elencados e corroborando com a problemática proposta, e por consequente aderência a todo o ambiente regulatório, será desenvolvido um checklist para verificar se a empresa em análise atende os requisitos da RN nº 443/2019. Desta forma, a operadora terá um direcionamento para aprimorar os processos que necessitam de melhorias para implementar o programa de integridade conforme as diretrizes da referida resolução.

4 RESULTADO: PROPOSTAS DE SOLUÇÕES

Neste capítulo foram desenvolvidas propostas de soluções para atender o problema apresentado na introdução deste trabalho, ressaltando os impactos e a importância para a operadora na implantação de um programa de integridade para que através disso, a organização possa aderir aos benefícios que as diretrizes do *Compliance* oportuniza as operadoras de planos de saúde através do atendimento dos itens estabelecidos na RN n°443/2019.

4.1 PROPOSTAS DE SOLUÇÃO

Para implantar os critérios estabelecidos na RN n°443/2019 da ANS e aderir aos benefícios do *Compliance*, a operadora necessita aprimorar as práticas de governança corporativa, mapear seus riscos, fortalecer seus controles internos para fins de solvência e sustentabilidade dos seus negócios. Logo, para estar em *Compliance* e atender ao ambiente regulatório, a organização necessitará de recursos próprios ou terceirizados para implantar um programa de integridade. posteriormente solicitar a ANS a redução de fatores de capital regulatório, impactando na margem de solvência e na sustentabilidade da operadora. A proposta A é a continuidade da utilização dos recursos internos, através da comissão de governança e *Compliance*, que já realizou um mapeamento da situação inicial da operadora. Como segunda opção (Proposta B), surge a alternativa de contratar uma consultoria especializada no assunto que iria aplicar suas ferramentas de negócios para implementar um programa de integridade na operadora.

Proposta A: Utilizar recursos internos para implementar o Programa de Integridade na Operadora

- **Descrição da proposta:** A operadora instituiu uma comissão de Governança e *Compliance* composta por uma equipe multidisciplinar do seu quadro de colaboradores. Esta comissão é responsável por desenvolver e verificar as ações iniciais que precisam ser implementadas para aderir ao programa de integridade e estar em conformidade com o ambiente regulatório conforme a RN n° 443/2019. Desta forma, os seus integrantes irão dar continuidade ao monitoramento das ações desenvolvidas pelas áreas através de ferramenta própria que propicia relatórios personalizados e dashboards dinâmicos. Estas ações permaneceriam, respectivamente, sendo acompanhadas semanalmente pela

equipe de projetos da instituição e periodicamente os resultados obtidos continuariam sendo apresentados a diretoria executiva.

- **Possíveis impactos:** Engajamento dos integrantes da comissão, da equipe de projetos e interação direta com as áreas, envolvendo todos da operadora em busca do fortalecimento da cultura de *Compliance*. Monitoramento dos indicadores semanalmente via ferramenta de Business Intelligence BI que proporciona maior segurança dos dados e reduz riscos operacionais.
- **Prós:** Visão sistêmica e conhecimento do negócio dos integrantes da comissão que são colaboradores da auditoria interna, regulatório, riscos e controles, ouvidoria, planejamento estratégico e auditoria médica. Baixo custo de implantação, familiaridade com os processos internos, dados e informações precisas tempestivamente, acesso a alta administração diariamente.
- **Contras:** Os membros da comissão são colaboradores da operadora e possuem outras funções além das atividades da comissão, isso pode influenciar nas performances setoriais. Logo, os integrantes da comissão devem administrar adequadamente o tempo para não impactar nas atividades específicas que são responsáveis.
- **Recursos:** 8 horas semanais de cada integrante da comissão para se dedicar ao programa de integridade, acompanhando tempestivamente as ações desenvolvidas pelas áreas e realizando capacitação e treinamento para todos os envolvidos com a operadora. Contratação de pessoal para aprimorar os processos de governança e *Compliance*, gestão de riscos, due diligence, gestão de terceiros e canal de denúncia.
- **Teoria de suporte e autor:** A comissão de governança e *Compliance* seria a responsável por dar continuidade as ações desenvolvidas junto as áreas responsáveis no projeto de implementação e estruturação de todos os 09 pilares, que foram descritos no item 2.2 deste trabalho. Após encerramento do projeto, a área de Governança e *Compliance*, será a responsável em dar continuidade a manutenção e monitoramento de todo o programa de integridade. A integridade está relacionada à cultura organizacional, logo para construir um programa sólido, baseado na transparência e ética é necessário o engajamento das partes envolvidas para internalizar e fortalecer a cultura de *Compliance* (ANTONIK, 2018). Atualmente, os responsáveis pelo monitoramento das ações são colaboradores de áreas estratégicas e possuem o apoio e acesso e as lideranças e alta

administração, sendo estes fatores determinantes para a implantação de um programa de integridade. Somando-se a isso os integrantes da comissão de governança e *Compliance* conhecem os fluxos, processos internos e externos e sistemas utilizados pela operadora, o que facilita no desempenho dos resultados. De acordo com o Instituto Brasileiro de Governança Corporativa – IBGC é essencial que os agentes de governança elaborem estratégias de comunicação e programas de treinamento com o objetivo de disseminar, entre as partes interessadas, todas as políticas corporativas, normas e procedimentos, norteados pelo código de conduta adotado pela organização (IBGC, 2019).

Proposta B: Contratar consultoria para implantar o Programa de Integridade na Operadora

- **Descrição da proposta:** Consultorias prestam assessorias para solucionar questões organizacionais. Após a divulgação da RN nº 443/2019 contemplando a obrigatoriedade de aderência aos requisitos para todas as operadoras de grande e médio porte até o ano de 2022, a demanda por estes serviços começou a surgir. As consultorias trabalham com modelos de negócios próprios para atender as expectativas dos clientes, frente aos desafios e diversas ações que devem ser desenvolvidas até o prazo estipulado pela agência reguladora dos planos de saúde – ANS.
- **Possíveis impactos:** Os colaboradores podem dedicar-se melhor as entregas, devido a cobrança de pessoas externas.
- **Prós:** responsabilidade de empresa terceirizada em acertar no diagnóstico e entregar o programa implementado.
- **Contras:** Sensação de dependência dos serviços de terceiros. Acesso ao ambiente de trabalho e aos dados estratégicos e sigilosos da operadora. Custo com a contratação dos serviços. Extensão do prazo previsto para execução dos trabalhos.
- **Recursos:** Valor da prestação de serviço da consultoria; Contratação de pessoal para aprimoramento dos processos de governança e *Compliance*, gestão de riscos, due diligence, gestão de terceiros e contratação de empresa terceirizada para implantar o canal de denúncias.
- **Teoria de suporte e autor:** As consultorias são excelentes parceiros de negócios, com isso as organizações veem constantemente buscando melhorias contínuas, vislumbrando

a solução rápida para alcançar seus resultados. Muitas destas empresas possuem profissionais especialistas na área de *Compliance*. Caso esta proposta for a mais viável para a operadora, a consultoria terá um prazo pré-estabelecido para atuar dentro da organização, logo, ao final deste período a operadora terá que dar continuidade a manutenção e monitoramento do programa de *Compliance*, através de sua equipe interna. O prazo para a implementação de todos os requisitos da RN n° 443/2019 é até o final de 2022, logo se entende que a operadora tem tempo suficiente para adequar seus processos conforme solicita a agência reguladora dos planos de saúde – ANS.

4.2 CONEXÃO DA PROPOSTA COM OS RESULTADOS ESPERADOS

Ambas as propostas apresentadas consistem no mesmo objetivo – Implantar um programa de integridade para que a organização fortaleça seus processos de governança, adotando análises de riscos para aprimorar as melhores práticas de gestão e atender a RN n° 443/2019 da ANS. No entanto, o que diferencia a opção A da proposta B são os meios de implementar um programa de *Compliance* eficaz que fortaleça a cultura da organização.

A cultura organizacional é um dos elementos chaves que definem o sucesso da implantação de um programa de integridade e de sua continuidade. Os programas de conformidade bem estruturados são orientados por políticas e procedimentos corporativos que dão efetividade as normas de condutas éticas e que contemplam e objetivam mitigar os riscos identificados na organização como parte do processo de avaliação (FRANCO, 2020).

Somando-se ao fortalecimento da cultura de integridade, as empresas necessitam estarem cientes dos riscos inerentes e envolvidos em seus negócios, com o intuito de tomar decisões adequadas, que minimizem os impactos para seus clientes e demais partes interessadas.

Para estruturar um programa de integridade, atualmente, a organização contempla com uma equipe multidisciplinar própria para dar continuidade às ações que vem sendo desenvolvidas na operadora. Como dito anteriormente, a equipe teve todo suporte da alta administração no decorrer das atividades desenvolvidas, demonstrando que a organização preza e apoia por um ambiente cada vez mais íntegro e com seus relacionamentos baseados na transparência.

Como existem diversos desafios e ações para serem desenvolvidas e monitoradas, tornou-se necessário realizar um comparativo das propostas A e B, para verificar qual será a

mais adequada para a realidade atual da operadora. Ressalta-se que todo o programa deve ser embasado nos requisitos exigidos pela agência reguladora.

O quadro 1, apresenta resumidamente as propostas e situações diagnosticadas para implantar o programa de *Compliance* na operadora:

Quadro 1: Propostas apresentadas

Objetivo	Situação Diagnosticada	Proposta
Implantar um programa de integridade conforme requisitos estabelecidos na RN n° 443/2019 da ANS	Acesso facilitado as lideranças e alta administração	A
	Conhecimento dos processos e fluxos da operadora	A
	Maior disseminação e fortalecimento da cultura de <i>Compliance</i>	A
	Utilização da metodologia desenvolvida pela Comissão	A
	Responsabilidade de assertividade da implantação	B
	Utilização de metodologia terceirizada	B

Fonte: autor, 2020.

Os programas de *Compliance* são construídos conforme a estrutura, essência e necessidade de cada organização, ou seja, não existe um padrão específico para implantação e disseminação de melhores práticas de governança corporativa. Além disso, questões institucionais de governança corporativa refletem positivamente na imagem reputacional da organização (VERÍSSIMO, 2018).

Desta forma, devido a especificidade do negócio e ao bom desempenho da equipe interna nesta fase inicial do projeto, a proposta A será escolhida em virtude dos integrantes da comissão de governança e *Compliance* conhecerem amplamente o cenário interno e processos da operadora. Considera também, o envolvimento da comissão com alta administração e lideranças, garantindo que a disseminação da cultura de *Compliance* permeará com todas as partes interessadas.

Como relatado anteriormente, a comissão de governança e *Compliance* desde sua instauração realizou diversas ações em parceria com as áreas envolvidas, já sendo evidenciado a efetiva implantação de 66 processos exigidos nos anexos II, III e V estabelecidos na RN n° 443/2019 da ANS.

5 PLANEJAMENTO

Após escolha da proposta, este capítulo aborda o planejamento das ações que serão monitoradas pela Comissão de Governança e *Compliance* para que a operadora implemente um programa de integridade conforme todos os requisitos da RN n°443/2019, até o final de 2022.

5.1 PLANOS DE AÇÕES

Mediante análise inicial dos integrantes da comissão, a operadora precisa desenvolver todos os processos relacionados aos 09 pilares que foram instituídos pela Comissão de Governança e Compliance como instrumentos norteadores para implementar o programa de integridade. Dessa forma, o plano de ação foi elaborado através de checklist realizado internamente na operadora por meios de técnicas de observação.

No quadro 2, são evidenciadas todas as ações detalhadas relacionada aos pilares, os prazos para finalização e responsáveis pelas ações.

Quadro 2 – Proposta de solução A: Utilizar recursos internos para implementar o Programa de Integridade na Operadora

Objetivo: Implantar um programa de integridade conforme requisitos estabelecidos na RN n° 443/2019 da ANS		
Ação Detalhada	Prazo para Finalização/ Implantação	Responsável (área/função)
Possuir Regulamento ou Regimento formalizados para todos os Conselhos, contemplando os calendários anuais de reuniões (Pilar 01).	01/12/2020	Conselho Social e Governança e <i>Compliance</i> .
Fiscalizar e avaliar formalmente, pelo menos uma vez ao ano, os atos decorrentes das deliberações do Conselho de Administração e Diretoria Executiva (Pilar 01).	01/01/2021	Governança e <i>Compliance</i> e Auditoria Interna
Possuir procedimentos formais para identificar e monitorar os riscos de <i>Compliance</i> (fraudes internas/externas, conflitos de interesse, corrupção, atos lesivos à Lei 12.846/2013, entre outros) (Pilar 03 e 08).	01/08/2020	<i>Due Diligence</i> e Governança e <i>Compliance</i>
Ter diretrizes internas estabelecendo os procedimentos para relacionamento com o setor público (pilar 03 e 08).	01/08/2020	<i>Due Diligence</i> e Governança e <i>Compliance</i>
Construir diretrizes internas estabelecendo os procedimentos para oferecimento de hospitalidade, patrocínios, doações, brindes e presentes (Pilar 03 e 08)	01/07/2020	<i>Due Diligence</i> e Governança e <i>Compliance</i>
Estabelecer políticas internas que descrevam procedimentos para desenvolvimento e precificação de produtos (Pilar 03).	01/09/2020	Mercado, Atuarial e Regulação
Ter políticas internas que descrevam os procedimentos para comercialização e/ou disponibilização de seus produtos (Pilar 03).	01/09/2020	Mercado, Atuarial e Regulação
Possuir políticas internas que descrevam os procedimentos para recebimento, processamento e pagamento de Eventos ou Sinistros, incluindo sua regulação (Pilar 03).	01/10/2020	Financeiro e Regulação
Descrever procedimentos para contratação de outras operadoras, seguradoras ou resseguradoras como forma de mitigação de riscos de suas atividades (Pilar 03).	01/10/2020	Mercado, Regulação e Jurídico
Descrever políticas internas sobre os procedimentos para investimentos (Pilar 03).	01/10/2020	Financeiro, Contabilidade e Orçamento

**COMPLIANCE: A IMPLANTAÇÃO DE UM PROGRAMA DE INTEGRIDADE
EM UMA OPERADORA DE PLANO DE SAÚDE**

Objetivo: Implantar um programa de integridade conforme requisitos estabelecidos na RN n° 443/2019 da ANS		
Ação Detalhada	Prazo para Finalização/Implantação	Responsável (área/função)
Possuir políticas internas que descrevam os procedimentos para cálculo de provisões técnicas e Teste de Adequação do Passivo (TAP), conforme as premissas estabelecidas pela ANS (Pilar 03).	01/11/2020	Contabilidade e Regulação
Estabelecer procedimentos para acompanhamento de processos judiciais e suas estimativas de valores a partir de histórico de perdas (Pilar 03).	01/11/2020	Jurídico
Possuir políticas internas que descrevam os procedimentos para transações com partes relacionadas e adiantamentos (Pilar 03).	01/09/2020	Financeiro
Descrever políticas internas que estabeleçam os procedimentos para gestão da continuidade dos contratos (Pilar 03 e 08).	01/09/2020	Contratos, Redes, Mercado, jurídico
Possuir políticas internas que descrevem segmentação de função e atividades, para evitar conflitos de interesses (Pilar 03).	01/08/2020	Recursos Humanos e Governança e <i>Compliance</i>
Formalizar os tratamentos que serão dados aos riscos, desenvolvendo as ações necessárias para alinhá-los com a tolerância e com o apetite a risco definido pela alta administração (Pilar 02).	01/08/2020	Gestão de Riscos e Diretoria Executiva
Estabelecer procedimentos para identificar e monitorar os riscos e controles referentes a seus processos operacionais (Pilar 02 e 03).	01/08/2020	Gestão de Riscos e Controles Internos
Possuir procedimentos para identificar e monitorar os riscos e controles referentes a segurança de informação (física e digital) (Pilar 03).	01/08/2020	Gestão de Riscos e Segurança da Informação
Ter procedimentos para identificar e monitorar os riscos e controles referentes a seus processos de tecnologia da informação. (Pilar 02 e 03).	01/08/2020	Gestão de Riscos e Segurança da Informação
Construir procedimentos para identificar e monitorar os riscos e controles referentes a seus processos de prestadores de serviços de saúde (Pilar 02 e 08).	01/09/2020	Gestão de Riscos, Gestão de Redes e <i>Due Diligence</i>
Possuir procedimentos para identificar e monitorar os riscos e controles referentes a seus processos de comercialização (Pilar 02).	01/10/2020	Gestão de Riscos e Mercado
Estabelecer procedimentos para identificar e monitorar os riscos e controles referentes a seus processos de canais de vendas (Pilar 02).	01/10/2020	Gestão de Riscos e Mercado
Elaborar políticas internas que descrevam o apetite ao risco da operadora e suas diretrizes. (Pilar 02 e 03).	01/09/2020	Gestão de Riscos
Definir uma metodologia formalizada estabelecendo os critérios para monitoramento contínuo dos riscos (Pilar 02).	01/09/2020	Gestão de Riscos
Possuir políticas internas e/ou documentos formais que descrevam os critérios para classificação dos riscos quanto a sua probabilidade x impacto (Pilar 02 e 03).	01/09/2020	Gestão de Riscos, Atuarial, Planejamento Estratégico

Objetivo: Implantar um programa de integridade conforme requisitos estabelecidos na RN n° 443/2019 da ANS		
Ação Detalhada	Prazo para Finalização/Implantação	Responsável (área/função)
Mapear e classificar os riscos de subscrição (Pilar 02).	01/10/2020	Gestão de Riscos, Atuarial, Provitimento, Recursos Humanos e Contabilidade
Mapear e classificar os riscos de crédito (Pilar 02).	01/10/2020	Gestão de Riscos, Mercado, Financeiro, Contabilidade e Atuarial
Mapear e classificar os riscos de mercado (Pilar 02).	01/10/2020	Gestão de Riscos, Mercado, Financeiro, Contabilidade e Atuarial
Mapear e classificar os riscos operacionais (Pilar 02).	01/10/2020	Gestão de Riscos, Jurídico, Contabilidade e Regulação
Mapear e classificar os riscos de legais (Pilar 02).	01/10/2020	Gestão de Riscos, Jurídico, Contabilidade e Regulação
Construir matriz de risco contendo de forma consolidada todos os riscos mapeados e classificados (Pilar 02).	01/11/2020	Gestão de Riscos
Emitir relatório (s) periódico (s) à alta administração, no mínimo anuais, descrevendo os principais riscos, com análise, avaliação, opções de monitoramento e recomendações de tratamentos (Pilar 01 e 02).	02/01/2021	Gestão de Riscos e Controles Internos
Elaborar Plano de Continuidade de Negócios (PCN), estabelecendo os procedimentos para prevenção e contingências das principais operações realizadas a fim de assegurar a continuidade das atividades da organização (Pilar 02).	01/11/2020	Gestão de Riscos e Controles Internos
Estabelecer diretrizes de subscrição para controle do risco, descrevendo os procedimentos de precificação segmentada por perfil de risco (economia, atividade, tamanho da empresa, entre outros) (Pilar 02).	01/10/2020	Gestão de Riscos, Atuarial, Gestão de Provitimento, Recursos Humanos e Contabilidade
Construir diretrizes de subscrição para controle do risco, descrevendo os procedimentos de checagem do contrato versus proposta na implantação, considerando, no mínimo, tipo de contratação, elegibilidade, perfil etário, abrangência e rede coberta (Pilar 02).	01/11/2020	Gestão de Riscos, Mercado, Financeiro, Regulação e Atuarial
Possuir diretrizes de subscrição para controle do risco, descrevendo os procedimentos para definição de alçadas para concessão de descontos, retiradas de agravos e/ou carência, bem como critérios de remuneração de intermediação (Pilar 02).	01/11/2020	Gestão de Riscos, Mercado e Regulação
Realizar avaliações, no mínimo anualmente, dos valores a pagar e a receber, resultados e avaliações qualitativas de custo-benefício das operações de seguro, resseguros e ou compartilhamento de gestão de risco com outras operadoras (Pilar 04).	01/03/2021	Mercado, Financeiro, Contabilidade e Atuarial

**COMPLIANCE: A IMPLANTAÇÃO DE UM PROGRAMA DE INTEGRIDADE
EM UMA OPERADORA DE PLANO DE SAÚDE**

Objetivo: Implantar um programa de integridade conforme requisitos estabelecidos na RN n° 443/2019 da ANS		
Ação Detalhada	Prazo para Finalização/Implantação	Responsável (área/função)
Executar avaliações, no mínimo anualmente, de valores a pagar/pagos, nos últimos 12 meses, a agentes de vendas ou por conta de intermediação na comercialização ou disponibilização dos produtos da operadora, evidenciando contratos ativos, cancelados ou renovados (Pilar 04).	01/03/2021	Mercado, Financeiro, e Recursos Humanos
Realizar avaliações, no mínimo anualmente, das pessoas jurídicas com contratos coletivos ativos e percentual de reajuste superior à variação de custos verificada na cooperativa para segmento médico-hospitalar (Pilar 08).	01/03/2021	<i>Due Diligence</i> , Jurídico, Mercado e Gestão de Redes
Apresentar avaliações, no mínimo anualmente, dos principais prestadores com os quais a cooperativa possui valores pendentes de pagamento (Pilar 04).	01/03/2021	Contratos, Gestão de Redes e Financeiro
Descrever as diretrizes através de procedimentos internos para classificação e avaliação do risco de crédito das pessoas jurídicas contratantes de planos de saúde coletivos (Pilar 03 e 08).	01/12/2020	<i>Due Diligence</i> , Jurídico e Mercado
Realizar avaliações, no mínimo anualmente, da sistemática de mensuração do risco de crédito das pessoas jurídicas para contratação de planos de saúde coletivos com classificação formalizada em propostas de venda (Pilar 02, 04 e 08)	01/03/2021	Gestão de Riscos, <i>Due Diligence</i> , Jurídico e Mercado
Realizar avaliações, no mínimo anualmente, da análise do cenário econômico, com horizonte mínimo de dois anos, com recomendações de efeitos esperados nos seus ativos e passivos, considerando as principais variáveis macroeconômicas (Pilar 04).	01/03/2021	Planejamento Estratégico, Financeiro e Contabilidade
Realizar avaliações, no mínimo anualmente, dos processos judiciais não ganhos, com estatísticas sobre objetos da causa e valores envolvidos na disputa judicial, e comparação com a classificação dada para fins de contabilização das provisões sobre disputas judiciais de eventos indenizáveis para cada processo (Pilar 04).	01/03/2021	Ouvidoria e Jurídico
Realizar análises, no mínimo anualmente, do histórico de perdas e fraudes com definição de valor de perdas por falhas em processos operacionais (Pilar 04).	01/03/2021	Financeiro e Contabilidade
Realizar avaliações, no mínimo anualmente, dos sistemas operacionais, garantindo a confiabilidade das informações e proteção dos dados (Pilar 04).	01/03/2021	Tecnologia e Segurança da Informação
Disponibilizar em seu site sua demonstração de resultados e balanço patrimonial semestral (acumulados até 30 de junho) contendo o relatório de revisão limitada de auditoria independente (externa), aprovado pela instância máxima de deliberações (Pilar 05).	01/07/2020	Contabilidade e Comunicação
Monitorar continuamente o programa de integridade e formalizar as ações de melhorias para a diretoria(Pilar 01).	Mensal	Governança e <i>Compliance</i>

Objetivo: Implantar um programa de integridade conforme requisitos estabelecidos na RN n° 443/2019 da ANS		
Ação Detalhada	Prazo para Finalização/Implantação	Responsável (área/função)
Receber, analisar e apurar as demandas recepcionadas por meio do canal de denúncias (Pilar 06 e 07).	Conforme denúncias recebidas	Canal de Denúncias e Comitê de ética
Estabelecer procedimento formal de capacitação e reciclagem dos colaboradores (treinamentos, palestras, etc.) para avaliar o conhecimento sobre o Código de Ética e Conduta.	01/09/2020	Recursos Humanos e Comunicação
Capacitar e reciclar os cooperados através de treinamentos e palestras para avaliar o conhecimento sobre o Código de Ética (Pilar 01 e 05).	01/12/2020	Recursos Humanos e Governança e <i>Compliance</i>
Divulgar no site institucional o Código de Conduta.	01/05/2020	Comunicação
Realizar treinamentos contínuos sobre assuntos relacionados à ética, transparência, integridade, conflitos de interesses, práticas de anticorrupção e lavagem de dinheiro à todas as partes interessadas com a organização (Pilar 01 e 05).	Anual, conforme cronograma de treinamentos	Recursos Humanos e Governança e <i>Compliance</i>
Avaliar o conhecimento dos colaboradores sobre a existência e funcionamento do Programa de Integridade (Pilar 01 e 05).	20/12/2020	Recursos Humanos e Governança e <i>Compliance</i>
Avaliar a efetividade do gerenciamento do risco (Pilar 09).	01/03/2021	Auditoria Interna
Descrever procedimentos para meios de comunicação com a Auditoria Externa dos trabalhos finalizados e divulgados pela Auditoria Interna (Pilar 03 e 09).	01/09/2020	Auditoria Interna
Detalhar o planejamento de cada trabalhos de auditoria interna realizado (Pilar 09).	01/09/2020	Auditoria Interna
Obter aprovação do plano anual de auditoria interna pelo Conselho Fiscal (Pilar 01 e 09).	01/03/2021	Auditoria Interna, Conselho de Administração e Conselho Fiscal
Realizar o monitoramento (follow-ups) da implementação das ações de melhorias que tenham sido deliberados pelo Conselho de Administração em decorrência dos programas de integridade aprovados, apontados em relatórios anteriores de auditoria interna e de outros órgãos de controles internos, gestão de riscos, atuário responsável e auditoria independente (Pilar 09).	01/03/2021	Auditoria Interna

Fonte: autores, 2020

Conforme supracitado, a operadora já possui 66 processos estruturados e necessita implantar 59 itens (descritos no quadro 2), totalizando 125 processos a serem obtidos até o final de 2022. Assim, as ações elencadas serão desenvolvidas pelas áreas citadas no Quadro 2 e acompanhadas tempestivamente pela Comissão de Governança e *Compliance*. Observou-se também que os processos relacionados aos pilares de gestão de riscos, controles internos, formalização das diretrizes através de políticas e normas internas necessitam de maiores

monitoramentos, devido ao quantitativo de ações que serão desenvolvidas. Ressalta-se, que os 09 pilares se interligam, a efetividade do programa de integridade está condicionada a implementação e monitoramento contínuo de todos os processos relacionados aos pilares.

Dessa forma, a operadora necessitará ampliar o quadro de pessoal e aprimorar os processos nas áreas de governança corporativa e *Compliance*, gestão de riscos, due diligence, gestão de terceiros e canal de denúncia. Além disto, a organização deverá investir intensamente em treinamentos e capacitações relacionados ao programa de integridade para todos os públicos que tenha relacionamento, enfatizando que a transparência, ética e os valores institucionais são os direcionadores da empresa.

Com esses processos estruturados e implementados a operadora estará apta para enviar o Relatório de Procedimentos Previamente Acordados (PPA) emitido pela auditoria independente que deverá contratada para analisar as evidências de aprimoramento dos processos e de práticas avançadas de governança corporativa conforme a RN n° 443/2019. Além de solicitar a redução de fatores de capital regulatório perante a ANS, a operadora ao contemplar com um programa de integridade que considere as análises do cenário de riscos e fortalecimento dos processos de governança corporativa irá se beneficiar por estar em conformidade com as leis e melhorias na gestão dos seus negócios.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

As boas práticas de gestão destacam-se como ferramenta para aperfeiçoar as operações e a reputação das empresas por meio do fortalecimento de condutas éticas. No que cerne as operadoras de planos de saúde, que são organizações reguladas pela ANS, aspectos de governança corporativa com enfoque nos controles internos e na gestão de riscos para fins de solvência será uma exigência a partir de 2023, para operadoras de médio e grande porte por intermédio da publicação da RN n°443/2019.

A ANS estabeleceu a referida resolução devido aos riscos de insolvência e descontinuidade das operações de planos de saúde em virtude de falhas nos controles internos e ausência de parâmetros regulatórios de governança. Esses indicadores servem como referência para colaborar com o aperfeiçoamento das práticas de controles internos e gestão de riscos das operadoras, garantindo a continuidade dos negócios com informações claras e precisas e a boa assistência aos seus beneficiários e demais partes interessadas.

Identificou-se que a operadora deve ampliar a formalização das suas diretrizes por meio de políticas, fortalecer seus sistemas de controles internos, implementar a gestão de riscos, estabelecer programa de treinamentos periódicos e realizar monitoramento contínuo dos processos implementados. Desta forma, irá atender integralmente os requisitos da RN nº443/2019, conseqüentemente fortalecer seu modelo de gestão através da efetividade de seu programa de integridade, ampliando seus relacionamentos norteados pela ética com todos os stakeholders.

REFERÊNCIAS

ANS - Agência Nacional de Saúde Suplementar. **Resolução Normativa n. 443, de 25 de janeiro de 2019**. Dispõe sobre adoção de práticas mínimas de governança corporativa, com ênfase em controles internos e gestão de riscos, para fins de solvência das operadoras de planos de assistência à saúde. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 28.01.2019.

ANTONIK, Luis Roberto. **Compliance, Ética, Responsabilidade Social e Empresarial: Uma visão prática**. Alta Books Editora, 2018.

BRASIL. **Lei nº 5.764, de 16 de dezembro de 1971**. Define a Política Nacional de Cooperativismo, institui o regime jurídico das sociedades cooperativas, e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 16.12.1971.

BRASIL. **Lei nº 9.656, de 03 de junho de 1998**. Dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 03.06.1998.

BRASIL. **Decreto nº443, de 25 de janeiro de 2019**. Dispõe sobre adoção de práticas mínimas de governança corporativa, com ênfase em controles internos e gestão de riscos, para fins de solvência das operadoras de planos de assistência à saúde. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 28.01.2019.

BRASIL. **Lei nº 12.846** - Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/12846.htm Acesso em 20 out. 2020

BRASIL, **Decreto Federal n.º 8.420, de 18 de março de 2015**. Regulamenta a Lei no 12.846, de 1o de agosto de 2013, que dispõe sobre a responsabilização administrativa de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira e dá outras providências. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Decreto/D8420.htm Acesso em 20 out. 2020.

BRASIL. Programa de integridade. **Diretrizes para empresas privadas**. Controladoria Geral da União (CGU), Brasília, DF. Disponível em <http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/etica-e-integridade/arquivos/programa-deintegridade-diretrizes-para-empresas-privadas.pdf> Acesso em 21 out. 2020.

FRANCO, Isabel. **Guia Prático de Compliance**. Rio de Janeiro, 2020.

GIL, Antonio de Loureiro; ARIMA, Carlos Hideo; NAKAMURA, Wilson Toshiro. **Gestão: controle interno, risco e auditoria**. São Paulo: Saraiva, 2013.

GIOVANINI, Wagner. **Compliance: a excelência na prática**. São Paulo, 2014.

IBGC- Instituto Brasileiro de Governança Corporativa. Disponível em:
<http://www.ibgc.org.br> . Acesso em 21 out. 2020.

IGBC- Instituto Brasileiro de Governança Corporativa. **Guia das Melhores Práticas de Governança para Cooperativas**. São Paulo. 2015

IBGC- Instituto de Governança Corporativa. **Código das Melhores Práticas de Governança para Cooperativas**. 5.ed.2015.

SARLET, Ingo Wolfgang; SAAVEDRA, Giovanni Agostini. Judicialização, reserva do possível e *Compliance* na área da saúde. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, 2017, 18.1: 257-282.

SEGAL, Robert Lee. **COMPLIANCE AMBIENTAL NA GESTÃO EMPRESARIAL: distinções e conexões entre Compliance e auditoria de conformidade legal**. **REASU-Revista Eletrônica de Administração da Universidade Santa Úrsula**, 2018.

TEIXEIRA, Linnik Israel Lima, et al. **Governança em Instituições Federais de Ensino Superior do Nordeste: concepção, execução e monitoramento da gestão estratégica**. 2017. Disponível em <<https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/181107>.> Acesso em: 02 nov.2020.

VAASSEN, Eddy; MEUWISSEN, Roger; SCHELLEMAN, Caren. **Controle Interno e sistemas de informação contábil**. São Paulo: Saraiva, 2013.

VERÍSSIMO, Carla. **Compliance: incentivo à adoção de medidas anticorrupção**. Curitiba: Saraiva, 2018.

WEBER, James; WASIELESKI, David M. Corporate ethics and *Compliance* programs: A report, analysis and critique. **Journal of business ethics**, 112.4: 609-626, 2013

Data de submissão: 27/11/2020

Data de aprovação: 11/12/2020

Data de publicação: 31/12/2020

Este trabalho está licenciado sob uma licença Creative Commons Attribution 4.0 International License.

GLOBALIZAÇÃO ECONÔMICA: INTERFACES PARA A EFETIVAÇÃO DO DIREITO SOCIAL DO TRABALHO

Amanda Lorena Ferreira Silverio*
Rene Sampar**

*Pós-Graduada em Direito Constitucional pela Academia Brasileira de Direito Constitucional (ABDCONST). Pós-Graduada em Direito do Estado pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). Graduada em Direito pela UNICESUMAR.

E-mail:
amandalf_silverio@hotmail.com

**Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Mestre em Filosofia Política pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). Especialista em Direito Constitucional Contemporâneo pelo Instituto de Direito Constitucional e Cidadania (IDCC) e em Filosofia Política e Jurídica pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). Graduado em Direito pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). Coordenador de EAD da Academia Brasileira de Direito Constitucional (ABDCONST). Foi Coordenador da Escola Judiciária Eleitoral do Tribunal Superior Eleitoral (2018-2020).

E-mail: renesampar@gmail.com

Como citar:

SILVEIRO, Amanda Lorena Ferreira; SAMPAR, Rene. Globalização econômica: interfaces para a efetivação do direito social do trabalho. **Revista do Instituto de Direito Constitucional e Cidadania – IDCC**, Londrina, v. 5, n. 2, e007, ago/dez, 2020. ISSN: 2596-0075. DOI: 10.48159/revistaidcc.v5n2.silverio.sampar

Resumo: É imperioso reconhecer que a globalização econômica, potencializada a partir dos anos 1980, reconfigurou as atribuições tradicionais do Estado-nação, promovendo interconexões assimétricas entre os países no tocante ao fluxo de bens, serviços, transportes e tecnologias. Tendo por base este fenômeno, o presente artigo pretende delinear esse cenário da internacionalização da economia, estabelecendo como enfoque a mudança de paradigma ocorrida no mercado de trabalho, ao considerar que os Estados sofrem pressão internacional para flexibilizar direitos e obter, em contrapartida, a oferta de benefícios para consequente participação no jogo da economia. Em meio a este jogo, estão os direitos sociais, reconhecidos no texto constitucional. Assim, ao se valer do método dedutivo e histórico, tendo se baseado na revisão bibliográfica nacional e estrangeira aplicável ao tema, o texto conclui pela necessidade de adoção de políticas públicas para a formação e desenvolvimento das capacidades dos indivíduos como mecanismo de redução das desigualdades, bem como chamar atenção às condições laborais precarizadas em razão do irreversível fenômeno da globalização.

Palavras-chave: Mercado internacional. Flexibilização de direitos. Direito do trabalho. Políticas públicas. Constituição.

Abstract: It is imperative to recognize that economic globalization, enhanced since the 1980s, has reconfigured the traditional attributions of the nation-state, promoting asymmetric interconnections between countries with regard to the flow of goods, services, transport and technologies. Based on this phenomenon, this article intends to outline this scenario of the internationalization of the economy, establishing as a focus the paradigm shift that occurred in the labor market, considering that States are under international pressure to make rights more flexible and obtain, in return, the offer benefits for consequent participation in the economy game. Amid this game, there are social rights, recognized in the constitutional text. Thus, using the deductive and historical method, based on the national and foreign

bibliographic review applicable to the theme, the text concludes the need for the adoption of public policies for the formation and development of individuals' capacities as a mechanism to reduce inequalities, as well as calling attention to precarious working conditions due to the irreversible phenomenon of globalization.

Keywords: International market. Flexibility of rights. Labor law. Public policy. Constitution.

INTRODUÇÃO

Tema recorrente na contemporaneidade, a globalização está desenhada em um cenário marcadamente heterogêneo de fenômenos que ganharam impulso à partir da década de 1980, notadamente pela expansão das empresas transnacionais, o enfraquecimento do Estado-nação e de sua soberania, a descentralização de processos produtivos, além da multiplicação em escala planetária de fluxos gerais – ou seja, bens, ideias, conhecimentos, valores culturais e também problemas sociais.

Nesse sentido, a lógica da transnacionalização dos mercados de produção, de insumos, finanças e consumo trouxe à tona um descompasso entre a ordem jurídica forjada pelo Estado-nação com base na territorialidade e soberania, para dar lugar a uma ordem socioeconômica cada vez mais policêntrica e multifacetada. A globalização econômica reforça o ideário da substituição da política nacional pelo mercado global, eis que decisões alusivas à comercialização, à moeda e à produção industrial tendem a ser tomadas por organismos multilaterais, conglomerados empresariais e movimentos representativos da sociedade civil supranacional. Com efeito, tem-se o progressivo esvaziamento dos instrumentos de controle dos atores nacionais.

Como desdobramento natural dessa realidade, pensar em um sistema econômico nacional autossuficiente passa a se considerar anacronismo e, de igual modo, os conflitos coletivos pluridimensionais encaixam-se cada vez menos em textos legais concebidos para dirimir questões unidimensionais. Com a aceleração do processo de globalização ao redor do globo, as noções sobre tempo e espaço também se modificam, ocasião em que as nações se integram e desintegram, as fronteiras parecem se dissolver e os parâmetros herdados a respeito da realidade social se consubstanciam em uma nova realidade.

No que concerne ao direito do trabalho, parte-se da essencial noção de que o trabalho possui significação de realização pessoal, de satisfação quanto ao consumo e emancipação do indivíduo para os aspectos gerais da vida em sociedade, além de representar ponto de integração com a coletividade e de equilíbrio psíquico em virtude da consciência de utilidade social. Por estas razões, o estudo projeta-se através do seguinte questionamento: como efetivar o direito social do trabalho num contexto de interdependência e fragilidade gerada por um sistema economicamente integrado?

Para tanto, apresentar-se-á brevemente o conceito de globalização com o intento de demonstrar que seus efeitos circundam as relações em sociedade e trazem novos contornos para

o trabalho. Serão apontados os óbices para a efetivação desse direito fundamental de suma importância, erigido pela Constituição brasileira de 1988, mas discorrendo também acerca de pontos específicos, como algumas mudanças da Consolidação das Leis do Trabalho que foram introduzidas pela Reforma Trabalhista (Lei nº 13.467/17).

1. GLOBALIZAÇÃO E OS IMPACTOS NO ESTADO-NAÇÃO

Muito embora haja uma miríade de explicações doutrinárias sobre os contornos da internacionalização da economia, os efeitos da globalização¹ desdobram-se e alteram significativamente as relações sociais e as formas de produção de tecnologias, ocasião em que o direito – e de modo específico o direito do trabalho – tendem a ser remodelados, trazendo à tona a questão da capacidade de Estados proverem direitos e ainda acerca de sua eficácia – já que os direitos sociais têm custo em sua implementação.

Este é um cruel dilema que se abate contra governos, em oportuna observação de Wolfgang Streeck (2013, p. 37-38), diretor emérito do Instituto Max Planck de Colônia, na Alemanha. Em sua análise, o que ele denomina de *capitalismo democrático* funcionou em harmonia em alguns países – Estados Unidos e alguns países da Europa – durante as duas décadas seguintes ao pós-guerra. Mas esta não é a regra. Ele comenta que o *modus operandi* do capitalismo democrático é o conflito endêmico dos dois domínios que constituem o termo, ou seja, mercados capitalistas e políticas democráticas. Neste panorama, há dois princípios estruturantes dos sistemas em questão que colidem entre si quando o assunto é alocação de recursos: produtividade marginal – também denominada de livre jogo de forças do mercado – e necessidade ou direitos sociais, que demandam escolhas coletivas.

Sob a égide do capitalismo democrático, os governos nacionais são instados a cumprir ambos os objetivos. Este é o início de uma aventura errante dos países ao longo do século XX, penalizados pela tentativa de encontrar um meio termo entre estes dois caminhos. Para o autor, “governos que deixem de atender demandas democráticas por proteção e redistribuição se arriscam a perder o apoio da maioria”. Por outro lado, “aqueles que desconsideram as demandas

¹ É oportuno mencionar que o uso do vocábulo neste artigo se refere aos efeitos da globalização das últimas décadas. Não obstante, o conceito pode ser aplicado à diversos momentos de nossa história. É o que nos lembra Amartya Sen, para quem o fenômeno não surgiu no período moderno da história ocidental – renascimento, iluminismo e revolução industrial. O economista interpreta a globalização como o movimento que espalha a tecnologia pelo mundo, difundindo saber, comércio e migração de pessoas. Assim, por volta do ano mil, a exportação de tecnologias e saberes ocorria do oriente, a exemplo do sistema decimal, do papel, da tipografia, da pólvora, da ponte suspensa e da bússola, exemplos de importantes instrumentos cuja origem pode ser encontrada em povos chineses, árabes e indianos (SEN, 2002).

por compensação dos detentores dos recursos produtivos provocam disfunções econômicas que se tornam cada vez mais insustentáveis, solapando também seu apoio político”.

Este processo se acentuou pela globalização. José Eduardo Faria (2010, p. 18) aponta se tratar de um conceito aberto e multiforme, na qual ocorre a sobreposição do mundial sobre o nacional, o que envolve uma série de problemas como a abertura e liberação comerciais, a competição interestatal por capitais voláteis, a integração funcional de atividades econômicas internacionalmente dispersas, o advento resultante de um sistema financeiro internacional sobre o qual os governos possuem baixa capacidade de controle, regulação e coordenação. Em seu ponto de vista, o acirramento de disputas entre os grandes conglomerados mundiais trouxe uma mudança de padrões de vertente econômica: as decisões sobre moeda, comercialização e outras, progressivamente, são tomadas por organismos multilaterais para além do cenário nacional.

Em outras palavras, tais disputas ocasionam a sobreposição do capital financeiro sobre o capital produtivo e corroboram, como pano de fundo, de uma crise sobre o alcance e eficácia dos tradicionais modelos jurídico-administrativos de controle da economia, com o enfraquecimento dos ideais da soberania e progressiva limitação do poder e autoridade do Estado-nação². É a conclusão de José Eduardo Faria em artigo que discute o direito após a crise financeira de 2008, ao apontar que o papel dos Estados tem recrudescido progressivamente no campo do sistema financeiro global. Embora haja teorias divergentes, o autor aposta que o caminho que se seguirá é o de redefinição das fontes do direito e aposta nos mecanismos de resolução de conflitos que não se valem da jurisdição nacional (*soft law*). Em qualquer hipótese, dada a sofisticação e rapidez que se exige para este setor:

o objetivo era desvincular o Estado de suas funções controladoras, reguladoras, diretoras e planejadoras no âmbito da economia, levando-o a se render ao pluralismo jurídico e à substituição da tradicional rigidez hierárquica dos códigos e leis pela diversidade e flexibilidade normativas (FARIA, 2009, p. 314).

O arcabouço político moderno caracterizado pelo modelo imperialista de poder tinha como dinâmica o Estado rigidamente demarcado em fronteiras no âmbito global em dicotomias dentro/fora, norte/sul, primeiro mundo/mundos em desenvolvimento (2º e 3º mundo), bem como centro/periferia. Assim, com a circulação do capital em fluxos desterritorializados no mercado mundial, surgira uma discrepância política sobre a organização do poder político-

² A este respeito, Jürgen Habermas (1995, p. 98-99), comenta que dada a intensificação dos fluxos financeiros e comerciais, a remoção de fronteiras e crescimento de sistema de redes que estimulam a expansão de um mundo compartilhado, o fenômeno da globalização enseja um descompasso entre as margens e limites de atuação dos governos nacionais.

administrativo e econômico outrora estabelecido. Isto significa que o Estado nacional deixa de ser onipresente em relação à elaboração e execução de políticas públicas e atividades sociais, uma vez que a globalização tornou imperativa a tarefa de redefinir suas funções. Aliás, elucidase que uma dessas funções primordiais residia na proteção da economia frente à competição internacional, papel este que fora minado após a integração mundial dos mercados e dos sistemas produtivos, consoante indicado por Bresser-Pereira (1996, p. 07).

Saltam aos olhos que no modelo econômico hodierno, marcado pelo que se convencionou de neoliberal, os grandes conglomerados empresariais instalam-se em locais cujos sindicatos, legislações trabalhistas e previdenciárias são mais frágeis, bem como buscam vantagens comparativas com relação ao índice tributário, a isenções fiscais, subsídios, e facilitação na concessão de créditos para perceberem lucros em detrimento da ampliação das capacidades e liberdades humanas. Trata-se de uma cisão em nossa construção de modernidade, conforme preceitua Alan Touraine (1995, p. 178-179), pesquisador da *École des Hautes Études en Sciences Sociales*. Em suas palavras:

A crise da modernidade vem do fato de deixarmos de nos sentir donos do mundo que construímos: este impõe-nos sua lógica, a do lucro ou a do poder, de modo que, para lhe oferecer resistência, devemos fazer apelo ao que há de menos moderno em nós e mais ligado a uma história e comunidade.

Na medida em que as empresas possuem a faculdade de escolha sobre a instalação de suas plantas industriais, observando o melhor custo-benefício, recai ao poder público a questão sobre ceder ou não às exigências e corroborar com o crescimento das cidades e circulação da economia. Valendo-se do instrumental fornecido pelo capitalismo democrático de Streeck, trata-se do extenuante ponto de equilíbrio que o político precisa estabelecer com o econômico, restando ao Estado uma posição de passividade e submissão³.

Não obstante, observado todo este contexto pelo prisma de José Eduardo Faria (1995, p. 260-261), a globalização, operada nas últimas décadas, acentuou o rompimento das clássicas fronteiras geográficas em virtude da internacionalização dos mercados de consumo, insumo e financeiro; a descentralização do aparelho estatal e utilização dos métodos de deslegalização; assim como a expansão do direito de natureza mercatória, paralelo ao dos Estados. Este é o contexto sobre o qual se vislumbra a sensível tensão entre os ordenamentos constitucionais – a

³ O efeito de tal pressão sobre o Estado, ao menos tendo por base o que foi observado nas últimas décadas, é explicada por Pierre Bourdieu (1998, p. 124-125: a mobilidade do capital tornou possível o deslocamento das empresas para países cujos salários são mais baixos e o custo do trabalho é reduzido, em outras palavras, houve um crescimento na concorrência entre trabalhadores em escala mundial.

exemplo do brasileiro, cuja Constituição é pródiga em normas sociais –, e a pressão dos mercados pela localização empresarial e superávits financeiros.

Em meio a tal cenário recalcitrante, como tornar o direito social do trabalho eficaz?

2. GLOBALIZAÇÃO E O DIREITO SOCIAL DO TRABALHO

Ao se ter como objetivo do século XX ao direito do trabalho a luta em face da mercantilização das relações laborais, veja-se que as primeiras décadas deste novo século marcam o prolongamento de tal condição. Os dois choques do petróleo e a queda do Muro de Berlim exponenciaram o fenômeno da globalização econômica, ante o fim da União Soviética, e, com ela, importantes rupturas institucionais surgiram nas estruturas políticas e jurídicas provenientes do Estado liberal (século XIX) e Providência (século XX).

Refratário das estruturas existentes até então, esta nova realidade busca consolidar um modelo com novos valores sociais – políticos, morais e éticos – pelos quais se verifica a crescente autonomia dos capitais financeiros, novas técnicas de comunicação que aceleram o tempo, o enfraquecimento da soberania, a informatização e robotização das linhas de produção que põem à lume o perigo crescente do desemprego e desestruturação do mercado de trabalho. Ao se ter como hipótese inicial uma degradação das condições trabalhistas, ante a competição que demanda o aceite por menores salários e direitos, é possível trilhar o caminho de que este modelo obtém como resultado o aprofundamento das exclusões e desigualdades sociais.

Destaca-se que houve, ainda, uma mudança estrutural na sociedade globalizada com a “deslocalização” da produção para a matriz de produção internacional, com a reorganização do espaço da produção acompanhada por mecanismos de desregulamentação da legislação e flexibilização das relações trabalhistas, e com a concentração dos conglomerados empresariais em locais seletivos com o propósito de obtenção de investimentos em países que lhes são mais favoráveis (FARIA, 1995, p. 260-261). Este processo de instalação de conglomerados empresariais, aparentemente benéfico, a princípio, em virtude de possíveis consequências naturais como a geração de empregos, impulsionamento da economia local, implantação de transporte público, dentre outros, incute, ao mesmo tempo, uma nova realidade – extrativista – na localidade escolhida sem que haja a necessidade de assumir qualquer responsabilidade.

Nesta toada, o enfraquecimento do Estado, principal avalista das conquistas sociais, indica que o pêndulo pode desfavorecer o trabalhador, notadamente em razão de as decisões

estratégico-econômicas estarem, progressivamente, cada vez mais distantes dele, localizadas para além dos limites territoriais do Estado. É o que explica Pierre Bourdieu (1998, p. 124-125):

A empresa nacional (ou até nacionalizada), cujo território de concorrência estava ligado, mais ou menos estritamente, ao território nacional, e que saía para conquistar mercados no estrangeiro, cedeu lugar à empresa multinacional, que põe os trabalhadores em concorrência, não mais apenas com seus compatriotas, ou mesmo, como querem nos fazer crer os demagogos, com os estrangeiros implantados no território nacional, que, evidentemente, são de fato as primeiras vítimas da precarização, mas com trabalhadores do outro lado do mundo, que são obrigados a aceitar salários de miséria.

Cumprir pontuar que ao mesmo tempo em que o arcabouço da Constituição Federal sinaliza para um Estado Social de natureza intervencionista, provido de pautas políticas distributivas, ao princípio da solidariedade e a dignidade da pessoa humana, também se verifica, de outro lado, a adesão de políticas que apontam para a desregulamentação e o desmonte de direitos trabalhistas⁴. Uma vez que não respeita condições territoriais e limites geográficos, a globalização também provoca dependência entre os países, especialmente aqueles cuja economia é menos desenvolvida. Assim, a perda de centralidade decisória e autonomia dos países são decorrentes dessas estruturas hegemônicas de poder, que deixam de lado os interesses periféricos das localidades.

Como exemplo da flexibilização dos direitos trabalhistas, citam-se as alterações na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) que ocorreram no ano de 2017. Ao se valer da necessidade de adequação da norma laboral ante a realidade vivida, os legisladores editaram a legislação trabalhista em magnitude suficiente para questionarmos se não estaríamos relativizando conquistas sociais seculares. Como exemplo, as horas *in itinere*, isto é, o deslocamento realizado pelo empregado até a ocupação do posto de trabalho, deixou de se computar como tempo de jornada ainda que o deslocamento seja realizado por meio de transporte oferecido pelo empregador e em atividades cujo acesso seja difícil e sem disponibilidade de transporte público (§2º do art. 58 da CLT).

Destacam-se, ainda, que mudanças substanciais na legislação trabalhista brasileira recaíram sobre a jornada de trabalho, sobre a prevalência do negociado sobre o legislado em

⁴Oportuna menção no que toca a diferença entre desregulamentação e flexibilização normativa. O primeiro caso diz respeito à total ausência de intervenções estatais no que concerne a regulamentação do direito do trabalho, ficando a cargo de entidades sindicais, empregadores ou empregados. Já a flexibilização normativa corrobora com transformações e mitigações em normas existentes com o propósito de lhes atenuar. Nas palavras de Vólia Bomfim Cassar: “flexibilizar quer dizer redução ou supressão de direitos trabalhistas previstos em lei”, fazendo com que haja maleabilidade na rigidez normativa trabalhista (CASSAR, 2016). Por outro lado, desregulamentar corrobora com “a autonomia privada para regular a relação de trabalho” (CASSAR, 2014, p. 77).

diversas questões e também sobre novas definições quanto ao período das férias. O artigo 396 da CLT disciplina que em até seis meses de idade do filho, a mulher possui o direito de realizar duas pausas para fins de amamentação. Contudo, o §2º incluído pela Lei nº 13.467/2017 sinalizou que os descansos previstos neste artigo são definidos mediante acordo individual entre a mulher e o empregador.

Outras mudanças, articuladas na Reforma Trabalhista, que podem pender em desfavor aos trabalhadores são a possibilidade de negociação para a redução do intervalo de alimentação e repouso para menos de uma hora; a ausência de previsão sobre pagamento de horas extras no exercício do *home office*; o caso de se considerar como jornada apenas o período efetivamente trabalhado, desconsiderando, por exemplo, atividades como vestimenta de uniforme; e a reformulação da sistemática para interpretação de instrumentos coletivos, pois trouxe a supremacia do acordo sobre as convenções coletivas – ainda que menos favoráveis aos trabalhadores –, violando-se o subprincípio da norma mais favorável.

Por sua vez, o artigo 611-A da CLT, que foi instituído pela Reforma Trabalhista, trouxe um rol extenso de mudanças para a esfera laboral, como a criação do teletrabalho, trabalho intermitente e mudanças no regime de sobreaviso; a prevalência do negociado sobre o legislado no pacto quanto à jornada de trabalho; com relação ao intervalo intrajornada com limite mínimo de trinta minutos para jornadas superiores a seis horas; sobre banco de horas; remuneração por produtividade (incluindo-se aí, as gorjetas e remuneração por desempenho individual); grau de insalubridade, entre outros.

A Reforma Trabalhista também exauriu a obrigatoriedade quanto a homologação de rescisão contratual perante o sindicato, abrindo a possibilidade de as partes pactuarem acordo de quitação anual de obrigações trabalhistas pelo período da vigência do contrato, o que demonstra claro desequilíbrio na relação entre o empregador e o indivíduo que depende do emprego para sua subsistência.

Os efeitos colaterais das alterações foram percebidos em poucos meses de sua vigência, tendo-se como paradigmas a Constituição Federal de 1988 e as Convenções Internacionais do Trabalho. Em especial, e destaque aqui para a análise da Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho – ANAMATRA (2018), pela contratação de trabalhadores na modalidade intermitente ou autônoma, pela drástica redução de acesso à justiça e pelos processos de dessindicalização, bem como pela redução da arrecadação sindical que provoca

queda nas negociações coletivas e prestígio de negociações individuais sem quaisquer proteções aos trabalhadores⁵.

Assim, é inegável que o processo de globalização coincidiu com a reformulação da lógica do Estado-Providência. Com efeito, seu protagonismo foi corroído, pela disposição de novos atores em nível global, além do levante de um contexto transicional de valores e costumes na sociedade atual. Apesar de se compreender a transição entre estes períodos, não se pode conceber a relativização de direitos reconhecidos em nossa ordem jurídica, em especial na seara laboral, seja pela natureza da relação que pende a favor do empregador, seja ante o perigo que a ineficácia normativa pode representar – lembrando que, apesar de o índice de mortes por acidente de trabalho estar em queda desde a década de 1990, o Brasil ainda é um dos países com maior número de casos registrados⁶.

Por outro lado, em um exercício de arqueologia, questiona-se: dada as alterações que facilitaram a demissão pela redução de custos ao empregador, pela desnecessidade de participação das entidades sindicais e latente mitigação de direitos com a introdução da Reforma Trabalhista, seria o trabalhador brasileiro superprotegido? Não se crê em tal hipótese. Por oportuno, salienta-se que a condição de vulnerabilidade e inseguranças no contexto trabalhista são apenas algumas das consequências negativas experimentadas pelos empregados.

3. PARADIGMAS NACIONAL E INTERNACIONAL À EFETIVAÇÃO DO DIREITO SOCIAL DO TRABALHO

A inquietação concernente à efetivação do direito social do trabalho é de grande relevância, pois, em nosso paradigma capitalista, o trabalho encontra-se subordinado à atributos de natureza econômica que obstaculizam sua efetividade, no qual podemos elencar as políticas reformistas que trazem efeitos colaterais como a redução de direitos e garantias conquistadas.

Não se pode olvidar que outros direitos sociais podem vir a se concretizar a partir deste âmbito, na medida em que através do trabalho estão asseguradas as condições para a

⁵ Alessandro da Silva, juiz substituto da justiça trabalhista em Florianópolis — 3ª vara de Florianópolis da 12ª região do Tribunal Regional do Trabalho, afirmou em entrevista ter realizado pesquisa comparativa entre as mudanças na legislação e dentre 106 artigos afetados pela Reforma Trabalhista, concluiu que 33 foram considerados neutros, 69 foram considerados benéficos aos empresários e apenas 04 foram considerados benéficos aos trabalhadores. Cf: ANDRADE, José Sérgio. De 106 artigos alterados, 69 favorecem empregadores, afirma juiz do trabalho de Florianópolis sobre Reforma Trabalhista. 2017. Disponível em: <<http://www.sintrafesc.org.br/de-106-artigos-alterados-69-favorecem-empregadores-afirma-juiz-do-trabalho-de-florianopolis-sobre-reforma-trabalhista/>>. Acesso em: 16/11/2020.

⁶ Cf: RAND Corporation. **Workplace accidents in Brazil are significantly underreported**. Disponível em: <https://www.rand.org/content/dam/rand/pubs/research_briefs/RB9800/RB9851/RAND_RB9851.pdf>. Acesso em: 20/12/2020.

participação social no mundo produtivo e a subsistência dos indivíduos, de onde se desencadeiam subsídios para a fruição da saúde, da educação, segurança, bem como o próprio direito à vida digna. É o que salienta J. J. Gomes Canotilho (2017, p. 225):

Tanto na definição do Brasil como ente político constitucionalmente organizado, fundado no trabalho, bem como na afirmação de uma ordem econômica assentada na valorização do trabalho humano, e ainda na afirmação de uma ordem social baseada no primado do trabalho, revela-se a unidade do trabalho (ou do seu valor) como “princípio político constitucionalmente conformado”.

Mutatis mutandis, a Constituição Federal de 1988 inaugurou uma nova ordem político-institucional pautada na dignidade e em uma sociedade política inclusiva e democrática, apontando para uma centralidade na pessoa humana com a instituição de um rol de princípios imperativos de natureza social. Este valor deve ser o vetor que irradia por toda a ordem jurídica brasileira.

Neste sentido, a dignidade da pessoa humana elencada no art. 3º, inciso I, de nossa Constituição enaltece a solidariedade, corrobora o primado do trabalho digno e a função social da empresa, conforme o art. 170, inciso III, e impõem, por sua vez, limites para que não ocorram injustiças sociais, concorrência desleal e desrespeito à matriz constitucional brasileira. Tal substrato nacional está implicitamente conectado – e dialoga – com as instituições supranacionais, a exemplo da Organização Internacional do Trabalho (OIT), criada após a Primeira Guerra Mundial pela Conferência de Paz, adotou a Declaração da Filadélfia⁷ como anexo de sua Constituição, ainda em 1944. Trata-se de um documento que serviu de base para a regulamentação do mundo laboral e a proteção dos trabalhadores, conjugando aos Estados-Membros signatários o dever de agir em consonância com a justiça social e a paz universal e duradoura.

A partir da Declaração da Filadélfia surgiram outros documentos internacionais a sistematizar o trabalho, a exemplo da Carta das Nações Unidas, promulgada em 1945, com a

⁷ Temos a Declaração da Filadélfia como estopim da desvinculação do trabalho como artigo de comércio ou como mercadoria, conforme podemos perceber em seu Preâmbulo as seguintes preocupações: “Considerando que existem condições de trabalho que implicam, para grande número de indivíduos, miséria e privações, e que o descontentamento que daí decorre põe em perigo a paz e a harmonia universais, e considerando que é urgente melhorar essas condições no que se refere, por exemplo, à regulamentação das horas de trabalho, à fixação de uma duração máxima do dia e da semana de trabalho, ao recrutamento da mão-de-obra, à luta contra o desemprego, à garantia de um salário que assegure condições de existência convenientes, à proteção dos trabalhadores contra as moléstias graves ou profissionais e os acidentes do trabalho, à proteção das crianças, dos adolescentes e das mulheres, às pensões de velhice e de invalidez, à defesa dos interesses dos trabalhadores empregados no estrangeiro, à afirmação do princípio “para igual trabalho, mesmo salário”, à afirmação do princípio de liberdade sindical, à organização do ensino profissional e técnico, e outras medidas análogas”.

finalidade de “promover o progresso social e melhores condições de vida dentro de uma liberdade ampla” (preâmbulo). Conectado a este documento, no ano de 1948, adveio a Declaração Universal dos Direitos Humanos. A considerar em seu art. 23 a livre escolha do trabalho com condições equitativas, prezou pela proteção ao desemprego e a isonomia salarial e vedou quaisquer discriminações para o fim de permitir aos indivíduos uma existência de vida digna, completa e satisfatória.

Em que pese às garantias mencionadas no campo laboral, precariedades nas relações insistem em obstaculizar a efetivação deste direito social, do qual podemos citar, também, a desigualdade de gênero, o trabalho infantil e a condição análoga à escravidão que contrariam expressamente as Convenções nº 100 e nº 111 da Organização Internacional do Trabalho (OIT). A Convenção nº 100 da OIT versa sobre a igualdade de remuneração de homens e mulheres enquanto indivíduos de igual valor. Já a Convenção nº 111 prevê a respeito da discriminação em matéria de emprego como violação a Declaração Universal dos Direitos Humanos, e ambas foram ratificadas pelo Brasil.

Considerando os dados reunidos pela Organização Internacional do Trabalho é possível perceber que a questão de gênero ainda é fator de desigualdade no Brasil e em âmbito global, dado que as mulheres representam cerca de 99% das vítimas de trabalho forçado na indústria comercial. Além disso, das mais de quarenta milhões de pessoas vítimas de escravidão moderna em 2016, 71% eram meninas e mulheres. Ao visar a erradicação das piores formas de trabalho infantil – considerando que uma em cada quatro vítimas da escravidão moderna são crianças⁸ –, a OIT adotou a Convenção nº 182 como instrumento fundamental para se promover ações de reabilitação e integração social dos infantes para serem coordenadas globalmente, de modo a atender ao mesmo tempo as necessidades dessas famílias.

Por estes aspectos, qualquer situação que não esteja em consonância com os dispositivos provenientes das Declarações e Convenções supramencionadas configura-se como cristalino retrocesso social, o que é proibido no modelo de Estado brasileiro sistematizado em um Estado Democrático de Direito. Além disso, considere-se o efeito *cliquet* oriundo do direito internacional, no qual garante a não-retroação dos direitos humanos.

No que concerne ao princípio da proibição do retrocesso social, Geraldo Magela Melo (2010, p. 65) ensina que:

⁸ Os dados indicados neste parágrafo foram extraídos de: NAÇÕES UNIDAS - Organização Internacional do Trabalho. Trabalho forçados. Disponível em: <<https://www.ilo.org/brasil/temas/trabalho-escravo/lang--pt/index.htm>>. Acesso em: 20/12/2020.

O princípio da vedação ao retrocesso é uma garantia constitucional implícita, decorrente do denominado bloco de constitucionalidade, tendo sua matriz axiológica nos princípios da segurança jurídica, da máxima efetividade dos direitos constitucionais e da dignidade da pessoa humana, mas se constitui em um princípio autônomo, com carga valorativa eficiente própria. Tal princípio alude a ideia de que o Estado, após ter implementado um direito fundamental, não pode retroceder, ou seja, não pode praticar algum ato que vulnere um direito que estava passível de fruição, sem que haja uma medida compensatória efetiva correspondente.

Desse modo, retroceder pode significar perda de direitos no contexto jurídico, seja mediante reforma normativa, alteração de entendimento jurisprudencial ou mesmo pelo congelamento na utilização de instrumentos jurídicos. Debruçando-se sobre a temática da proteção de direitos sociais, retroceder implica em consequências devastadoras na luta por direitos humanos, pela defesa da cidadania e da paz social⁹.

Ou seja, diante de toda a precariedade narrada no âmbito laboral, na qual estão inseridas as condições análogas à escravidão, a informalidade, a desigualdade salarial por questões de gênero, o trabalho infantil, subempregos e altas taxas de desemprego, busca-se demonstrar que a existência de garantias formais não é de um todo suficiente hodiernamente, fazendo-se necessário empenhar esforços para a concretização de garantias materiais. As políticas que fomentaram alguns aspectos negativos da globalização, do ponto de vista da garantia de direitos, chocam-se com as normas e garantias da Constituição brasileira.

A título de complementação, vejamos:

Essa defasagem entre direito e realidade, ligada à relação de força existente entre classes sociais, aos regimes de acumulação específicos desses países, e a fraqueza dos recursos tribunais/fiscais e parafiscais, tende a se aprofundar com a crise dos anos 80. O setor informal engorda e, com eles, a quantidade dos excluídos da proteção social. Essa engorda, assim como o aumento do desemprego e a queda dos salários, provocam a diminuição sensível dos recursos financeiros do sistema, diminuição essa que ainda é mais grave dado o fato de que, simultaneamente, o número de aposentados aumenta. A fraude e os atrasos de pagamento das contribuições sociais também aumentam (SALAMA; VALIER, 1997, p.110).

Diante de todas essas considerações, a globalização enseja uma mudança de paradigma no seio do mercado de trabalho, razão pela qual a adoção de políticas institucionais e direcionadas à formação do indivíduo pode proporcionar o aprendizado de novas competências

⁹ Amartya Sen (2000, p. 129) lembra os processos de internacionalização do capital podem trazer benefícios, desde que haja políticas bem articuladas para a promoção de capacidades a fim de transformar a visão pejorativa em realidade construtiva. Em suas palavras: “El proceso de integración de la economía mundial, que dibuja una perspectiva aterradora para muchas personas y comunidades en situación precaria, puede ser eficaz y provechoso si adoptamos un planteamiento suficientemente amplio de las condiciones que rigen nuestras vidas y nuestro trabajo. Hay que tomar medidas bien pensadas para fomentarlos cambios sociales, políticos y económicos capaces de transformar una previsión que infunde temor en una realidad constructiva”.

e habilidades. Ou seja, estas políticas preconizam profissionais mais aptos para a nova realidade.

Faz-se necessário considerar este modelo de economia internacional que reflete intimamente nos Estados-nações com o propósito de elaboração de políticas de geração de emprego e renda capazes de assegurar trabalho digno e remuneração decente a concretização de outros direitos, como a educação, saúde e alimentação.

4. CONCLUSÃO

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 inovou ao consolidar o Estado Democrático de Direito, dando ênfase a valores supremos de uma sociedade pluralista e fundada em pilares como a soberania popular, ao exercício de direitos individuais e sociais, a harmonia social, a segurança, a liberdade e o bem-estar.

Nessa lógica, foram alicerçados uma série de direitos fundamentais no texto constitucional brasileiro para a construção de uma sociedade justa, livre e solidária, privilegiando a proteção da dignidade humana, do pluralismo político, bem como os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa. Não se pode olvidar que dentre esses direitos sociais fundamentais promulgados pela Constituição, o direito do trabalho equipara-se a um dos mais significativos. Pois, como amplamente ressaltado, o direito laboral consagra a subsistência dos indivíduos, o acesso à educação e saúde de qualidade, elevando a efetividade do princípio da dignidade da pessoa humana.

À luz dessas considerações, o trabalho corresponde não só à possibilidade de engajamento econômico e poder de participação no mercado consumerista, mas também possibilita a emancipação do ser. Para que se esteja em consonância com o arcabouço jurídico nacional enraizado na justiça social e na democracia, o crescimento econômico e a emancipação do indivíduo não podem conviver em disparidade, principalmente, tendo-se em mente as formas de desenvolvimento econômico predatórias. Ou seja, o crescimento da economia não pode corroborar com a precarização da condição humana, todavia, ao longo dos anos advieram mudanças no seio da legislação trabalhista que dificultaram abruptamente a conciliação destas premissas.

Com o advento da Lei nº 13.467/17 (Reforma Trabalhista) mudanças substantivas foram percebidas no comportamento laboral, dado que se abriu margem para a priorização dos direitos da classe patronal em detrimento dos trabalhadores, o que veio a causar danos sobre o próprio

modelo organizacional da sociedade brasileira. Com a internacionalização da economia, que teve o condão de enfraquecer o modelo de Estado convencionado ao longo do último século, os indivíduos foram expostos ao eclipsar de seus direitos. A adoção de políticas de formação dos indivíduos como mecanismo de redução das desigualdades provocadas pelo fenômeno da globalização econômica são necessárias, uma vez que o domínio de novas habilidades pode corroborar com a qualificação de profissionais condizentes com este contexto de realocização industrial e busca de lucro por grandes conglomerados empresariais.

Imperioso reiterar que a globalização se trata de um fenômeno irreversível e que se interpenetra através dos territórios de maneira assimétrica provocando inúmeras mudanças e revoluções tecnológicas, sociais e culturais, as quais não são de um todo negativas. Todavia, para minimizar as mudanças estruturais no cenário trabalhista e as políticas atuais que vão à contramão daquilo que fora instituído pela Constituição Federal de 1988, deve-se prezar por medidas que estejam em consonância com a busca por um trabalho digno, situação condizente com os preceitos mais fundamentais de nossa ordem jurídica nacional, corroborada pelos documentos internacionais reconhecidos pelo Estado brasileiro.

REFERÊNCIAS

ANAMATRA. Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho. **Nota técnica - nove meses de vigência da reforma trabalhista**. 2018. Disponível em: <<https://www.anamatra.org.br/>>. Acesso em: 05 nov. 2020.

ANDRADE, José Sérgio. **De 106 artigos alterados, 69 favorecem empregadores, afirma juiz do trabalho de Florianópolis sobre Reforma Trabalhista**. Disponível em: <<http://www.sintrafesc.org.br/de-106-artigos-alterados-69-favorecem-empregado-res-afirma-juiz-do-trabalho-de-florianopolis-sobre-reforma-trabalhista/>>. Acesso em: 16/11/2020.

BOURDIEU, Pierre. **A precariedade está hoje por toda a parte**. In: BOURDIEU, Pierre. *Contrafogos: táticas para enfrentar a invasão neoliberal*. Rio de Janeiro: Zahar, 1998. p. 124-125.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. **Da Administração Pública burocrática à gerencial**. Revista do Serviço Público, v. 47, n. 1, 1996.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **O direito constitucional na encruzilhada do milênio**. De uma disciplina dirigente a uma disciplina dirigida. In: *Constitución y Constitucionalismo Hoy*. Caracas: Fundación Manuel García-Pelayo, 2000, p. 217-22.

CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do trabalho**. 9. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014.

CASSAR, Vólia Bomfim. **Reforma trabalhista: comentários ao substitutivo do Projeto de Lei 6787/16**. Revista eletrônica OAB RJ. Edição especial – reforma trabalhista. 2016.

FARIA, José Eduardo. Poucas certezas e muitas dúvidas: o direito depois da crise financeira. **Revista Direito GV**, São Paulo 5(2), p. 297-324, jul-dez 2009.

_____. **Reforma constitucional em período de globalização econômica**. Revista da Universidade de São Paulo. 1995. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67297/69907>>. Acesso em: 01 set. 2020.

_____. **Sociologia jurídica: direito e conjuntura**. Série GVlaw. São Paulo: Saraiva, 2010.

HABERMAS, Jürgen. **O Estado-nação europeu frente aos desafios da globalização**. O passado e o futuro da soberania e da cidadania. São Paulo, Novos Estudos Cebrap, n. 43, nov. 1995.

LIMA, Abili Lázaro Castro de. **A globalização econômica e a dissipação dos direitos sociais**. A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional. Ano 3, n. 11, jan/mar. Belo Horizonte: Fórum, 2003.

MELO, Geraldo Magela. **A vedação ao retrocesso e o Direito do Trabalho**. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, Belo Horizonte, v. 52, n. 82, jul./dez. 2010.

NAÇÕES UNIDAS - Organização Internacional do Trabalho. **Trabalho forçado**. Disponível em: <<https://www.ilo.org/brasil/temas/trabalho-escravo/lang--pt/index.htm>>. Acesso em: 20/12/2020.

SALAMA, P. & VALIER, J. **Pobrezas e desigualdades no terceiro mundo**. São Paulo: Nobel, 1997.

SEN, Amartya. How to Judge Globalism. **The american prospect**: special supplement. Disponível em: <<https://prospect.org/article/how-judge-globalism>>. Acesso em: 20/12/2020.

_____. **Trabajo y derechos**. Revista Internacional del Trabajo, vol. 119, nº 2, 2000.

STREECK, Wolfgang. **As crises do capitalismo democrático**. Título original: The crises of democratic capitalism. Trad. Alexandre Morales. Novos Estudos, 92, 2012.

STREECK, Wolfgang. **Tempo comprado: a crise adiada do capitalismo democrático**. Lisboa: Actual, 2013.

TOURAINÉ, Alain. **O que é a democracia?** Petrópolis: Vozes, 1995.

Data de submissão: 27/11/2020

Data de aprovação: 11/12/2020

Data de publicação: 31/12/2020

Este trabalho está licenciado sob uma licença Creative Commons Attribution 4.0 International License.

INSTRUMENTOS PROCEDIMENTAIS NO ESTADO SOCIOAMBIENTAL E DEMOCRÁTICO DE DIREITO

PROCEDURAL INSTRUMENTS IN THE SOCIO-ENVIRONMENTAL AND DEMOCRATIC STATE OF LAW

Janderson de Paula Souza*
Loreci Gottschalk Nolasco**

* Graduando em Direito na Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul. Pesquisador Bolsista PIBIC-AFF/CNPq 2019/2020.

E-mail: jpaulla20@gmail.com

** Doutorado em Biotecnologia e Biodiversidade pela Universidade Federal de Goiás (2016), com a tese Regulamentação Jurídica da Nanotecnologia. Mestrado em Direito pela Universidade de Brasília (2002), Professora e Pesquisadora da Universidade Estadual do Mato Grosso do Sul. Coordenadora de Projeto de Pesquisa. O DIREITO NA SOCIEDADE DIGITAL – estudos sobre “disrupção tecnológica” e “interrupção regulatória”.

E-mail: lorecign@gmail.com

Como citar: SOUZA, Janderson de Paula; NOLASCO, Loreci Gottschalk. Instrumentos procedimentais no Estado Socioambiental e Democrático de Direito. **Revista do Instituto de Direito Constitucional e Cidadania – IDCC**, Londrina, v. 5, n. 2, e008, ago/dez, 2020. ISSN: 2596-0075. DOI: 10.48159/revistadoidcc.v5n2.souza.nolasco

Resumo: Na perspectiva de efetividade dos direitos ambientais consagrados pela Constituição Federal de 1988, que se propôs o nascedouro do Estado Democrático de Direito de natureza sócio-econômico-ambiental, com o dever de criar políticas públicas visando a melhoria qualitativa de sua população. *Pari passu* à degradação ambiental, a má distribuição dos recursos naturais e a injustiça social, originou-se a “Justiça Ambiental” advinda dos movimentos sociais a partir da década de 1980, trazendo à Constituição Federal e sua normatividade, uma perspectiva procedimental. Através do método de revisão bibliográfica, documental e jurisprudencial, a pesquisa objetivou entender os institutos de participação popular, mormente, a participação popular dos grupos vulneráveis aos impactos ambientais, para garantir a eficácia da Justiça Ambiental no Brasil, cabendo ao Poder Público (Estado) adotar ações e metas, juntamente com a sociedade civil, que cumpram com os objetivos nacionais e internacionais de desenvolvimento, no viés econômico-social-ambiental.

Palavras-chave: Justiça Ambiental, Participação Popular, Declaração do Rio (92).

Abstract: In the perspective of the effectiveness of environmental rights enshrined in the Federal Constitution of 1988, which proposed the birth of the Democratic State of Law of a socio-economic-environmental nature, with the duty to create public policies aimed at the qualitative improvement of its population. *Pari* went on to environmental degradation, the poor distribution of natural resources and social injustice, originated the "Environmental Justice" arising from social movements from the 1980s, bringing to the Federal Constitution and its normativity, a procedural perspective. Through the bibliographic, documentary and jurisprudential review method, the research aimed to understand the

institutes of popular participation, especially, the popular participation of groups vulnerable to environmental impacts, to ensure the effectiveness of Environmental Justice in Brazil, falling to the Public Power (State) adopt actions and goals, together with civil society, that comply with national and international development objectives, in the economic-social-environmental bias.

Keywords: Environmental Justice, Popular Participation, Rio Declaration (92).

INTRODUÇÃO

As elucubrações que envolvem os estudos com Justiça Ambiental no Brasil, deram sustância para a criação de uma Constituição com um bojo normativo garantista de direitos ambientais. Para isto, compreende como Justiça Ambiental, os movimentos sociais americanos, ocorridos em meados da década de 1960, quando ainda se buscava a positivação dos direitos civis aos afro americanos, induzidos pelo desgaste humano no trabalho das indústrias a qual os expunha a produtos tóxicos (SCHLOSBERG, 2009, p. 46). movimento de justiça ambiental se baseia na ideia de preservação da vida contra a contaminação de agentes tóxicos, próprio do apogeu industrial norte-americano e da discriminação racial.

Na esfera brasileira, os bens que subjazem a tais deveres priorizam a manutenção das condições de vida humana, a sua tutela não pode deixar de ser entendida em uma perspectiva intertemporal traduzindo-se à *face intergeracional da solidariedade*, com todos os homens, sejam de hoje, ontem ou de amanhã, a ligar as gerações atuais e as gerações futuras, com a imposição de um *dever de cuidado* – com a assunção de uma *responsabilidade de realização* (LOUREIRO, 2010) – por parte daquelas para com essas, obrigando a que assegurem a incolumidade e proteção desses bens e preservem a possibilidade de um futuro digno. Em termos intergeracionais, portanto, como as gerações presentes têm o poder de afetar as gerações futuras e de pôr em causa a própria continuidade da existência humana, entende Moreno, (2015), estarem gravadas por uma *responsabilidade reforçada* – sobretudo em virtude da vulnerabilidade das pessoas vindouras e da fundamentalidade dos bens em jogo.

Tal conceito ampliou-se para além da noção de injustiça ambiental contra os negros. Na esfera dos direitos elencados pela Constituição Federal vigente, o conceito de defesa ambiental encontrou guarida no artigo 225 c/c com artigo 231, do mesmo diploma, onde também é de direito dos indígenas a utilização de suas terras reconhecidas pela União, terras estas que devem ser preservadas observando os ditames constitucionais.

Esta corrente estabelece uma conciliação entre crescer e preservar cogitando a possibilidade de soluções compensatórias pela busca mitigada de desenvolvimento sustentável da adequação ambiental através da busca da ecoeficiência, da internalização das externalidades, de um ditame inovador. Com escopo da invenção e implantação e novas tecnologias desses mecanismos mitigadores. A negociação de conflitos é técnica de tratamento entre a economia e a ecologia (HERCULANO, 2006).

O Brasil, apesar de ser um país cuja Constituição é considerada “Carta de princípios para a proteção do meio ambiente”, “Sob o pálio de uma perspectiva prospectiva da responsabilidade, um dever ao Estado e à coletividade em defender e preservar o meio ambiente para as presentes e futuras gerações, estabelecendo, em última instância, não um sentido setorial, adstrito ao universo ambiental, mas de teor geral e generalizante basilar na relação intergeracional, como também do tecido social” (FERREIRA, 2011), reconhece direitos fundamentais de diferentes dimensões, incumbindo ao Poder Público, bem como a coletividade a especial obrigação de defender e preservar, em benefício das presentes e futuras gerações, criando um lapso temporal de solidariedade para com os futuros brasileiros, transindividualizando o interesse público, ainda é incipiente na aplicação da Justiça Ambiental, isso porque a injustiça se traduz na má distribuição de renda e acesso aos recursos naturais. Embora haja luta em favor de um país mais justo, o descaso pelo espaço comum e pelo meio ambiente se encaixe com o desprezo pelas pessoas e comunidades.

Através do método de revisão bibliográfica, documental e jurisprudencial, a pesquisa buscou compreender as estruturas democráticas estabelecidas na Declaração do Rio de 1992, quais sejam: acesso à informação (primeira parte do princípio n. 10); II) participação pública na tomada de decisões e, III) acesso à justiça. Tais instrumentos fortalecem a efetividade dos direitos ambientais consagrados na Constituição Federal de 1988, que determina ao Estado brasileiro, o dever de criar políticas públicas visando a melhoria qualitativa de sua população e, *pari passu*, diminuir ou erradicar a degradação ambiental, a má distribuição dos recursos naturais e a injustiça social, através de instrumentos procedimentais, os quais darão maior eficácia à Justiça Ambiental, advinda dos movimentos sociais a partir da década de 1980, mormente, dos grupos vulneráveis aos impactos ambientais.

1. A TUTELA CONSTITUCIONAL DO MEIO AMBIENTE

Do meio ambiente a Constituição Federal de 1988 inicialmente, refere-o como de competência material comum (art. 23, VI), competência legislativa concorrente (art. 24, VI e VIII), princípio geral da ordem econômica (art. 170, VI), aspecto inerente ao cumprimento da função social da propriedade imobiliária agrária (art. 186, II), atribuição do sistema único de saúde (art. 200, VIII), item sensível da atividade de comunicação social (art. 220, §, II) e bem de uso comum do povo, visado por capítulo especial (arts. 225 e ss.), do qual destacamos a obrigação de reparar as lesões, sem prejuízo de sanções de outra natureza. “Existindo duas

formas principais de reparação do dano ambiental: (i) a recuperação natural ou retorno ao status quo ante; e (ii) a indenização em dinheiro” (MILARÉ, 2005, p. 741).

O artigo 225 da Constituição, a partir do princípio da dignidade da pessoa humana, inicia afirmando que todos, no Brasil, tem direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, ou seja, não destruído, nem aviltado por interesse de qualquer natureza, inclusive econômico, visto que se trata de um patrimônio nacional, coletivo e individual dos que aqui vivem”, e isso inclui, pessoas, plantas e animais (BASTOS *et al.* 1988, p. 888-9), com intuito de ligar o meio ambiente às relações sociais, estabelece, em seu conteúdo material, os princípios fundamentais que regem as atividades humanas com o meio ambiente, uma vez que o ser humano modifica e cria conforme suas necessidades, através de estímulos, econômicos e/ou culturais, visando, o desenvolvimento, seja tecnológico para fins terapêuticos, para locomoção, etc.

Noutro dizer, a Constituição de 1988 liga a cidadania ao conceito de dignidade social, que independentemente de sua inserção econômica, social, cultural e política, o ser humano deve ter condições mínimas para a sua vivência no mundo, isso porque o principal objetivo do constitucionalismo brasileiro, é assegurar o conjunto de condições morais, psicológicas, culturais e materiais as quais vinculam o ser humano no meio ambiente ecologicamente equilibrado, cabendo a sociedade preservar os meios naturais que proporcionem a sua permanência, bem como a utilização necessária e exploração racional de hidrocarbonetos, insumo basilar das principais matrizes energéticas globais. A Carta Constitucional abarca estes preceitos nos arts. 186 e 225, § 4º.¹

O art. 1º, III, do texto fundamental, que trata da dignidade da pessoa humana, ao interagir-se com o disposto no artigo 225² e seus parágrafos, estabelece uma relação

¹ **Art. 186.** A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos: (...) II – utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente. **Art. 225.** Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado [...] §4º: A Floresta Amazônica brasileira, a Mata Atlântica, a Serra do Mar, o Pantanal Mato-Grossense e a Zona Costeira são patrimônio nacional, e sua utilização far-se-á, na forma da lei, dentro de condições que assegurem a preservação do meio ambiente, inclusive quanto ao uso dos recursos naturais.

² **Art. 225,** §1º: Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público: I – [...] *prover o manejo ecológico* das espécies e ecossistemas; II – [...] *fiscalizar* as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético; III – definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção; IV – *exigir*, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, *estudo prévio de impacto ambiental*, a que se dará publicidade; V – *controlar* a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem *risco* para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente; VII – *proteger* a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em *risco* sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade. §6º:

intratemporal e intertemporal e fundamenta a aplicação do princípio da precaução voltada para uma amplitude temporal (prospectiva) até então desconsiderada pelo Direito, abarcando os direitos das gerações futuras vinculadas aos deveres da geração presente (FERREIRA, 2011).

Essa nova arquitetura dos valores do Direito pode ser observada no princípio da “equidade intergeracional” (com suas bases no Direito Internacional) defendido por Weiss (1992; 1999). Tal princípio apresentado como um dos axiomas do Desenvolvimento Sustentável – reconhecido como princípio da Ordem Econômica na CF/1988, art. 170, VI – que ao mesmo tempo contempla o direito dos povos de desenvolver-se e o direito/dever de conservar o meio ambiente), é “pré-condição” para o gozo dos demais direitos humanos (ENGELMANN *et al.* 2010), e do Direito Ambiental, e, enuncia um contexto de justiça entre as gerações (princípio da solidariedade entre as gerações ou da responsabilidade de longa duração), onde bens que integram o meio ambiente devem satisfazer as necessidades comuns da humanidade, considerando a totalidade dos habitantes da presente geração (relação intratemporal) respeitando o direito ao acesso das futuras gerações e reconhecendo o legado das gerações anteriores (relação intertemporal).

Com isso, pode-se estabelecer um elo entre a preocupação com a tutela ao meio ambiente,³ a obrigação dos Estados em incentivar políticas públicas sustentáveis e os mecanismos de implantação de novas técnicas sustentáveis através de acordos internacionais com outros países em desenvolvimento, nivelando a responsabilidade mundial do debate científico acerca do desenvolvimento sustentável, e o princípio da solidariedade entre as gerações ou da responsabilidade de longa duração, no sentido de respeitar, promover e transmitir as condições para a manutenção da vida digna e da justiça em sociedade (RAWLS, 1993).⁴

Fiorillo (2011, p. 19) vai explicar que, a tutela do meio ambiente caracteriza-se pelo poderio do ser humano sobre a biota, uma espécie de razão antropocêntrica, dada a capacidade racional que temos, onde a preservação de sua espécie e das demais é intrínseca a sua

As usinas que operem com reator nuclear deverão ter sua localização definida em lei federal, sem o que não poderão ser instaladas. (grifo nosso).

³ O Supremo Tribunal Federal do Brasil reconheceu o direito ao meio ambiente como um direito fundamental, assim considerado como bem jurídico merecedor de tutela constitucional, nos autos do RE 134.297-8/SP. No MS 22.164/DF, a corte ampliou o reconhecimento de características especiais do bem ambiental, à luz do artigo 225 da Constituição Federal de 1988, em que estão previstos igualmente deveres fundamentais.

⁴ Nas palavras de Rawls: “A presente geração não pode fazer o que quer, mas está vinculada a princípios que seriam escolhidos na posição original para definir a justiça entre pessoas em diferentes momentos do tempo. Em adição, os homens têm um dever natural de defender e promover instituições justas e por isso a melhoria da civilização até um certo nível é requerida”.

permanência no planeta Terra. O conceituando como algo “constituído por solo, água, ar atmosférico, flora e fauna. Concentra o fenômeno da homeostase, consistente no equilíbrio dinâmico entre os seres vivos e o meio em que vivem”.

Dessa forma, o princípio do poluidor-pagador. Bifurcado em prevenção em evitar degradação natural e, sobre mais, na repressão das práticas de afetação ambiental descrito na Constituição de 1988, art. 225, § 3º,⁵ sendo uma delas de onde o poluidor deva arguir formas para evitar os danos ao meio ambiente, como também, arcar com despesas provindas de negligência a respeito de determinada atividade desenvolvida que acarrete problemas ambientais. Nesse corolário, fica explícito que a responsabilidade do agente, é objetiva e reflete o Direito à Justiça Ambiental, no anseio de preservar os bens jurídicos naturais a fim de punir os causadores dos poluentes (FIORILLO, 2011, p. 66).

2. DOS INSTRUMENTOS PROCEDIMENTAIS AMBIENTAIS

O Estado Socioambiental e Democrático de Direitos, nos moldes brasileiros de alicerça no bojo da Constituição Federal de 1998, dos quais garante direitos aos indivíduos particulares por meio dos direitos fundamentais. De todo mister, é com a relação de interação do meio ambiente com os seres humanos se projeta o termo socioambiental, que dá legitimidade na luta pela preservação dos recursos naturais.

No mesmo diapasão a concepção racional de Estado Socioambiental e democrático de Direito, se legitima com a promulgação da Lei federal nº 6.938, de 31 de agosto de 1981, que constitui a base do debate na Política Nacional do Meio Ambiente, e vincula o Social do Ambiental para uma compreensão mútua de interesses e tutela.

Independentemente dos marcos legislativos trazidos pelos movimentos de nova constituição e pressão dos organismos internacionais, o Estado Socioambiental e Democrático de Direito vislumbra em primeiro plano, o respeito e a proteção para a promoção de vida, em uma escala dúplice de debate, pois a dignidade humana depende intimamente da perpetuação de vida na terra e, por conseguinte, da proteção ambiental, isto porque “não estamos sós, somos com o outro numa relação permanente de reconhecimento, respeito, reciprocidade e responsabilidade que se desenvolve num espaço e tempo de encontro: o ambiente”, pois o ambiente pode ser concebido como “um lugar de encontro” (MOLINARO, 2007, p. 32).

⁵ “As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados”.

Pontes de Miranda (1924) aduz que os sujeitos estão inclinados a adaptarem-se ao ambiente externo, e nesta intrínseca adaptação está sujeito a se relacionar com religião, ética, estética, política, direito, economia e ciência, *in casu* as ciências jurídicas ligadas a sustentabilidade. Posto que a dignidade humana poder-se-á preservada se as outras formas de vida puderem ser protegidas e perpetuadas para gerações futuras. Certo que a Constituição Federal de 1998 consubstancia a ideia de uma sociedade livre, mas também solidária, no sentido de estabelecer uma dimensão intertemporal de cuidado à natureza.

Hufen (2014, p. 58) já defendida uma ideia procedimental de tutela dos direitos fundamentais, que aliados aos de cunho ambiental ganham uma notoriedade no *status quo*. Para isto, os aplicadores do direito estão dispostos a transpor os direitos consagrados em textos constitucionais para a vida contemporânea real, que frisam-se, desse modo, os ditos direitos procedimentais, na busca pela efetividade do texto legal (SARLET 2018, p. 423).

Tal perspectiva, confere os direitos procedimentais a status constitucional, em razão de ter o mesmo objetivo de tutela de direito. Quando de aufere um direito fundamental para configurar organizações de proteção aos direitos humanos fundamentais, diz que esta dimensão é objetiva, visto que permite aplicar interpretação extensiva das normas procedimentais na organização do direito de organizar a instituição pública (SARLET, 2015, p. 156). Konrad Hesse (1998, p. 287), já mensurava a importância da ‘dimensão organizacional e procedimental dos direitos fundamentais’ na busca pela tutela deles.

A função de organizar o procedimento de tutela dos direitos fundamentais, ligados ao meio ambiente, é a garantia de que o direito material seja efetivado, como compromisso estatal aos particulares, no tocante a adoção de posições jurídicas no campo da subjetividade, por partilhar decisões democráticas do Estado que legisla e administra, respectivamente (SARLET 2018, p. 423). Ainda pois, já afirmam processualistas que “o direito fundamental de ação pode ser concebido como um direito à fixação das técnicas processuais idôneas à efetiva tutela do direito material” (MARINONI, 2006, p. 207), para isso deve-se adotar a teoria Alexyana de que os procedimentos judiciais são de notória importância, pois eles garantem a “proteção jurídica efetiva”, pois eles se inserem nos direitos de participação, na conformação da vontade do Estado nos temas relativos aos recursos naturais. “Ao afirmar que a democracia é condição para proteger os direitos ambientais, depreende-se, segundo Alexy, que a participação do povo eclode uma situação jurídica que influencia o estado no sustentáculo do direito ambiental” (MARINONI, 2006, p. 207).

Nada obstante, entender o direito ambiental como fundamental, é problematizá-lo de modo *latu sensu*, em razão do seu viés complexo que abrange inúmeras posições teórico-jurídicas, tais como a de defesa, que implica diretamente na esfera de impedir a degradação dos recursos naturais. Do direito de tutela, que investe o Estado de poder contra atos de terceiros. E, por conseguinte, ao de “prestação fática”, que confere ao poder público a responsabilidade de promover políticas sustentáveis (ALEXY, 2008, p.440-445).

Outrossim, nasce, nesta esfera jurídico-constitucional do direito fundamental ao meio ambiente, “o direito procedimental, sendo o meio pelo qual o Estado inclua o titular do direito fundamental nos procedimentos relevantes para o meio ambiente” (ALEXY, 2008, p.440-445).

Canotilho (2004, p. 187) advoga que a tutela constitucional ao meio ambiente não depende de reconhecimento de preceito fundamental como norma subjetiva, pois já se manifestam nos direitos fundamentais de participação e direitos de ingressar com ações judiciais quando tem seus direitos violados. Assim os procedimentos ambientais estão intimamente ligados aos direitos fundamentais.

Consagrado na Declaração do Rio de 1992, o Princípio 10 assegura:

A melhor maneira de tratar as questões ambientais é assegurar a **participação**, no nível apropriado, de todos os cidadãos interessados. No nível nacional, cada indivíduo terá **acesso adequado às informações** relativas ao meio ambiente de que disponham as autoridades públicas, inclusive informações acerca de materiais e atividades perigosas em suas comunidades, bem como a oportunidade de **participar dos processos decisórios**. Os Estados irão facilitar e estimular a conscientização e a participação popular, colocando as informações à disposição de todos. Será proporcionado o acesso efetivo a **mecanismos judiciais e administrativos**, inclusive no que se refere à compensação e reparação de danos” (g.n).

Sarlet (2018, p. 426) identificou no dispositivo internacional uma chave com três estruturas democráticas, sejam elas, I) acesso à informação (primeira parte do princípio n. 10); II) participação pública na tomada de decisões e, III) acesso à justiça. Vejamos a substância de garantia constitucional internacional ao direito ambiental:

a. A participação Pública na tomada de decisões ambientais

Numa lógica macro dimensional a matéria de que trata o cuidado com os recursos naturais advém do direito fundamental à participação política, isto porquanto se insere tanto em tratados internacionais – como é o exemplo do artigo 21 da Declaração dos Direitos Humanos de 1948 –, quanto positivado em Lei Maior Nacional, no artigo 1º e 14 da Constituição Federal de 1988, que abarca como dever do cidadão e direito, respectivamente a sua participação ativa

na vida política, com base principalmente na “cooperação entre as diferentes esferas do poder público, o setor empresarial e demais segmentos da sociedade.”⁶

Os protagonistas desta participação ativa é o público, que seriam, na concepção de Jonas Ebbesson (2007, p. 687) aqueles os quais não integram diretamente o poder público, mas sim os indivíduos e organizações não governamentais, bem como os movimentos sociais e as comunidades vulneráveis (como indígenas, quilombolas e comunidades locais) (EBBESSON, 2007, p. 687) – podemos ainda incluir, de modo analógico, as partes que são diretamente afetadas pela degradação ambiental, como também os pequenos produtores rurais e ribeirinhos, vez que esses também dependem de políticas públicas efetivas para assegurarem sua subsistência *in locu*⁷. Quando o artigo 225 da Constituição Federal refere-se à coletividade como sujeitos detentores de direitos e deveres, podemos dizer que o Poder Originário brasileiro quis adotar a teoria filosófica de Jonas Ebbesson.

De todo modo, as Organizações não governamentais destacam-se da sociedade civil quando se trata de peleja pela proteção ambiental. Conquanto, a sociedade civil também é uma das protagonistas, isto porque atuam no campo da reivindicação judicial, por meio das ações civis públicas. Em razão do direito ao meio ambiente apresentar uma responsabilidade subjetiva de proteção ambiental, como exemplifica o parágrafo 1º do artigo 225, da Constituição Federal.

Noutro entendimento, verifica-se na legislação infraconstitucional brasileira que a eficácia de tutela ao meio ambiente se dá essencialmente por meio do contato entre a sociedade civil e o Estado, seja por meio de organizações não governamentais, seja por atuação individual de cada sujeito na denúncia à autoridades estatais com a finalidade de coibir atos lesivos à natureza, porque “qualquer pessoa, constatando infração ambiental, poderá dirigir representação às autoridades relacionadas no parágrafo anterior, para efeito do exercício do seu poder de polícia”⁸.

Faz mister, o direito à audiência pública nos procedimentos administrativos ambientais, destacado por Sarlet (2018, p. 435), como sendo procedimento ambiental importante, por coalizar tanto o direito à informação, quando o direito à participação pública na conformação da vontade do poder público, isto deve-se porquanto “qualquer procedimento capaz de produzir rumores no ambiente deve ser, desde logo, levado ao conhecimento dos portadores do interesse difuso ambiental, garantindo, posteriormente, um adequado contraditório através da audiência

⁶ Inciso VI da Lei 12.305/2010 – Lei da Política Nacional de Resíduos Sólidos.

⁷ Comentário extensivo e interpretativo do autor, de acordo com a dimensão socioambiental de que trata o presente trabalho.

⁸ Artigo 70, §2º da Lei 9.605/98 – Lei dos Crimes e Infrações Administrativas Ambientais

dos interessados” (ANTUNES, 2008, p. 90 *apud in* BIM, 2014). Por esse motivo, O Superior Tribunal de Justiça manifestou posicionamento positivo a respeito da necessidade de realização de audiência pública no âmbito do licenciamento ambiental, inclusive por força do princípio da precaução.⁹

b. Acesso à Informação Ambiental

Ao determinar que o acesso a informação sobre as situações que envolvem a natureza, Sarlet (2018, p. 437) entende ser uma espécie de democracia participativa ecológica, por ser uma das bases da participação no domínio público. Essa ideia decorre da capacidade do indivíduo politizado autodeterminar-se dentro do Estado na busca pela participação política dentro dos assuntos ambientais. Em razão da liberdade informativa ser *conditio sine quo non* para a democracia.

Na lição de Machado (2006, p. 127/130), a informação em matéria ambiental deve ser transmitida aos indivíduos afetados em tempo suficiente de análise de caso, para então, ingressar com as devidas diligências de frente à Administração Pública e o Poder Judiciário. Ele ressalta a importância de positivação do direito à informação em normas internas, na contribuição de interagir com países vizinhos aqueles que ratificam tais normas, que também correm riscos de sofrer vilipêndios aos seus recursos naturais (MACHADO, 2006).

Em terras brasileiras, o Dispositivo Maior, optou por deliberar sobre o direito à informação em sede de direitos fundamentais, no artigo 5º, inciso XIV, da CF/88, que combinado com o inciso XXXIV dão aporte suficiente para o particular e a sociedade civil ingressar judicialmente frente à Administração Pública em casos de negligência ambiental. Neste diapasão, o princípio 19 da Declaração do Rio de 1992 incumbiu aos Estados, que ratificarem a Declaração que estarão obrigados a oferecer a notificação prévia à comunidade e informações relevantes a indivíduos afetados por impactos ambientais, e sobre mais, se consultarão previamente com eles.

O Brasil compactuara da Declaração e inseriu, para fins de procedimento ambiental, a mesma ideia na Lei de Acesso à Informação Ambiental¹⁰ e também na Lei de Biossegurança, em seu artigo 40, que determina prévia informação aos “alimentos e ingredientes destinados ao

⁹ AGRG NA SLS 1.552/BA, CORTE ESPECIAL, REL. MIN. ARI PARGENDLER, J. 16.05.2012

¹⁰ Lei 10.650/2003.

consumo humano ou animal que contenham ou sejam produzidos a partir de organismos geneticamente modificados”.

Neste tópico cumpre destacar novamente o papel da audiência pública na perspectiva do acesso à informação, em virtude da forma com que a liturgia das audiências públicas é realizada. Sempre com o aporte técnico ambiental, jurídico e social. Na busca efêmera de mostrar à comunidade hipóteses de impactos ambientais das quais elas possam ser atingidas. Afinal, a audiência pública é uma garantia dada pela Constituição de 1988, na possibilidade de exercer a democracia semidireta, por meio da consulta à população sobre determinada atividade de degradação ambiental iminente (MIRRA, 2002, p. 81).

Eduardo Fortunato Bim (2014, p. 73) enfatiza que a audiência pública contribui eficientemente em publicitar informações da Administração Pública para o conhecimento do cidadão, pois “o fluxo de informações não ocorre somente cidadão-Administração Pública, mas também Administração Pública cidadão”. Segundo o autor, tem caráter “informativo ambivalente”. Ora, na garantia de prestar contas dos atos de processos administrativos e legislativos, entre o legislador e o povo; Ora, se permite a troca de informações que as sessões dos debates em sede de audiência pública contribuem para a decisão unitária dos presentes. Porque “a troca de informações, produzida na sessão de debates públicos, revela a transparência dos órgãos públicos, preocupados em reunir o maior número possível de argumentos e informações para buscar a melhor decisão política, pautada no interesse público” (BIM, 2014, p. 113-114).

Em 2011, a Lei Federal de Acesso à Informação (Lei 12.527), determinou subordinação dos “órgãos públicos integrantes da administração direta dos Poderes Executivo, Legislativo, incluindo as Cortes de Contas, e Judiciário e do Ministério Público” (inciso I, do artigo 1º, § 1º). Neste ambiente interpretativo, depreende-se que tais instituições são obrigadas por lei a oferecer informação sobre suas ações, em específico, aquelas que versam sobre atividades ambientais, sejam elas em curso, ou em iminência de impacto. Vale ressaltar que o inciso II do mesmo dispositivo reafirma que todas as entidades decorrentes das funções de poder ali estabelecidas, também recebem a mesma responsabilidade, fazendo mister ao cumprimento constitucional insculpido no caput do artigo 37 da Constituição Federal: o princípio da publicidade.

c. Do Acesso à Justiça

Para Sarlet (2018, p. 445), o acesso à justiça dentro dos moldes procedimentais é incipiente, a despeito disso, muitos eram os dispositivos que versavam sobre o acesso à informação e, sobretudo da participação popular na tomada de decisões.

Neste diapasão cumpre enfatizar que o termo acesso à justiça, segundo o entendimento teórico do doutrinador, diz respeito à um aspecto amplo de acesso ao Poder Judiciário, ou mesmo acesso ao poder de jurisdição estatal que se consubstancia na hipótese de amplitude de chegar aos mecanismos judiciais, coisa que sobressai a ideia contida no dispositivo do princípio 10 da Convenção do Rio (1992).

Frise-se que o acesso ao Poder Judiciário só é buscado de forma supletiva, noutro entendimento, buscar-se-á o acesso aos mecanismos jurisdicionais do Estado, quando os princípios supramencionados não lograrem êxito em sua aplicabilidade, essa perceptiva subsidiária se manifesta em hipóteses de não informação à comunidade acerca de determinada atividade degradante a determinado local que, por conseguinte, não teve a chance de participar da tomada de decisão sobre a continuidade ou não dessa atividade degradadora.

Assim, quando não mais restarem meios pelos quais a sociedade civil possa seguir, é que se busca a tutela do Estado por meio do Poder Judiciário na aplicação do Direito Ambiental, sob a ótica de um devido processo ambiental, preceituado por Ayala (2011), que busca constantemente usar a participação do povo no processo. Desse modo, caberá ao magistrado delimitar técnicas capazes de transparecer a tutela efetiva dos direitos fundamentais ora violados, vez que a natureza deste instrumento de justiça não perde o objetivo de aplicar o direito material, já consagrado na Constituição Federal (AYALA, 2011, p. 325).

Marinoni (2006, p. 196) já defende que o sistema processual ancorado nas bases de direitos fundamentais é democrático, e por esse motivo não pode ser um processo tradicional, sem muitos formalismos e individualismos. Assim, tornar amplo o debate na possibilidade de inserir associações ambientais, movimentos ativistas em prol da liberdade ambiental, bem como o uso das ciências afins do Direito Ambiental.

Noutro ponto, Antunes (2008, p. 91) reforma a ideia de que a proteção jurisdicional do Estado só se sobrepõe ao caso concreto, quando as instâncias administrativas não lograrem êxito. Neste momento, a justiça é legítima, pois que as instituições e órgãos da administração malograram em assegurar a tutela ambiental.

Candido Dinamarco (2008, p. 362) afirma que o processo dever ter uma “carga de utilidade social e política”. Dentro do processo ambiental podemos mencionar o instituto da ação civil pública, servindo de aporte aos movimentos socioambientais no julgamento do mérito de ações judiciais que visem tutelar o meio ambiente. As ações civis públicas dão legitimidade ao povo em ter acesso à justiça e garantir o direito material ambiental.

3. ESTADO DE JUSTIÇA AMBIENTAL NO PARADIGMA DO ESTADO SOCIOAMBIENTAL E DEMOCRÁTICO DE DIREITO DO BRASIL

François Ost (1997, p. 9) conclui que a crise ecológica contemporânea consubstancia na carência em reposição de recursos naturais finitos. Muito embora a natureza seja interdependente quando se propõe métodos alternativos de sustentabilidade, cabe à sociedade civil não apenas pensar sustentavelmente, mas sim, fomentar o Estado na garantia de tomar decisões efetivas fazendo a “natureza projeto”.

A nova ordem de participação democrática, traduz-se em “Estado Socioambiental e Democrático de Direito (MOLINARO, 2007), pois a “tutela dos direitos socioambientais deve-se pautar no mesmo projeto jurídico-político para o desenvolvimento humano em padrões sustentáveis, inclusive, pela perspectiva da noção ampliada e integrada dos direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais” (SARLET; FENSTERSEIFER, 2010, p. 13). Com isso, estar-se-ia diante de uma nova reconstrução da Declaração de Direitos Humanos incorporados por ideais sustentáveis, muito embora utópicos, servem para correlacionar a proteção do meio ambiente com os direitos fundamentais conquistados no decorrer da história (SARLET; FENSTERSEIFER, 2010, p. 15-20).

[...] dá-se preferência aqui a denominação Estado Socioambiental e Democrático de Direito, porquanto acredita-se que tal definição é a que melhor define o modelo de Estado de Direito que incorpora a perspectiva da justiça ambiental, sobretudo porque enfatiza a dimensão democrática que um Estado de Direito deve ter para que a justiça ambiental possa ser alcançada (RAMMÊ, 2012, p. 176).

Todavia, para o Estado *quo* garantir status de Estado Socioambiental Democrático de Direito, precisa abrir mão da omissão e prover regulamentações severas e protetoras às práticas de discriminação ambiental e o equilíbrio dos recursos naturais, que venham afetar a vida de grupos socialmente vulneráveis, seja direta e indiretamente, fundamento da injustiça ambiental o qual se acopla à ideia de crise da contemporaneidade devendo ser detida pelo Direito, e somente o Direito pode estabelecer diretrizes seguras de resguardo aos indivíduos e ao meio

ambiente (RAMMÊ, 2012, p. 178). O Estado ao tornar-se um protetor dos direitos socioambientais fornece o “mínimo existencial ecológico” (SARLET; FENSTERSEIFER, 2010, p. 14).

Para tornar-se um Estado de Justiça Ambiental, o poder público deve incorporar os “princípios e valores materiais que permitam aferir do carácter justo ou injusto das leis, da natureza justa ou injusta das instituições e do valor ou desvalor de certos comportamentos” (CANOTILHO, 1999, p. 41). Se o Estado é omissivo em relação aos conflitos socioambientais, inerte em refletir o direito e as crises que advêm desses conflitos ele se torna um “Estado de não direito” (CANOTILHO, 1999, p. 40-41).

Os movimentos de justiça ambiental se baseiam, basicamente em conflitos ecologicamente distributivos, que demandam dos grupos vulneráveis carência de ação política que visa a mudança de paradigma existente entre a massificação da discriminação e o meio ambiente desequilibrado, condições que sucedem vilipêndio da dignidade da pessoa humana.

Alier (2009) define que “distribuição ecológica” é a união de comportamentos sociais, especiais e temporais de acessos às benesses que são oferecidas pelo meio ambiente e seus recursos a fim de que se mantenha a subsistência da vida, esta distribuição pode ter origens naturais, referente às mudanças da natureza, como clima, tempo, etc., bem como aos fatores socioculturais da economia, tendo por vezes influência política.

In casu, o conflito de distribuição ecológica se relaciona diretamente com a mineração, como fonte dos impactos ambientais que agravam a vida dos trabalhadores e dos povos adjacentes aos minérios, bem como da reivindicação dos indígenas na preservação de suas terras relacionado a poluição das águas e o desmatamento das áreas próximas às unidades de conservação.

Leff (2009) aduz que o campo de conflitos deste tipo, vai além da capacidade econômica, isto porque, partindo do princípio da incomensurabilidade, que se resume da impossibilidade de redução dos conflitos socioambientais a valores de mercado, que podem facilmente ser discutidos, ou por critérios de custo benefício para as terras indígenas. O movimento socioambiental desencadeado por anseios indígenas, diz respeito à resistência cultural, uma vez que não visa apenas a preservação do meio ambiente, mas também da cultura proveniente daquele *habitat*. Desse modo, visa a busca pela identidade e autonomia do povo indígena, que fora perdida com a colonização.

A justiça ambiental é pautada na contribuição do ser humano para o bem comum, o qual estabelece relações dele com a natureza, o que demanda a construção de um bem-estar cultural

dependente do entendimento evolutivo do que é a justiça distributiva, no tocante a contemplar o que de fato se busca ampliar a justiça ambiental.

A justiça ambiental ligada à redistribuição, liga-se primordialmente à desconcentração dos riscos ambientais dos grupos socialmente vulneráveis, onde os encargos e responsabilidades sejam distribuídos de forma igualitária, isto porque os impactos ambientais sofridos pelos vulneráveis são maiores e mais perceptíveis quando comparados aos que moram na área urbana, seja pelo preconceito étnico-racial, seja pelo impacto direto na sua subsistência. Assim, quando surge uma reivindicação ambiental, deve-se ater aos aspectos sociais, econômicos e culturais, pois além de terem seus recursos esgotados – impossibilitando por vezes a integração à população urbana, os indígenas têm o poderio econômico inferior àqueles menos impactados com a mineração (BAGGIO, 2008).

Além disso, as reivindicações pela regulamentação dos processos de mineração são coletivas, pois afetam as suas tradições e histórias, que são capazes de determinar a identidade de um povo. E, também, a distribuição equitativa dos deveres aclamados pela ideia de justiça (SCHLOSBERG, 2009, p. 50-59).

A justiça ambiental com a base do reconhecimento, baseia-se na identidade do povo, entende que o reconhecimento de um povo se dá por meio de inserção espiritual vivida nas reações socioculturais ao longo de sua trajetória na história. Quando este reconhecimento é inadequado, há precedentes para a opressão e injustiça social. As democracias vigentes estabelecem em seu diploma maior um reconhecimento igual, mas somente na formalidade, enquanto que em matéria de direito há grandes diferenças, o que possibilita as diversas formas de discriminação, social e ambiental (TAYLOR, 1997, p. 54).

Fraser (2006, p. 16) elucida:

(...) as reivindicações redistributivas igualitárias têm constituído o paradigma teórico sobre justiça social ao longo dos últimos 150 anos. Hoje em dia, no entanto, encontra-se cada vez mais um segundo tipo de reivindicação de justiça social na “política do reconhecimento”. Aqui, o objetivo mais provável é um mundo que aceite a diferença, no qual a integração à maioria ou a assimilação das regras culturais dominantes não sejam o preço cobrado por respeito e igualdade. Como exemplos, podemos citar as reivindicações de reconhecimento das perspectivas pertencentes a minorias étnicas, “raciais” e sexuais, bem como da diferença de gênero. Este tipo de reivindicação tem atraído o interesse de filósofos políticos, alguns dos quais estão tentando, inclusive, desenvolver um novo paradigma de justiça que situe o reconhecimento em seu centro.

A Justiça Ambiental, ainda, advoga a favor das capacidades, resumindo-se em uma corrente político-filosófica, pautada no bem comum, a fim de garantir o direito ao meio ambiente equilibrado através das capacidades, que se traduz na importância da capacidade ética

do povo como limitante gerador de injustiça social e ambiental. Voltada exclusivamente para o resultado dos conflitos sociais, que permite a junção teórica e a ideia de conceber a sociedade como bem comum, e, sobre mais, de estado garantidor de direitos (SEN, 2000).

Quando se trata de conflitos envolvendo os povos indígenas contra a exploração intensa dos recursos minerais, verifica-se que o melhor caminho é o apoio político e democrático garantindo a equidade de distribuição de responsabilidade ao Estado e à sociedade civil, com fomento à preservação desses espaços. A vivência indígena, em sua tradicionalidade se mostra cada dia ameaçada pelo descaso do poder público, que embora consagre em sua Constituição Federal a proteção integral às terras dos povos indígenas, não estabelece mecanismos legais para a regulamentação da proteção.

Nesse ponto com Souza Filho (1992) entendemos que há uma relação da proteção integral as terras indígenas e a sustentabilidade, bem como a defesa da biodiversidade. Nesse contexto, Trindade (1993) aduz que as comunidades indígenas são detentoras de um acervo de conhecimentos, que foi ao longo das gerações estabelecido um modo sustentável com os ecossistemas, visando a sua permanência na natureza e, sobretudo, a ideia de perpetuação da vida humana.

Com Camargo (2003) há de se concluir que, desenvolvimento sustentável é aquele capaz de estabelecer o progresso da vida humana por um futuro longínquo, de forma a suprir as necessidades da atualidade sem inferência nas futuras gerações, o que transforma as em investimento tecnológico não poluente, a economia e a justiça social em harmonia ambiental, buscando, por fim, utilizar o conhecimento tradicional de proteção integral aos recursos naturais na concentração de riqueza para o país.

CONCLUSÃO

A tutela *jusfundamental* dada pela Carta Constitucional de 1988 ao meio ambiente, determina que haja uma participação democrática, capaz de contribuir para o novo cenário mundial capitalista. Como corolário da sustentabilidade, cabe primordialmente ao Estado um novo processo de socioambiental que coloca o meio ambiente e a dignidade humana no mesmo plano de proteção.

No debate científico-filosófico depreende-se que o a garantia de via sustentável da comunidade depende diretamente da sua participação ativa em processos decisórios da seara ecológica, e também em coibir atividade gravosas ao meio ambiente.

Na seara da jurisprudência há uma expansão quanto a efetividade de garantia do acesso à justiça, em matéria de Direito Ambiental, inclusive com o objetivo de assegurar também o direito à informação. A corte do Superior Tribunal de Justiça também entende que o processo ambiental deve ser participativo,¹¹ em razão da matéria ambiental comportar outras ciências. Essa interdisciplinaridade é a contribuição do caráter coletivo da tutela do meio ambiente. Pois é com este compromisso geral que a coletividade pressiona o governo no cumprimento de políticas públicas eficazes.

Ter o acesso à justiça, é reconhecer as entidades da sociedade civil como espelho a ser seguido, é neste momento que o respeito em oferecer assistência jurídica em favor destas associações. é desafiador para o propósito de tutela ambiental. São estes indivíduos que transpõem barreiras sociais, econômicas e políticas diuturnamente para a obtenção da atenção governamental para as causas que dependam de apoio público na suspensão de atividades gravosas ao meio ambiente. Essas entidades exercem ativamente o direito participativo consagrado na Constituição. As lutas que enfrentam é de interesse da coletividade impactada pela degradação ambiental e, que, por isso, necessitam de apoio estatal jurídico, como é o caso da assistência jurídica gratuita oferecida pela defensoria pública, consubstanciado na Lei Orgânica da Defensoria Pública que busca exercer, mediante o recebimento dos autos com vista, a ampla defesa e o contraditório em favor de *pessoas naturais e jurídicas*, em processos administrativos e judiciais, perante todos os órgãos e em todas as instâncias, ordinárias ou extraordinárias.

Quando se tem um sistema jurídico capaz de processar especificamente as demandas ambientais, entende-se que o Estado caminha em direção à sustentabilidade, porquanto, um Estado Socioambiental e Democrático de Direito não se faz apenas com adoção de políticas sustentáveis, mas também, na implementação de jurisdição ambiental, coadunando com a agenda de 2030 das Nações Unidas, por exemplo.

Para além disso, o aperfeiçoamento deste método de processo participativo ambiental traz uma fundamentação jurídica mais complexa e técnica em sentenças que envolvam conflitos socioambientais, em razão da profundidade e ancestralidade que as populações vulneráveis carregam com sua cultura. Seja no modo com o qual ribeirinhos e indígenas utilizam os recursos do seu *habitat* para seu sustento; Seja, no modo pelo qual os quilombolas exaltam a natureza em seus cultos.

¹¹ STJ, REsp 1.060.753/SP, 2.^a T., rel. Min. Eliana Calmon, j. 01.12.2009. Precedente citado: REsp 1.049.822-RS.

Ao passo que o Estado cria e ratifica dispositivos legais, ele dentro da sua função de Poder Judiciário deve aplicá-los proporcionalmente aos casos concretos de injustiça ambiental, sob a interpretação constitucional de Direitos Humanos com base no princípio *in dubio pro natura*.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ALIER, Joan Martínez. **O ecologismo dos pobres**. São Paulo: Contexto, 2009.
- ANTUNES, Luís Filipe Colaço. **Direito público do ambiente**. Lisboa: Almedina, 2008, p. 90. Na doutrina brasileira, v. BIM, Eduardo Fortunato. **Audiências públicas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, especialmente tratando das audiências públicas ambientais nas p. 179-205.
- AYALA, Patryck de Araújo. **Devido processo ambiental e o direito fundamental ao ambiente**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, especialmente p. 325.
- BAGGIO, Roberta Caminero. Justiça Ambiental entre redistribuição e reconhecimento: a necessária democratização da proteção da natureza. 2008. 259 f. **Tese (Doutorado em Direito)** – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis-SC, 2008.
- BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil: Promulgada em 5 de outubro de 1988, 7º e 8º Vol.** São Paulo: Saraiva, 1988.
- BIM, Eduardo Fortunato. **Audiências Públicas**. 1 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.
- CAMARGO, Ana Luiza de Brasil. **Desenvolvimento Sustentável: dimensões e desafios**. Campinas, SP: Papyrus, 2003.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. “**O direito ao ambiente como direito subjetivo**”. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudos sobre Direitos Fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estado de Direito**. Lisboa: Gradiva, 1999.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 13.ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- EBBESSON, Jonas. “Public participation”. In: BODANSKY, Daniel; BRUNNÉE, Jutta; HEY.
- ENGELMANN, W; BERGER FILHO, A.G. As nanotecnologias e o direito ambiental: a mediação entre custos e benefícios na construção de marcos regulatórios, “**RDA**”, 59, 2010.

- FERREIRA, C.W.D. A responsabilidade prospectiva como princípio implícito na ordem constitucional brasileira. **Revista Direito e Liberdade**, ESMARN, 2011, 13, 2, 45-70, jul/dez.
- FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. 12^a.ed.rev., atual.ampl.- São Paulo: Saraiva, 2011.
- FRASER, Nancy; HONNETH, Axel. **Redistribución o reconocimiento?** Madrid: Paidéa/Morata, 2006.
- HERCULANO, Selene. Lá como cá: conflito, injustiça e racismo ambiental. In: **Seminário Cearense contra o racismo ambiental**, Fortaleza, 1, 2006.
- HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1998, p. 287.
- HUFEN, Friedhelm. *Staatsrecht II: Grundrechte*. 4.ed. Munique: C.H.Beck, 2014, p. 58.
- LEFF, Enrique. **Saber ambiental: sustentabilidade, racionalidade, complexidade, poder**. Trad. de Lúcia Mathilde Endlich Orth. Petrópolis: Vozes, 2009.
- LOUREIRO, J.C. **Adeus ao Estado Social?** A Segurança Social entre o Crocodilo da Economia e a Medusa da Ideologia dos “Direitos Adquiridos”. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.
- MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito à informação e meio ambiente**. São Paulo: Malheiros, 2006.
- MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 207.
- MILARÉ, Edis. **Direito do ambiente: doutrina, prática, jurisprudência e glossário**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- MIRRA, Álvaro Luiz Valery. **Impacto ambiental: aspectos da legislação brasileira**. 2.ed. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002, 81.
- MOLINARO, Carlos Alberto. **Direito Ambiental: proibição de retrocesso**. Porto Alegre: livraria do advogado, 2007.
- MORENO, N.de A. A Face Jurídico-Constitucional da Responsabilidade Intergeracional. Série D-9. Instituto Jurídico Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. **Estudos Doutorado e Mestrado**. Concepção Gráfica Jorge Ribeiro, Abril, 2015. ISBN 978-989-8787-17-0.
- OST, François. **A natureza à margem da lei: a ecologia à prova do direito**. Lisboa: Piaget, [1997], p. 9.
- PONTES DE MIRANDA. **Introdução à política científica**. Rio de Janeiro, Garnier, 1924.
- RAWLS, J. **Political Liberalism**. New York: Columbia University Press, 1993.

SARLET, Ingo W. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 12.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SARLET, Ingo W.; FENSTERSEIFER, Tiago. **Direitos ambientais procedimentais: acesso à informação, à participação pública na tomada de decisões e acesso à justiça em matéria ambiental**. Revista Novos Estudos Jurídicos. Vol. 23 n. 2. 2018. Disponível em: www.univali.br/periódicos. Acesso em out/2020.

SARLET, Ingo W.; FENSTERSEIFER, Tiago. Existencial (ecológico): algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Estado socioambiental e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 18-19.

SCHLOSBERG, David. **Defining environmental justice**: theories, movements and nature. New York: Oxford University Press, 2009.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. Trad. de Laura Teixeira Motta. 6. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés. **Textos Clássicos sobre o Direito e os povos indígenas**. Curitiba. Juruá, 1992.

TAYLOR, Charles. **As fontes do self**: a construção da identidade moderna. Trad. de Adail Ubirajara Sobral e Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Loyola, 1997.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Direitos Humanos e Meio Ambiente**: Paralelo dos Sistemas de Proteção Internacional. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993.

Data de submissão: 12/11/2020
Data de aprovação: 30/11/2020
Data de publicação: 31/12/2020

Este trabalho está licenciado sob uma licença Creative Commons Attribution 4.0 International License.

LIBRA: O PROJETO MAIS AMBICIOSO DA REDE SOCIAL FACEBOOK

LIBRA: THE MOST AMBITIOUS PROJECT OF THE SOCIAL NETWORK FACEBOOK

Giovana Benedita Jáber Rossini Ramos *
Catharina Martinez Heinrich Ferrer**
Galdino Luiz Ramos Júnior***

*Aluna especial do Doutorado em Direito do PPGD UNIMAR (Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Marília/SP). Mestre em Direito pelo mesmo programa.

E-mail:
giovanarossiniramos@gmail.com

**Doutoranda em Direito pelo PPGD UNIMAR (Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Marília/SP). Mestre em Direito pelo mesmo programa.

E-mail:
catharinamartinez@hotmail.com

***Doutor em Direito pelo PPGD UNIMAR – Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Marília). Mestre pelo mesmo programa. Docente do curso de Direito da UNIMAR.

E-mail: advos@terra.com.br

Como citar: RAMOS, Giovana Benedita Jáber Rossini; FERRER, Catharina Martinez Heinrich. LIBRA: o projeto mais ambicioso da rede social Facebook. **Revista do Instituto de Direito Constitucional e Cidadania – IDCC**, Londrina, v. 5, n. 2, e009, ago/dez, 2020. ISSN: 2596-0075. DOI: 10.48159/revistadoidcc.v5n2.ramos.ferrer.ramosjr

Resumo: Em razão dos grandes avanços tecnológicos, surgiram novas formas de transações bancárias: as criptomoedas – popularmente conhecidas como moedas digitais. O projeto Libra foi anunciado pela primeira vez em junho de 2019, como uma jogada ousada do Facebook para entrar no novo cenário da indústria de pagamentos digitais. O objetivo do trabalho é analisar as características dessa nova criptomoeda, destacando as principais diferenças em relação à bitcoin, uma vez que foi apresentada como uma resposta à volatilidade daquela e de outras criptomoedas, bem como de que forma o mercado e as parceiras da Associação Libra estão se posicionando quanto ao Projeto de implantação e formas de transações apresentadas em razão da falta de credibilidade de seu criador - Facebook. Mostrar-se-á quais são as vantagens e desvantagens na utilização desta criptomoeda, o Estado brasileiro e sua regulamentação na utilização das criptomoedas. Na pesquisa utilizou-se o método hipotético-dedutivo.

Palavras-chave: Criptomoedas; Libra; Regulação.

Abstract: Due to great technological advances, new forms of banking transactions have emerged: cryptocurrencies - popularly known as digital currencies. The Libra project was first announced in June 2019, as a bold move by Facebook to enter the new digital payments industry landscape. The objective of the work is to analyze the characteristics of this new cryptocurrency, highlighting the main differences in relation to bitcoin, since it was presented as a response to the volatility of that and other cryptocurrencies, as well as how the Libra Association's market and partners are taking a stand on the implementation project and forms of transactions presented due to the lack of credibility of its creator - Facebook. It will be shown what are the advantages and disadvantages in using this cryptocurrency, the Brazilian State and its regulation in the use of cryptocurrencies. In the research, the hypothetical-deductive method was used.

Keywords: Cryptocurrencies; Libra; Regulation.

INTRODUÇÃO

Vivemos em uma sociedade onde prevalece a liberdade e autonomia dos seus usuários da internet, porém, temos que seguir a diretriz que as pessoas podem dispor de seus direitos e celebrar contratos com outras desde que seja com base nas leis.

Em contrapartida, com os avanços tecnológicos, surge um espaço de relacionamentos sem fronteiras, sem regras, criando um cenário de incerteza e insegurança com a criação das criptomoedas, espécies de dinheiro virtual, criadas para que as transações financeiras sejam mais rápidas e seguras, com um custo operacional significativamente reduzido, representando uma nova forma de circulação global de dinheiro, bem como um movimento de emancipação monetária e social, por dispensar a existência de intermediários.

O projeto Libra foi anunciado pela primeira vez em junho de 2019, como uma jogada ousada do Facebook e de seus parceiros para entrar no novo cenário da indústria de pagamentos digitais. A criptomoeda será transacionada através do WhatsApp e no Messenger, projetada de maneira semelhante a outras criptomoedas, mas com diferenças substanciais, como estabilidade. Será administrada pela Associação Libra, que originalmente incluía 28 (vinte e oito) empresas.

Segundo pesquisas realizadas, o Facebook pretendia, de início, criar uma criptomoeda única, com lastro em moedas tradicionais para evitar a volatilidade do bitcoin, mas que teria valor próprio. Ela seria usada em uma carteira chamada Calibra e em aplicativos do Facebook como o WhatsApp. No entanto, os governos dos EUA e de países da União Europeia ameaçaram barrar o projeto, porque uma moeda global controlada por uma corporação poderia colocar riscos à soberania nacional.

Esta criptomoeda trabalhará a partir de uma companhia própria, mas independente, originalmente chamada de Calibra, agora renomeada como NOVI. Para garantir segurança aos seus usuários, o Facebook promete não misturar as movimentações feitas com ela ao perfil dos usuários na rede social. Identidades, perfis de publicidade e outros elementos permanecerão plenamente separados. Não será preciso uma conta no Facebook, Messenger ou WhatsApp para usar a Libra, mas os usuários poderão importar contato desses serviços caso queiram facilitar as transferências. Dados pessoais serão exigidos em caso de furto de moedas ou outros problemas, com reembolsos podendo ser realizados após um processo de verificação.

Os responsáveis por este projeto salientam que os dados dos usuários só serão compartilhados em caso de investigações de fraude ou para fins de desenvolvimento do próprio

sistema, sempre de maneira anônima e em grandes blocos, de maneira que transações específicas não sejam identificáveis. As transações realizadas por meio da Libra tentará transmitir confiabilidade e utilização de seus usuários, uma vez que só o nome “Facebook” não basta, em razão de sua fama de não ser muito confiável por inúmeras situações já vivenciadas ao longo dos anos. Podemos citar entre muitos, que em 2018, o Facebook teve vazamentos de dados que atingiu 30 milhões de usuários. No início de 2019, a rede social fez com que dados de 419 milhões de pessoas fossem expostos. Mas foi no final de 2019 que o Facebook sofreu um dos maiores vazamentos de dados da história da empresa. IDs da rede social, número de telefone e nomes reais de 267 milhões de usuários foram expostos na internet.

Outro ponto preocupante deste projeto é que a ideia geral por trás das criptomoedas é de um investimento rápido, com muita especulação e alta flutuação. Assim, a concessão do aumento do poder do Facebook, que passará a ter acesso a dados financeiros, desperta o medo nos usuários do espaço digital. Além de imaginarmos que um homem – Mark Zuckerberg - terá controle sobre o sistema financeiro mundial.

Diante de todo esse cenário de surgimento das criptomoedas, o Estado tem um desafio pela frente de criar regras de conduta para as transações das moedas no território virtual. Daí faz-se necessário analisar as características das criptomoedas e da mais recente moeda digital – a Libra, novo marco nas relações comerciais – e as consequências de suas aplicabilidades nos negócios jurídicos, sendo consideradas pelos adeptos das transações virtuais, alternativas à utilização do dinheiro na transação de produtos e serviço e redução de custos.

1. DO SURGIMENTO DAS MOEDAS ÀS CRIPTOMOEDAS

Durante a colonização do Brasil, ainda quando não havia sistema monetário, utilizava-se o escambo, uma forma de pagamento utilizada para realizar uma permuta ou troca direta, envolvendo a comunidade indígena e os colonizadores. Os primeiros extraíam o pau-brasil e em troca recebiam dos segundos coisas. Era uma troca de coisas, serviços ou de ambos (TODA MATÉRIA).

Os instrumentos de trocas eram muito diversificados e, por vezes, levavam a conflitos uma vez que era muito difícil medir o valor dos bens sem um meio de troca unânime nas sociedades. (NEW GREENFIL).

Em razão das trocas realizadas entre as partes nem sempre serem vantajosas para os negociadores e devido às dificuldades de estocagem e até mesmo de perecimento das

mercadorias, surgiu a necessidade de criar um instrumento monetário para substituir o escambo, que recebeu o nome de Moeda-Mercadoria, proporcionando os negociadores estipular o preço dos bens e o valor dos serviços, além de saldar dívidas.

Todavia, essa moeda de ouro trouxe dois grandes problemas para os indivíduos: o custo do transporte e o risco de assaltos, fazendo-se necessário manter as moedas em casas de custódia (os ouvires), em troca de certificados de depósito, os quais passaram a ser usados como moeda. O endosso dava a seus titulares o direito de retirar o ouro junto às casas de custódia.

Dessa forma, surgiu a Moeda-Papel, cuja característica é ser integralmente lastreada em metal precioso. Aquele que possuísse o certificado podia, a qualquer momento, dirigir-se aos ourives e sacar o equivalente no metal que lhe servia de lastro. Surgia, assim, a conversibilidade da moeda, a moeda fiduciária e o sistema bancário moderno. (PORTAL SÃO FRANCISCO).

De um lado esse novo sistema bancário resolvia problemas, mas a medida que a sociedade foi evoluindo, os relacionamentos comerciais foram se modificando. Além do papel-moeda de emissão privativa do Estado, por meio de bancos centrais, há o que chamamos de moeda bancária ou moeda escritural. E, com o avanço tecnológico – internet – surgiu uma nova forma de trocas de aquisição de bens e serviços, principalmente através da criação das moedas digitais, que permitiram a realização de compras via computador, debitando-se os respectivos custos em cartões de crédito ou diretamente na conta bancária do usuário.

Em 2008, nasce o bitcoin, a primeira criptomoeda, com intuito de ser um dinheiro eletrônico trocado diretamente entre pessoa a pessoa, sem a intermediação das instituições financeiras. (KADAMANI, 2018, p. 205). O Bitcoin funciona por meio de um sistema de processamento distribuído, de provas de trabalho e de livro-registro das operações (*Blockchain*), substituindo a antiga figura do intermediador, ou seja, do garantidor da confiança das transações financeiras, por um protocolo matemático criptografado.

Como reação à volatilidade do Bitcoin e de outras criptomoedas, foi anunciado em 18 de junho de 2019, a Libra, nova moeda digital não volátil (*Stablecoin*) criada pelo Facebook. Foi desenvolvida sobre uma plataforma Blockchain de permissão, com código aberto, sendo lastreada por uma reserva de ativos financeiros de baixo risco e por várias moedas reais (dólar americano, euro etc.), o que, em tese, garantiria seu valor intrínseco e limitaria sua volatilidade. Porém, essa criptomoeda nem foi lançada oficialmente e já causa muita polêmica por causa de privacidade e regulamentações na economia (TECMUNDO). O lançamento da libra está previsto para ocorrer ainda neste ano 2020.

2. DA NATUREZA JURÍDICA CONTROVERSA DAS CRIPTOMOEDAS

Apesar de todo esse potencial inovador das criptomoedas, há grande dificuldade na definição da natureza jurídica das criptomoedas. Emilia Malgueiro Campos sustenta que a natureza jurídica das criptomoedas é híbrida, ou seja, varia de acordo com sua utilização, acarretando efeitos e características diferentes. (CAMPOS, 2018, p. 26-27).

Hadassa destaca a importância da regulação das criptomoedas:

Pesquisa destinada à identificar dentre os países membros do G20 sua atenção à política ALD, foi constatado que uma das importantes qualidades da boa regulamentação é a correta conceituação das criptomoedas. Segundo recomendação do FATF, deve possuir oito elementos: (i) representação digital de valor; (ii) transferível/comercializável; (iii) possibilidade de uso como meio de pagamento; (iv) armazenagem de valor; (v) unidade contábil; (vi) sem valor legal; (vii) uso de tecnologia descentralizada; (viii) não governamental. (HADASSA *Apud* RODRIGUES et al., 2019).

Entretanto, no Brasil, as criptomoedas não são consideradas verdadeiras moedas, em razão do Decreto nº 23.501, de 27 de novembro de 1933, o qual declara nula qualquer estipulação de pagamento em ouro ou em moeda não oficial. A Receita Federal ao publicar a Instrução Normativa nº 1.888, de 03/05/2019, alterada pela Instrução Normativa RFB nº 1899, de 10/07/2009, também defende essa linha de raciocínio. Em seu art. 5º, define criptoativos como sendo a representação digital de valor denominada em sua própria unidade de conta, com preço determinado por meio de moeda local ou estrangeira, podendo, inclusive, ser utilizado como forma de investimento. (RECEITA FEDERAL, INSTRUÇÃO NORMATIVA RFB N 1888, 2019).

Em audiência pública no final de novembro de 2019, a Comissão de Transparência, Governança, Fiscalização e Controle e Defesa do Consumidor (CTFC) discutiu a regulamentação dos criptoativos e a respeito do conceito de criptomoedas, considerando o próprio termo usado no Brasil, a palavra foi considerada equivocada pelos convidados. Mardilson Fernandes Queiroz, representante do Banco Central, disse que o termo "criptomoeda" leva a sociedade ao erro. Isso porque, legalmente, o Brasil reconhece apenas o real como moeda. (OLHAR DIGITAL).

Da análise deste artigo, percebe-se que os criptoativos devem ser considerados uma forma de investimento, instrumento de transferência de valores ou acesso a serviços, mas não constitui moeda de curso legal.

3. DO PROJETO LIBRA

3.1 CARACTERÍSTICAS DA LIBRA. PRINCIPAIS DIFERENÇAS DO BITCOIN

Foi lançada em 18 de junho de 2019, a Libra, uma criptomoeda não volátil (*Stablecoin*), produto de uma parceria, de início, entre o Facebook (principal investidor) e outras grandes empresas como PayU, Visa, MasterCard, PayPal, Mercado Pago, entre outras. Essa moeda digital tem como objetivo facilitar o acesso de milhares de pessoas a serviços financeiros, além de criar novas oportunidades comerciais e econômicas. Ela surge como uma opção para quem não tem conta bancária de realizar transações, como pagamentos e transferências, com taxas acessíveis e não abusivas.

A unidade monetária é chamada “Libra”. Diferentemente da maioria das criptomoedas, a Libra é totalmente respaldada por uma reserva de ativos reais – a Reserva Libra. É composta, em parte por depósitos bancários e títulos de governo que cobrirão uma série de moedas reconhecidamente estáveis, gerando confiança em seu valor intrínseco. A Reserva Libra será administrada com o objetivo de preservar o valor do Libra ao longo do tempo.

Desde o seu lançamento, foi esclarecido pelos dirigentes do projeto que a Libra não pretende ser uma concorrente do Bitcoin, por possuir características diferentes da Bitcoin. (LIVECOINS). Courtney Guimarães, o head de Inovação na BRQ Digital e diretor da Associação Brasileira de Criptoativos e Blockchain (ABCB), destaca que apesar das duas serem criptomoedas, bitcoin e Libra são completamente diferentes. (BLOCKMASTER). E prossegue seu raciocínio: “Atualmente, a Libra tem menos impacto, porque será apenas mais um banco digital e não se sabem das taxas e condições. Com bitcoin, hoje, já se pode receber pagamentos de fora e outras avenças” (BLOCKMASTER).

Desse modo, temos que a Libra e o Bitcoin são criptomoedas diferentes, com proposta diferentes e tecnologia diferente. Conclui-se que o bitcoin é uma rede totalmente descentralizada, feita a prova de censura e limitada, enquanto a Libra é operada por diversas empresas que vão estar presas a possíveis regulamentações e próximo aos bancos centrais. Enquanto um tem seu próprio controle monetário e de emissão de novas moedas o outro é sustentado por uma cesta de moedas dos governos.

O Bitcoin, a principal criptomoeda do mercado, de modo geral, é mantida e apoiada pela comunidade, mineradores e investidores, pequenos e grandes, que acreditam no seu potencial como moeda. O Bitcoin não tem um país, não tem um dono e não tem impedimentos

para compra/uso por qualquer pessoa ou instituição. A Libra do Facebook, por outro lado, já deve nascer com uma ampla gama de apoio institucional e financeiro. Uma vantagem da Libra em face do Bitcoin, é o fato de que a base de usuários do Facebook é gigantesca. A ideia do Facebook é permitir que esses usuários e outros que também tenham interesse possam utilizar a Libra em transações cotidianas, algo que ainda está muito distante para o Bitcoin. Esse impacto de uma criptomoeda sendo negociada por bilhões de pessoas poderia mudar radicalmente a forma como tratamos o dinheiro.

Assim, temos que o sistema financeiro da Libra é composto por três partes que funcionarão juntas: a) É desenvolvido em um blockchain seguro, escalável e confiável - Blockchain Libra; b) Lastreado por uma reserva de ativos criada para garantir seu valor intrínseco - Reserva Libra; e c) É governado pela Associação Libra, uma organização independente encarregada do desenvolvimento do ecossistema.

A Libra será gerenciada, administrada a partir da carteira virtual chamada inicialmente de Calibra, que foi desenvolvida pelo Facebook. Através dela, o usuário poderá realizar suas transações como enviar, comprar ou sacar Libras on line. Através desta carteira, o usuário poderá gastar libras por meio de aplicativos. Poderá ser acessada pelo Messenger e pelo Whatsapp. Os investidores garantem que é uma “moeda” estável, uma vez que seu valor será vinculado a uma cesta de depósitos bancários e títulos de governo de curto prazo para um série de moedas internacionais historicamente estáveis, como o dólar, o euro, entre outras.

A Associação Libra controlará essa cesta de ativos podendo alterar o saldo de sua composição para compensar grandes alterações de preços em qualquer moeda estrangeira. Assim, o valor da Libra permanecerá consistente. A subsidiária de carteira da Libra foi renomeada. Antes Calibra, agora se chamará Novi. (MONEYTIMES).

3.2. DESCRENÇA E OPOSIÇÃO DOS GRANDES GOVERNOS À IMPLANTAÇÃO DA LIBRA

Como já citado, o Facebook pretende colocar a Libra em ação ainda em 2020, mas enfrenta resistência de reguladores. A insegurança do mercado econômico está justificada na falta de normatização envolvendo as transações. E, por não ser regulamentados, podem vir a contribuir para a prática de comportamentos ilícitos. Quanto à Libra, os opositores a sua implantação sugerem que se o Facebook e outras empresas quiserem se tornar um banco, elas devem obedecer a todas as regras bancárias, assim como outros bancos – nacionais e internacionais. (SPUTNIKNEWS).

Entre os maiores opositores ao lançamento da Libra está os Estados Unidos. Após declarações do presidente dos EUA, Donald Trump, em seu Twitter, atacando o bitcoin e a Libra, na Câmara de Representantes dos Estados Unidos, o comitê de serviços financeiros declarou que é necessário que o Facebook e seus parceiros imediatamente cessem os planos de implementação até que os reguladores e o Congresso tenham a oportunidade de examinar essas questões e tomar medidas.

Na carta enviada ao Facebook, o comitê de serviços financeiros da Câmara, liderado pelos democratas, declara que “como o Facebook já está nas mãos de mais de um quarto da população mundial, é necessário que o Facebook e seus parceiros imediatamente cessem os planos de implementação até que os reguladores e o Congresso tenham a oportunidade de examinar essas questões e tomar medidas”. Os representantes dizem que os investidores e consumidores que utilizarem o Libra “podem estar expostos a sérios problemas de privacidade e segurança nacional, riscos de cibersegurança e riscos de negociação”. O receio é de que falhas de segurança ou regulações impróprias possam ameaçar a estabilidade do sistema financeiro dos Estados Unidos e do mundo (TECNOBLOG).

O diretor do projeto no Facebook, David Marcus, participou de audiência sobre o tema na Comissão de Assuntos Financeiros do Senado dos Estados Unidos. Na ocasião, Marcus apontou que a regulação ficaria a cargo das autoridades suíças, uma vez que a associação formada para a empreitada está sediada neste país. O Facebook afirmou que não lançaria a moeda enquanto todos os problemas regulatórios não estivessem resolvidos. (EPOCANEgocios, 2019).

Dentre outros opositores ao lançamento da Libra estão os representantes dos Estados-membros do grupo - que reúne Alemanha, Canadá, Estados Unidos, França, Itália, Japão e Reino Unido, além da União Europeia - lançou uma declaração conjunta questionando o papel das moedas virtuais: “Os ministros e presidentes de bancos centrais estão de acordo em dizer que projetos como a Libra podem ter repercussões sobre a soberania monetária e o funcionamento do sistema monetário internacional.” (EPOCANEgocios).

O ministro da economia da França, Bruno Le Maire, também se junta ao grupo que se opõe ao uso do ativo digital no continente.

Seu temor se funda no fato de que essa criptomoeda pretende ser um dinheiro global de fácil acesso, com uma carteira digital que pode ser vinculada ao Messenger ou WhatsApp, ou seja, de fácil acesso a todos, podendo ser utilizada para fins ilícitos, como lavagem de dinheiro e financiamento de grupos terroristas. (TECMUNDO).

Hongzhang Wang, ex-presidente do Banco de Construção da China e um dos autores do prefácio do livro, em outro artigo sobre o livro, noticiado pelo jornal mesmo jornal chinês

esclarece que com a Libra surge a oportunidade de mudar o cenário, permitindo com que as empresas americanas criem um sistema capaz de “[...] ultrapassar AliPay ou WeChatPay”. (MONEYTIMES).

3.3 RESISTÊNCIA DOS GRANDES GOVERNOS AO LANÇAMENTO DA LIBRA, FAZ GRANDES EMPRESAS ABANDONAREM O PROJETO

Em razão da dificuldade na liberação, regulamentação e oposição dos grandes governos ao lançamento da Libra, muitos associados começaram a sair da Associação Libra. Visa e Mastercard, que são duas das maiores empresas de cartões e pagamentos do mundo, abandonaram o projeto junto com PayPal, eBay e Mercado Pago, entre outras. (TECMUNDO).

O principal problema está na falta de regulamentação. Governos de diversas partes do mundo e seus respectivos órgãos econômicos, que incluem os bancos centrais, precisam entrar em um acordo sobre a liberação da moeda e da carteira, assim como as operações da associação. (TECNOBLOG).

3.4 DA REGULAMENTAÇÃO DAS CRIPTOMOEDAS NO BRASIL

No Brasil, até o momento, temos a Instrução Normativa 1.888/19, da Receita Federal, a qual institui e disciplina a obrigatoriedade de prestação de informações relativas às operações realizadas com criptoativos à Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil. Assim, as pessoas físicas ou jurídicas ficam obrigadas a informar transações quando forem superiores à R\$ 30.000,00, com a finalidade de controle tributário sobre valores relevantes, mas que estão em desacordo com a política internacional.

Todavia, inexistente no Brasil uma Lei que atenda às orientações internacionais ALD. Até o momento temos em tramitação o Projeto de Lei nº 3.825/19, proposto pelo Senador brasileiro, Flávio Arns (Rede-PR), voltado exclusivamente para exchanges, elaborado a partir da análise dos crimes identificados pela operação Egypto em 2019 e o caso da pirâmide financeira baseada em criptomoedas, Kriptacoin (COINTELEGRAPH).

No Projeto de Lei, Arns cria uma regra que exige que as exchanges se submetam ao Banco Central do Brasil e também determina que o Bacen será o regulador responsável pelas plataformas: "Art 3 - O funcionamento da Exchange de criptoativos depende de prévia autorização do Banco Central do Brasil". (BRASIL, PROJETO DE LEI Nº 3825, 2019).

Em seu art. 5º, o Projeto de Lei nº 3.825/19 prevê quais serão as documentações necessárias para que as exchanges possam funcionar, como a justificativa fundamentada, documentação que identifique as pessoas que compõem o grupo econômico, o grupo de controle da empresa, a origem e movimentação financeira dos recursos do empreendimento, dentre outros (BRASIL, PROJETO DE LEI Nº 3825, 2019). O mesmo Projeto de Lei traz em seu art. 6º a proibição das exchanges de criptoativos em utilizar termos relativos ao Sistema Financeiro Nacional, como “banco” ou similares. (BRASIL, PROJETO DE LEI Nº 3825, 2019).

Fica claro, no art. 14, o papel de fiscalizador que terá o Banco Central do Brasil, ao estabelecer que todas as informações sobre movimentações deverão ser apresentadas à Receita Federal, e que a privacidade das plataformas também será afetada pois o Bacen poderá ter acesso universal e até em tempo real das negociações realizadas nas EXCHANGES (BRASIL, PROJETO DE LEI Nº 3825, 2019).

Merece destaque também o art. 17 desse Projeto de Lei, uma vez que traz uma penalidade exclusiva voltada as exchanges dentro da Lei nº 7492 - Lei do Colarinho Branco; Lei dos Crimes Financeiros; Lei dos Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional, acarretando aos gestores de exchanges, caso configurado o crime, a punição com multa e até 12 anos de prisão. (BRASIL. PROJETO DE LEI Nº 3825, 2019).

O PL estabelece também uma série de procedimentos, regras para as atuais plataformas que atuam no mercado, que as exchanges deverão adotar para obter aprovação do Bacen, em seu artigo 19, devendo obedecer a prazos e condições para adequação às disposições da lei. (BRASIL. PROJETO DE LEI Nº 3825, 2019). O Senador Arns destaca a importância da regulamentação das operações envolvendo as criptomoedas para maior segurança dos usuários:

— Acreditamos que esse é o impulso social e relevante que faltava para que o estado oferecesse as balizas mínimas regulatórias a fim de permitir não somente segurança jurídica para as operações, como também mecanismo de responsabilidade por danos no sistema. Então senhores é um assunto que certa forma já circula pelo Congresso há bastante tempo com projetos diferentes na Câmara, mas esse aqui com certeza vem a somar — disse o senador. (AGÊNCIA SENADO).

José Geraldo Franco, representante da Federação dos Bancos do Brasil (Febraban), disse em audiência pública no Senado que discutia sobre a regulamentação de criptoativos no Brasil - Projeto de lei 3.825/2019, no final de novembro de 2019, que a regulamentação do setor de criptomoedas deve ser a mesma das instituições bancárias. Entretanto, Franco salienta que essa regulamentação das criptomoedas não pode limitar essa indústria que está em crescimento, uma

vez que contribui para a geração de empregos e nas economias nacionais e internacionais. (AGÊNCIA SENADO).

Entende-se que esse Projeto de Lei é válido, uma vez que sugere inclusões legislativas que melhor se adequam à política internacional ALD. A falta de regulamentação das transações envolvendo criptomoedas no Brasil acarreta a prática de vários crimes, que justificam o movimento dos grandes países em impedir o lançamento da Libra.

3.5 ÚLTIMAS MODIFICAÇÕES NO PROJETO LIBRA - UMA RESPOSTA ÀS DIVERSAS MANIFESTAÇÕES GLOBAIS DE OPOSIÇÃO À CRIPTOMOEDA

Diante de tanta repercussão negativa entre os governos e bancos centrais, o Facebook se viu obrigado a agir para que sua moeda seja melhor aceita pelos principais órgãos reguladores da Europa e Estados Unidos. Tais oposições tinham como justificativas que a Libra oferecia um perigo real para a soberania monetária dos países. Com isso, o lançamento da stablecoin foi sendo adiado. Assim, o Facebook anunciou em abril do presente ano a mudança radical no projeto da Libra após forte pressão regulatória. O projeto, que antes era global, agora foi fragmentando em diferentes iniciativas locais. A medida adotada foi lançar uma moeda digital de caráter estatal para cada país. (WEBITCOIN). Agora, o projeto deve lançar stablecoins de moeda única, lastreadas em dólar americano, euro, libra esterlina e dólar de Singapura. (CRIPTONIZANDO).

A Associação Libra iniciou o processo para obter aprovação regulatória da Autoridade Supervisora de Mercados Financeiros da Suíça para a rede de pagamento tomando a decisão de trabalhar com diversas moedas de vários países. A ideia é facilitar o comércio local. A intenção é que todas as autoridades, bancos centrais e outros órgãos reguladores financeiros sejam incluídos no processo de licenciamento. (MOBILETIME).

4. CONCLUSÃO

Uma vantagem da Libra em face do Bitcoin, é o fato de que a base de usuários do Facebook é gigantesca. A ideia do Facebook é permitir que esses usuários e outros que também tenham interesse possam utilizar a Libra em transações cotidianas, algo que ainda está muito distante para o Bitcoin. Esse impacto de uma criptomoeda sendo negociada por bilhões de pessoas poderia mudar radicalmente a forma como tratamos o dinheiro. Destacamos o lado positivo da Libra: em primeiro lugar, sabe-se que há muitas pessoas no mundo que não têm

acesso a serviços financeiros. O Facebook é uma das formas delas terem contato com a internet. Aliás, um dos objetivos do Facebook é justamente a inclusão daqueles que não possuem contas bancárias, mas movimentam a economia por meio das transações online. Dessa forma, tem-se que a Libra será absolutamente transformadora para elas, possibilitando que esses usuários realizem transações financeiras através do Whatsapp ou do Messenger.

Outro ponto positivo pode ser citado: o Projeto Libra promete que todo o processo acontecerá sem taxas para os usuários e, principalmente, sem a flutuação usual vistas nas criptomoedas. A Libra será uma stablecoin, com lastro em moedas como o dólar, euro, a libra esterlina, o franco suíço e o iene, além de uma cesta de depósitos feitos pelas empresas que fazem parte da Associação Libra.

Em segundo lugar, é importante concebermos um mundo em que as pessoas estão pensando em outras modalidades de pagamento, aproveitando o avanço tecnológico. As pessoas, assim, começam a ver o potencial do blockchain, e vários governos e empresas estão cogitando essa utilização para melhorar suas operações. Por outro lado, temos que salientar que um ponto negativo desse projeto está no fato de que o Facebook sofre críticas por seu formato, muitas vezes silencioso frente às manifestações não democráticas. Podemos citar a Campanha "Stop Hate for Profit" ("Pare o ódio pelo lucro") que começou nos Estados Unidos, mas já tem reflexos em outros países, incluindo o Brasil, onde empresas decidiram suspender a publicidade na rede social - Facebook – justificando que a mesma não adotou uma política clara e eficaz para combater o discurso de ódio e racista em sua plataforma.

Podemos incluir, também, a essa rede social a visão de não ser muito confiável por inúmeras situações já vivenciadas ao longo dos anos. Em 2018, o Facebook teve vazamentos de dados que atingiu 30 milhões de usuários. No início de 2019, a rede social fez com que dados de 419 milhões de pessoas fossem expostos. Mas, foi no final de 2019, que o Facebook sofreu um dos maiores vazamentos de dados da história da empresa. IDs da rede social, número de telefone e nomes reais de 267 milhões de usuários foram expostos na internet. Outro ponto preocupante deste projeto é a concessão do aumento do poder do Facebook, que passará a ter acesso a dados financeiros. Além de imaginarmos que um homem – Mark Zuckerberg - terá controle sobre o sistema financeiro mundial.

Também somos da mesma opinião do Senador Arns, segundo o qual, não basta só regulamentar a criptomoeda, mas, inclusive, as operações, mantendo a transparência nos recursos que estarão sendo utilizados em termos de identificação das pessoas de processamento da origem. O que nos resta é aguardar o lançamento da Libra - se é que será lançada - para saber

se ela será capaz de mudar a forma como tratamos o dinheiro e cumprir seu objetivo de atingir um grande número de pessoas.

Se ocorrer a implantação da Libra nos moldes que temos hoje, será que os governos favorecerão suas próprias moedas ou a moeda de uma empresa privada? Concordamos com o pensamento de José Geraldo Franco, representante da Federação dos Bancos do Brasil (Febraban), de que a regulação da Libra não pode correr o risco de limitar uma indústria em crescimento, que vem contribuindo para a geração de empregos e movimentação da economia nacional e internacional. Uma certeza é que se o Facebook não lançar a Libra, será qualquer outra grande empresa que lançará sua moeda digital. Os governos precisam começar a pensar em como será um mundo em que as moedas tradicionais podem não ser a escolha principal das pessoas. Mas, como já dito, o obstáculo está em como aplicar regras a um produto que é essencialmente digital.

Por fim, a conclusão é que, no Brasil, inexistente, até o momento, uma norma que atenda às políticas da ALD - Anti-Lavagem de Dinheiro. Como foi discutido neste artigo, somente existe um Projeto de lei nº 3.825/2019 que está aguardando aprovação. Salienta-se que, se aprovado, aí sim, poderemos dizer que teremos uma legislação que atenda fielmente às orientações internacionais para combate da lavagem de dinheiro através das criptomoedas.

REFERÊNCIAS

AGÊNCIA SENADO. *Regulamentação de criptoativos deve seguir as regras do sistema bancário*. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2019/11/05/regulamentacao-de-criptoativos-deve-seguir-as-regras-do-sistema-bancario-defende-febraban-em-audiencia>. Acesso em: 22 abr. 2020.

BIZBRAZIL MAGAZINE. *Os riscos da Libra, a criptomoeda do facebook*. Disponível em: <https://bizbrazilmagazine.com/os-riscos-da-libra-a-criptomoeda-do-facebook/>. Acesso em: 25 ago. 2020.

BLOCKMASTER. *Duelo de gigantes: as diferenças entre bitcoin e libra*. O bitcoin é atualmente a principal criptomoeda do mercado, mas a Libra acumula especulações fortes o suficiente para se tornar a principal moeda mundial. Por Gabriel Dias. Disponível em: <https://www.blockmaster.com.br/noticias/duelo-de-gigantes-as-diferencas-entre-bitcoin-e-libra/>. Acesso em: 15 set. 2020.

BRASIL. *Projeto de Lei nº 3825, de 2019*. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/137512>. Acesso em: 22 abr. 2020.

CAMPOS, Emília Malgueiro. *Criptomoedas e Blockchain: o direito no mundo digital*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

COINTELEGRAPH. *Senador cria Projeto de Lei com regras para exchanges no Brasil e estabelece prisão de 12 anos por gestão fraudulenta*. Disponível em:

<https://cointelegraph.com.br/news/senador-cites-crimes-and-pyramids-and-creates-specific-bill-to-regulate-exchanges-in-brazil>. Acesso em: 22 abr. 2020.

COINTIMES. *Zuckerberg revela como o Facebook vai lucrar com a Libra*. Disponível em: <https://cointimes.com.br/zuckerberg-revela-como-o-facebook-vai-lucrar-com-a-libra/>. Acesso em: 25 ago. 2020.

CRIPTONIZANDO. *Facebook renomeia carteira digital da Libra após abandonar o plano original da moeda*. Disponível em: <https://criptonizando.com/2020/05/26/facebook-renomeia-carteira-digital-da-libra-apos-abandonar-o-plano-original-da-moeda/>. Acesso em: 29 ago. 2020.

EPOCANEGOCIOS. *Criptomoeda Libra respeitará regras de cada país, diz CEO da Paypal*. 04 ago. 2019. Disponível em:

<https://epocanegocios.globo.com/Mundo/noticia/2019/08/criptomoeda-libra-respeitara-regras-de-cada-pais-diz-ceo-da-paypal.html>. Acesso em: 22 abr. 2020.

HADASSAH, Laís De Sousa Santana; MORAES, Felipe Américo. *Regulação das criptomoedas: política anti-lavagem de dinheiro*. *Revista Unicuritiba*. v. 1, n. 22 (2019). Disponível em:

<http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RIMA/article/view/3959/371372288>. Acesso em: 22 abr. 2020.

KADAMANI, Rosine. *Criptomoedas são moedas? In: PISCITELLI, Tathiane (Coord.). Tributação da Economia Digital*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

LIVECOINS. *Congressistas entendem a diferença entre a Libra e o Bitcoin*. Um é projeto empresarial e o outro descentralizado? Por [Gustavo Bertolucci](#). Disponível em: 17/07/2019 <https://livecoins.com.br/congressistas-entendem-a-diferenca-entre-a-libra-e-o-bitcoin/>. Acesso em: 15 set. 2020.

MOBILETIME. *Libra: após pressão regulatória, Facebook simplifica projeto*.

Disponível em: <https://www.mobiletime.com.br/noticias/21/04/2020/libra-apos-pressao-regulatoria-facebook-simplifica-projeto/>. Acesso em: 22 abr. 2020.

MONEYTIMES. *Cryptotimes. Calibra, subsidiária de carteira digital do Facebook, passa por reformulação*. <https://www.moneytimes.com.br/fast/calibra-subsidiaria-de-carteira-digital-do-facebook-e-renomeada/>. Disponível em: 22 abr. 2020.

NEW GREENFIL. *Comércio e reciclagem de metais. A história das moedas*. Disponível em: <https://www.newgreenfil.com/pages/a-historia-das-moedas>. Acesso em: 22 abr. 2020.

OLHAR DIGITAL. *Febraban defende mesma regulamentação de bancos para setor de criptomoedas*. 08/11/2019. 16h30. Disponível em:

<https://olhardigital.com.br/pro/noticia/febraban-defende-mesma-regulamentacao-de-bancos-para-setor-de-criptomoedas/92768>. Acesso em: 22 abr. 2020.

PORTAL SÃO FRANCISCO. *História da moeda*. Disponível em: <https://www.portalsaofrancisco.com.br/historia-geral/historia-da-moeda>. Acesso em: 22 abr. 2020.

RECEITA FEDERAL. *Instrução normativa rfb n 1888, de 03 de maio de 2019*: Institui e disciplina a obrigatoriedade de prestação de informações relativas às operações realizadas com criptoativos à Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil (RFB). Disponível em: <http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?visao=anotado&idAto=100592>. Acesso em: 22 abr. 2020.

SPUTNIKNEWS. *Por que Trump teme o futuro do dólar e declara guerras às criptomoedas*. Disponível em: <http://br.sputniknews.com/amp/opiniao/2D190723142263079-por-que-trump-teme-o-futuro-do-dolar-e-declara-guerra-as-criptomoedas>. Acesso em: 20 abr. 2020.

TECMUNDO. *Cadê a Libra, a criptomoeda do Facebook?*. 29/03/2020. Disponível em: <https://www.tecmundo.com.br/mercado/151507-cade-libra-criptomoeda-facebook.htm>. Acesso em: 22 abr. 2020.

TECNOBLOG. *EUA mandam Facebook interromper lançamento de criptomoeda Libra*. Representantes querem analisar riscos da Libra à segurança nacional e ao mercado financeiro global. 07/07/2019. Disponível em: <https://tecnoblog.net/297237/eua-mandam-facebook-intromper-lancamento-de-criptomoeda-libra/>. Acesso em: 22 abr. 2020.

TECNOBLOG. *Facebook Libra perde apoio da Visa, Mastercard e eBay*. Com pressão de reguladores a criptomoeda do Facebook já havia perdido o apoio do Paypal. 11/10/2019. Disponível em: <https://tecnoblog.net/310829/facebook-libra-perda-apoio-visa-mastercard-ebay/>. Acesso em: 22 abr. 2020.

TODA MATÉRIA. Geografia. *Escambo*. Disponível em: <https://www.todamateria.com.br/escambo>. Acesso em: 22 abr. 2020.

Data de submissão: 12/11/2020
Data de aprovação: 04/12/2020
Data de publicação: 31/12/2020

Este trabalho está licenciado sob uma licença [Creative Commons Attribution 4.0 International License](https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/).

O NOVO DIREITO CONSTITUCIONAL DE PROTEÇÃO AO CONSUMIDOR: POLÍTICAS PÚBLICAS E JUDICIÁRIO

THE NEW CONSTITUTIONAL LAW OF CONSUMER PROTECTION: PUBLIC POLICIES AND JUDICIARY

Alexandre Coutinho Pagliarini*

Maria Fernanda Augustinhak Schumacker Haering Teixeira**

*Pós-Doutor em Direito Constitucional pela Universidade de Lisboa. Doutor e Mestre em Direito do Estado pela PUC/SP. Professor Titular dos Cursos de Mestrado e Graduação em Direito da UNINTER (Curitiba-PR). Diretor de Relações Internacionais do Instituto de Direito Constitucional e Cidadania (IDCC).

E-mail:
alexandrepagliarini@terra.com.br

Curriculum Lattes:
<http://lattes.cnpq.br/1618544193350080>

ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-5257-2359>

**Mestranda em Direito na área de Poder, Estado e Jurisdição pelo Centro Universitário Internacional (UNINTER) com bolsa integral concedida pelo Programa de Pós-Graduação (PPGD), sob a orientação do Prof. Dr. Alexandre Coutinho Pagliarini. Pós-Graduada em Direito Previdenciário e Direito e Processo do Trabalho pelo Centro Universitário Autônomo do Brasil (UNIBRASIL). Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Curitiba (UNICURITIBA). Advogada.

E-mail: mfschumacker@gmail.com

Curriculum Lattes:
<http://lattes.cnpq.br/3410375654168739>

ORCID:
<https://orcid.org/0000-0001-9882-6203>

Como citar: PAGLIARINI, Alexandre Coutinho; TEIXEIRA, Maria Fernanda Augustinhak Schumacker Haering. O novo Direito Constitucional de proteção ao consumidor: políticas públicas e judiciário. *Revista do Instituto de Direito Constitucional e Cidadania – IDCC*, Londrina, v. 5, n. 2, e010, ago/dez, 2020. ISSN: 2596-0075. DOI: 10.48159/revistadoidcc.v5n2.pagliarini.teixeira

Resumo: O artigo tem por objetivo geral a análise do novo Direito Constitucional e a atuação do Poder Judiciário em matéria de políticas públicas destinadas à proteção do consumidor. O texto discorre, previamente, sobre os aspectos gerais do novo Direito Constitucional, também denominado neoconstitucionalismo, e sua perspectiva no auxílio do desenvolvimento do sistema normativo para então versar, na sequência, sobre a consolidação constitucional e a judicialização da política no tocante à normatividade estatal e o posicionamento do Poder Judiciário frente ao resguardo da proteção do consumidor como um direito fundamental. Ao final, é possível verificar que a atuação jurisdicional para a efetivação de políticas públicas voltada à proteção do consumidor deve ocorrer sempre que houver violação à norma, a fim de que os consumidores possam ser socorridos pelo Poder Judiciário para o resguardo dos seus direitos e não fiquem marginalizados. Trata-se este estudo de análise empírico-teórica, com a utilização de metodologia qualitativa.

Palavras-chave: Direito Constitucional; Direito Fundamental; Proteção do consumidor; Políticas Públicas.

Abstract: The article has as its general objective the analysis of the new Constitutional Law and the performance of the Judiciary in matters of public policies aimed at consumer protection. The text discusses, previously, the general aspects of the new Constitutional Law, also called neoconstitucionalism, and its perspective in helping the development of the normative system to then deal, subsequently, with the constitutional consolidation and the judicialization of the policy regarding the state normativity and the Judiciary's position on protecting consumer protection as a fundamental right. In the end, it is possible to verify that the judicial action for the implementation of public policies aimed at consumer protection must

occur whenever there is a violation of the rule, so that consumers can be helped by the Judiciary to protect their rights and not marginalized. This is a study of empirical-theoretical analysis, using qualitative methodology.

Keywords: Constitutional Law; Fundamental Right; Protection of consumer; Public policies.

INTRODUÇÃO

Com a promulgação da Constituição de 1988, demarcou-se a ascensão dos direitos fundamentais, principalmente no que tange a igualdade, a dignidade da pessoa humana e a inclusão da defesa do consumidor como um direito fundamental, inaugurando-se o denominado Estado Democrático de Direito. Por isso, surge a necessidade de se estudar as mudanças nos métodos interpretativos e na aplicação do Direito, discutindo o papel do Poder Judiciário atualmente.

A corrente neoconstitucionalista será exposta como um método que trabalha com a efetividade constitucional. Demonstrar-se-á as funções dos princípios e das regras, com embasamento na força normativa estatal e no afino do Poder Judiciário ao constatar a pluralidade de ofícios assumidos quando apurada a inércia dos demais Entes estatais, pois a legalidade estrita abre caminho à interpretação moral do Direito.

O anseio por justiça toma cada vez mais os sujeitos de direitos, requerendo o exercício de sua cidadania e seu reconhecimento no círculo social, exercendo sua legitimidade ativa para demandar. Por conseguinte, as demandas suscitando a efetivação das políticas públicas, em especial no tocante à defesa do consumidor, por meio de decisões judiciais mostram-se cada vez mais expressivas, caracterizando o fenômeno da judicialização da política.

Sendo assim, será explanado o campo de atuação do Poder Judiciário, quanto a sua legitimidade em proceder, por meio do exercício jurisdicional, as lacunas deixadas pelo Poder Legislativo e Executivo, ajustando os recursos disponíveis e reservados para o manuseio das políticas públicas, a fim de proteger os direitos do consumidor.

1. ASPECTOS GERAIS DO NOVO DIREITO CONSTITUCIONAL

A expressão “neoconstitucionalismo” foi criada com o objetivo de representar uma corrente “antipositivista”, pois introduziu um modelo jurídico valorativo, rompendo com os paradigmas tradicionais de sistema descritivo/organizacional do poder. Neste sentido, o direito só passa a ser justo, se válido, e só será válido, se for moralmente correto (DUARTE; POZZOLO, 2010:78). Este modelo neoconstitucional surgiu da necessidade de se admitir um modelo prescritivo da Constituição como norma.

Baseado em um sistema composto também por princípios, o neoconstitucionalismo buscou a consolidação da jurisdição constitucional através da interpretação moral, com o objetivo de assegurar a efetivação dos direitos fundamentais (DUARTE; POZZOLO, 2010:78).

Ele foi adotado por Constituições extensas, as quais passaram a contemplar a estruturação dos poderes e apresentar um extenso rol protetivo atinente aos direitos fundamentais. A preferência pela adoção deste modelo decorreu da consagração dos postulados fundamentais como representação de um sistema justo e legal (BARROSO, 2015:23-50).

Para que haja uma melhor compreensão acerca do sistema jurídico, imperioso se faz a diferenciação entre regras e princípios. As regras são compreendidas por disposições descritivas que regulam o modo de agir do indivíduo, separando o que deve e o que não deve ser feito e estabelecendo um julgamento concreto e preciso ao caso. Já os princípios são compostos por critérios avaliativos, os quais estabelecem os efeitos de determinada conduta no mundo dos fatos, em conformidade com o bem jurídico tutelado (CAMBI, 2011:91).

Os princípios também são considerados como “mandamentos de otimização”, pois não é possível promover a sua integralidade, haja vista que se consagram de diversos modos e variam de acordo com a realidade adotada em cada caso. Neste mesmo sentido, diferentemente das regras, os princípios também não abrangem expressamente prescrições comportamentais, pois eles possuem a função de estabelecer fins relevantes ao caso concreto, os quais serão analisados na medida de seus conteúdos através da ponderação e do balanceamento (DIDIER; OLIVEIRA, 2019:143-160). Após a verificação da necessidade de proteção de outros bens jurídicos, será atribuído a cada princípio um determinado peso, a fim de se chegar a uma decisão equilibrada e razoável (CAMBI, 2011:92).

A principal diferença entre regras e princípios consiste no fato de que as primeiras são aplicadas por subsunção, ao passo que os segundos são aplicados por ponderação. As Constituições mais modernas, à exemplo do Brasil, contém em seu texto princípios e valores, sendo possível concluir que a vontade do legislador constituinte é a de atribuir à realidade uma carga valorativa própria. Não obstante, para que isso seja possível, ainda que exista a aplicação das regras, é necessário que haja a incidência direta dos princípios sobre os eventos diários dos indivíduos (DANTAS, 2005:66).

Neste sentido, o neoconstitucionalismo possibilitou alcançar a ruptura entre a discricionariedade do magistrado no momento em que o juízo de legitimidade se perfez em uma norma de valor, positivada e reconhecida constitucionalmente, impondo a atividade interpretativa do jurista aos ditames axiológicos desígnios de conhecimento (DUARTE; POZZOLO, 2010:83).

Igualmente, é possível verificar que os fatores determinantes para a ruptura do formalismo jurídico são o modo de concepção da Constituição e sua respectiva função dentro

do ordenamento jurídico, haja vista que o Estado Constitucional não se identifica com o método de adequação do fato à norma, todavia prevê que o direito pode ser provido de qualquer conteúdo, alheio à mera conjunção legal. O texto constitucional da atualidade implica na adequação do sistema jurídico aos princípios da justiça nele expressos, motivo pelo qual o direito não se esgota na lei.

A perspectiva neoconstitucionalista tem como objetivo auxiliar no desenvolvimento do bem comum, sem o uso da força, por tratar-se de um sistema normativo. Assim, foi atribuída à Constituição a missão de modular as relações sociais através da concretização dos princípios ali expressos. A Carta deixa de ser vista como um limite de atuação política para ser vista como um norteador das ações do legislador, incompatível com a preservação da estrita legalidade e em conformidade com a modulação social virtuosa, atrelada a valores morais, éticos e afins (DUARTE; POZZOLO, 2010:91).

Os princípios, em um sistema normativo, constituem elementos intrínsecos ao ordenamento jurídico e são determinados pelos próprios valores constitucionalizados. Anteriormente não possuíam força vinculante, mas agora representam diretrizes a serem seguidas por todos os Poderes (DUARTE; POZZOLO, 2010:93). As Constituições contemporâneas são pautadas no princípio da maioria, pois ditam valores e parâmetros políticos fundamentais que devem ser respeitados frente às minorias. Deste modo, é estabelecida a vinculação dos Poderes, dirimindo seu poder discricionário de atuação, com o objetivo de assegurar o direito de todos os indivíduos (CAMBI, 2011:37).

Neste mesmo sentido, é possível verificar que a dignidade da pessoa humana representa o “núcleo axiológico da tutela jurisdicional” das Constituições contemporâneas, pois protegem os indivíduos de modo singular para com os demais sujeitos inseridos na sociedade. Com o objetivo de se extrair a máxima efetividade do texto constitucional, este vem carregado de novas exigências, representando que os indivíduos deixaram de ser meros subordinados do poder, pois os valores constitucionais passaram a abranger toda e qualquer relação jurídica, pública ou privada, quando constatado que uma das partes teve seu direito violado ou está sob ameaça de lesão (CAMBI, 2011:38).

A Constituição brasileira de 1988 reconheceu a figura do consumidor como um novo sujeito de direitos e lhe assegurou a proteção constitucional em seu artigo 5º, XXXII (BRASIL, 1988), bem como determinou no artigo 48 (BRASIL, 1988), do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, o mandamento de criação do Código de Defesa e Proteção do Consumidor. De tal modo, o Código de Defesa do Consumidor (CDC) foi instituído através da

Lei n. 8.078 de 1990 (BRASIL, 1990), representando, assim, o conjunto de normas e princípios especiais, cujo objetivo consiste na promoção da defesa dos consumidores (BENJAMIN; MARQUES; BESSA, 2013:33).

Deste modo, o neoconstitucionalismo representa um sistema que abrange a pluralidade de culturas e ações dos seres humanos e suscita por um direito concebido de modo aberto, variável e móvel.

2. CONSOLIDAÇÃO CONSTITUCIONAL E JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA

O instituto da judicialização da política possui origem norte-americana e se expandiu aos demais países através da política *The Global Expansion Judicial Power* (CAVALCANTE; ROCHA JR, 2017:4-32). No Brasil, as questões relacionadas ao protagonismo judicial ganharam destaque a partir da Constituição Federal de 1988, a qual prevê em seu artigo 5º, XXXV (BRASIL, 1988) que toda lesão ou ameaça de lesão a direitos pode ser direcionada ao Poder Judiciário (NASCIMENTO; PEREIRA, 2016:565-585). Por isso, o objetivo deste tópico é aclarar o alcance da supramencionada previsão constitucional, uma vez que se refere à tutela dos direitos fundamentais, dentre os quais se encaixa a proteção dos consumidores.

A Constituição resguarda os direitos, e em sua maioria, tais preceitos são frutos de conjunções políticas. Sendo assim, o direito constitucional foi judicializado a partir da ideia de que a política, meio representativo dos conflitos sociais e direitos fundamentais, ao decorrer da história negados, foram transferidos para a esfera do direito público.

A promoção da proteção do consumidor representa uma prestação protetiva e positiva do Estado, através dos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário (BENJAMIN; MARQUES; BESSA, 2013:33). Logo, é possível dizer que há uma relação de complementariedade entre o direito e a política. Deve-se observar que o direito constitucional situa o poder político e vice-versa. A organização do poder político é uma exigência do Estado de Direito constitucional, o qual obriga à legitimação de seu poder (CAMBI, 2011:211).

O controle jurídico da legitimidade do poder político ocorre através da jurisdição constitucional, pois nenhum dos Poderes está locado acima do texto constitucional. Quaisquer desvios ou práticas abusivas por uma das instâncias pode ser limitada pelo órgão jurisdicional competente. Não há, portanto, nenhum óbice quanto ao acesso à justiça, uma vez que se

possibilita respaldo ao interesse jurídico, embasando-se nos ditames fundamentais (CAMBI, 2011:212).

Deste modo, o Poder Judiciário não pode se valer do argumento de que quando se trata de questões políticas, sejam emanadas pelo Legislativo ou pelo Executivo, não há a sua intervenção, em atenção a teoria da autolimitação dos poderes, ou até mesmo por se referir ao juízo de conveniência e oportunidade. A função do magistrado constitucional é de fiscalização, seja do legislador ordinário ou do administrador público, quando houver ofensa constitucional, independentemente de ser ato legislativo, executivo ou administrativo (CAMBI, 2011:212).

O legislador ordinário pode ser advertido pelo juiz constitucional “na medida de sua vinculação à Constituição”, independente do mérito da causa ser legislativa ou administrativa. Se verificado que o legislador ou o administrador feriu preceito constitucional, não resta nenhuma dúvida quanto a inconstitucionalidade a ser declarada pelo magistrado, não havendo relação por se tratar de “decisões políticas envolvidas” (CAMBI, 2011:213).

No tocante aos direitos fundamentais, assinala-se que no sistema brasileiro há uma conjugação operacional muito complexa, envolvendo diversas vias de ação, muitas vezes sobrepondo competências, com o intuito de propiciar efetividade ao texto constitucional em relação ao resguardo da dignidade da pessoa humana (VALLE, 2009:36). Pode-se afirmar que a inclusão da defesa do consumidor como um direito fundamental na Carta brasileira significa, também, “uma garantia constitucional desse ramo do direito privado, um direito objetivo (na lei, no sistema posto de direito) de defesa do consumidor” (BENJAMIN; MARQUES; BESSA, 2013:35), também denominada de “força normativa” constitucional.

A partir de uma visão neoconstitucionalista, não há mais como se falar na necessidade de normas programáticas, inerentes aos direitos prestacionais. Pelo contrário, estão instituídos no ordenamento jurídico como princípios, exigindo a observância pelo legislador e pelo administrador, caracterizando o modelo prescritivo da Constituição. Sendo assim, todo e qualquer direito fundamental é posicionado juridicamente assumindo extensão positiva e de defesa. Por isso, ultrapassada a ideia de que não haveria legitimidade por parte do Poder Judiciário em atender as demandas que impliquem determinação e execução compulsória, que, via de regra, pertenceriam aos Poderes Públicos (ROSSI, 2008:18).

Portanto, a visão neoconstitucional conduz a percepção da centralidade assumida pelos direitos fundamentais no texto constitucional, exigindo assim uma interpretação a eles diferenciada, por conseguinte, “noções como a de eficácia privada ou horizontal destes direitos, a proibição do retrocesso social, a maximização ou efetividade, a restringibilidade excepcional

e a projeção positiva”, são definições que devem ser cumpridas quanto à interpretação e aplicação dos direitos acima mencionados (ROSSI, 2008:18).

A indeterminação dos postulados fundamentais estaria ligada e limitada ao âmbito político, além de que, a tomada do Poder Judiciário pela concretização de tais direitos entraria na seara orçamentária estatal. Referido deslocamento de competências e projetos ocasionaria a colisão de normas constitucionais, que poderia se dar de forma grandiosa, opondo de um lado o resguardo de direitos, e de outro, ficando à mercê da ofensa aos princípios da separação dos poderes, bem como do princípio democrático (SILVA; BAHIA, 2018:163-190).

Diante da problemática, para que fosse possível a concretização dos direitos fundamentais pela via judicial, ocorreu o afastamento por parte do Poder Judiciário do princípio da separação dos poderes, uma vez que ficara entendido a desconsideração por parte do Poder Legislativo e do Poder Executivo como entes primordiais na implementação de políticas públicas (GUEDES, 2009:786).

Para esclarecer as discussões acerca da judicialização, trabalhou-se com a visão procedimentalista e com a visão substancialista. A visão procedimentalista afirma que um Estado atulhado de novas incumbências sensibilizaria o sentido impositivo das leis e fragilizaria a democracia participativa, uma vez que o sujeito de direitos se tornaria mero cliente do Poder Judiciário, sendo desnecessária a sua participação no processo democrático, pois o juiz passa a lhe assegurar aquilo que venha precisar (ANDRADE, 2009:149).

Em contrapartida, a visão substancialista afirma que a democracia participativa não seria sensibilizada, ao contrário, seria efetivada, pois abre-se espaço para que o cidadão possa discutir as ações governamentais que tutelam os seus próprios direitos (VILLALOBOS, 2019:221-241). Por isso, a atuação do Judiciário frente às políticas públicas estaria legitimada, zelando pelo exercício da cidadania e do reconhecimento do indivíduo como sujeito de direitos inserido no âmbito social (ANDRADE, 2009:149).

A crítica da doutrina ao procedimentalismo baseia-se no fato de que esta teoria é pautada em uma democracia idealizada, que não é capaz de fornecer elementos materiais para que os direitos individuais sejam exercidos por todos os indivíduos. Já a corrente substancialista interpreta a vontade do todo, além de dizer os valores implícitos na legislação. Portanto, ainda que contra a vontade de aleatórias maiorias, a jurisdição deve respaldar as políticas não cumpridas, com base na “força normativa aos princípios e regras constitucionais” (CAMBI, 2011:288-289).

À princípio, decorrente de sua localização, os deveres prestacionais e protetivos do Estado estão vinculados e consagrados pelo princípio da supremacia da Constituição, não apenas pelo legislador que os introduzam no sistema, como também Poder Executivo e Judiciário quando, exercendo suas respectivas funções, produzam atos administrativos e jurisdicionais (GUEDES, 2009:788).

O legislador está vinculado ao dever de proteção, porém restrito ao espaço e a liberdade concedida no âmbito legislativo, principalmente no que tange a proteção e as práticas assecuratórias envolvendo bens e liberdades individuais perante terceiros. Já os membros do Executivo, estão limitados a prática de atos no que concerne ao provimento executivo das normas que tutelam as garantias dos direitos fundamentais, ou que suscitam proteção diante de casos concretos. Agora o Poder Judiciário guarda além da ligação aos direitos fundamentais, a tarefa de vigiar os demais poderes, pois estes devem obediência as normas de proteção aos indivíduos, não os deixando decidirem de modo arbitrário e assim se dar por suficiente a incumbência de proteção aos direitos fundamentais (GUEDES, 2009:789).

Conforme o exposto, é possível observar que foram muitas as mudanças que sobrevieram à Constituição de 1998, e uma das que merece mais destaque refere-se à atuação jurisdicional. À princípio, constatou-se o aumento repentino dos números de ações ajuizadas com o intuito de tutelar direitos sociais – aqui inserido o direito do consumidor (BENJAMIN; MARQUES; BESSA, 2013:31), nas quais é possível observar que as políticas públicas pleiteadas em tais demandas correspondem às competências legislativas e executivas, portanto, inviabilizadas em um primeiro momento quanto à intervenção estatal. Porém, os magistrados tomaram frente quanto à realização das ações governamentais, sendo aceito pela sociedade sem muitos embargos, e muitas vezes até prestigiados.

Em relação às transformações no âmbito da jurisdição constitucional conjugada à atuação estatal e os poderes a ela inerentes, é possível pontuar que o juiz, anteriormente visto como solucionador de conflitos, não está mais restrito ao mero cumprimento legal, haja vista que sua função agora está associada ao resguardo dos fundamentos de justiça elencados na Constituição, passando a ser garantidor dos direitos fundamentais (PESSOA, 2014:73-95).

A concepção de um juiz neutro, que intervinha nas relações jurídicas quando suscitado pelas partes, é substituída por uma visão de concretização constitucional. Isso significa que a neutralidade deu espaço para decisões categóricas, apagando-se a desagregação das decisões judiciais e políticas e abrindo-se espaço para que ambas possam caminhar juntas (NETO, 2012:522).

Há que se observar que a transferência da defesa dos direitos fundamentais para a jurisdição constitucional é um método que causa controvérsias, pois haverá situações em que a intervenção judicial se fará inexecutável, sejam por questões técnicas ou substanciais, pela afronta ao princípio da separação dos Poderes ou até mesmo pelas discrepâncias na aplicação dos direitos prestacionais.

Não obstante, é possível constatar que o fenômeno da judicialização da política tem como meta a supremacia constitucional, pois se trata de um direito fundamental que legitima a atuação do Judiciário na efetivação das políticas públicas, ainda que conflitante com os demais Poderes (TASSINARI, 2018:95-112).

Através da judicialização da política, o Poder Judiciário concede ao sujeito de direitos a chancela estatal que corresponde à efetividade dos ditames fundamentais, não permitindo que os procedimentos governamentais afrontem as prioridades da justiça social. Deste modo, tornam-se claras as dificuldades enfrentadas para proteger, fiscalizar e manifestar a atuação estatal nos casos concretos.

3. O NOVO DIREITO CONSTITUCIONAL DE PROTEÇÃO AO CONSUMIDOR: POLÍTICAS PÚBLICAS E JUDICIÁRIO

O texto constitucional dispõe os traços normativos que permeiam a concretização dos direitos fundamentais e estabelece a necessidade de implementação de políticas públicas referente a tais direitos. A função primordial do juiz é o de conferir força normativa constitucional, sem absorver o caráter político reservado aos embates dominantes acerca das políticas públicas (CAMBI, 2011:270).

Neste sentido, não há como negar a atuação jurisdicional frente às políticas públicas, sob pena de violação aos mandamentos da Carta Magna, uma vez que a jurisdição detém o poder de preservar/resguardar os postulados fundamentais, além de ser o parâmetro basilar de uma democracia (CAMBI, 2011:270).

A atuação dos órgãos judiciais quanto à realização das políticas públicas, seja na sua implementação, controle ou execução, não deve ser descompassada, devendo ocorrer quando presente um “dever legal ou constitucional violado”. Isso significa que o juiz não possui liberdade absoluta para tratar sobre o tema, estando restrito à interpretação sistêmica da Constituição ou dos textos legais que se enquadram na solução do caso concreto (CAMBI, 2011:272).

Cumprir destacar que o magistrado e o legislador exercem funções e atividades distintas. O magistrado não opera mediante a edição de normas gerais, pois é chamado para a lide por meio das partes integrantes do processo. Cabe a ele decidir e fundamentar as decisões proferidas, ainda que ausente uma norma geral que regule a situação fática. O exercício da atividade judicante não está vinculado ao estrito cumprimento legal, devendo o caso ser solucionado do modo mais adequado possível (CAMBI, 2011:277).

Os magistrados não usufruem de um mandato popular e também não podem agir de ofício, sendo que o texto constitucional exige a motivação de suas decisões, prescrição esta que não sujeita aos legisladores. O juiz e o Tribunal não são rotulados como representantes do povo, porém a função que exercem faz com que atuem representando-os, pois se aplica a justiça em prol da sociedade, da população (CAMBI, 2011:277).

A Constituição Federal de 1988, ao reconhecer o consumidor, individual e coletivo, como sujeito de direitos, assegurou a sua proteção constitucionalmente como um direito fundamental e como princípio da ordem econômica nacional (BENJAMIN; MARQUES; BESSA, 2013:33). Logo, a jurisdição constitucional está voltada a correção dos atos inconstitucionais emanados pelo legislativo, motivo pelo qual não há que se falar em atuação em desfavor do povo, pois tem o intuito de proteger a sociedade de ações e omissões que contrariam o texto constitucional por parte dos governantes (CAMBI, 2011:279).

Há quem afirme, também, que um juiz ao dispor sobre uma norma que regulamenta uma política pública, criaria um novo dever, e por este motivo, após a sucessão dos fatos, a parte perdedora iria ser punida e surpreendida por uma disposição retroativa. Contudo, tal alegação não prospera diante dos direitos fundamentais, tendo em vista que o órgão judicial visa protegê-lo e não positivá-lo (CAMBI, 2011:280).

Ainda, o Poder Judiciário ao tutelar os direitos fundamentais e requerer a execução das políticas está legitimado por duas correntes: a formal, que decorre da vinculação do juiz ao princípio da legalidade, e a substancial, que consiste na permissão de se discutir a validade da lei a luz do texto constitucional, podendo ser declarada inconstitucional caso a contrarie (CAMBI, 2011:280).

A distribuição dos bens propriamente empregados para a tutela das políticas não pode ocorrer diretamente pelo Poder Judiciário, o qual está incumbido apenas de tutelar os meios empregados para a efetivação das ações governamentais, quando suscitada a sua proteção, a fim de garantir os direitos fundamentais que não estejam sendo efetivados. Logo, sua

intervenção está limitada a determinados casos concretos, ante a não observância de um direito ou a ausência de implementação de políticas públicas (CAMBI, 2011:281).

A promoção dos direitos fundamentais ocorre através de ações ou omissões dos órgãos estatais. Cabe ao Poder Legislativo e ao Poder Judiciário a manutenção dos dispositivos constitucionais e seu devido cumprimento. Portanto, o legislador manuseia as matérias constitucionais e o órgão jurisdicional assume a tarefa de resguardar seu texto, de modo direto e indireto. A diferença é que as decisões judiciais repercutem efeitos entre as partes, já a legislação depende de atos executórios para gerar efeitos no âmbito social (BARCELLOS, 2009:804).

Assim, a Administração Pública está vinculada à implementação de ações e programas que visem a prestação de determinados serviços, identificando tal conjunto de atividades como políticas públicas. Portanto, é de fácil constatação identificar que o Estado utiliza tais medidas para atingir os fins detalhados na Constituição e pelo legislador, além de que a promoção dos direitos fundamentais depende essencialmente destas ações (BARCELLOS, 2009:805).

À princípio, o texto constitucional reúne uma lista de especificações objetivas interligadas com a quantidade de recursos disponíveis para a execução das políticas públicas, determinando a satisfação das disposições constitucionais. Teoricamente, verificam-se os percentuais elencados no texto constitucional para efetivação de determinados direitos, em seguida inquire-se a arrecadação dos recursos, averiguando se estão sendo aplicadas as políticas públicas de modo a efetivar os fins dispostos na Constituição (BARCELLOS, 2009:805).

Caso o Poder Judiciário constate algum descumprimento do texto constitucional, deve conferir as penalidades cabíveis, punindo o responsável pela prática do ilícito, impedindo os efeitos de sua conduta no âmbito social e fazendo-se cumprir o disposto no texto constitucional. Acontece, também, se está ocorrendo o resultado almejado pela atuação estatal, ou seja, se de fato os direitos fundamentais estão sendo resguardados (BARCELLOS, 2009:811).

Logo após, analisa-se os meios escolhidos pelo Estado e se os mesmos estão atingindo o disposto no texto constitucional. A função das políticas públicas é fornecer o mínimo de eficiência para a realização dos objetivos constitucionais, não deixando dilapidar os recursos disponibilizados, uma vez que estes são escassos frente a todas as necessidades existentes no âmbito social. O intérprete jurídico, exceto em situações particulares, não conseguirá determinar sozinho se uma política pública instituída por uma autoridade é “minimamente eficiente”. Por conseguinte, o controle jurídico das políticas públicas se perfaz com o acesso às

informações dos recursos públicos disponíveis, das previsões e execuções orçamentárias (BARCELLOS, 2009:812).

A previsão constitucional dos planos, diretrizes e metas a serem desenvolvidas por meio das ações governamentais é o que muitas vezes causa a judicialização do direito e seus entrelaces (BARROSO, 2018:2171-2228). O Poder Judiciário acabou por priorizar o controle dos atos e a legalidade destes por parte do Estado, verificando os procedimentos e as efetivações das ações governamentais por todo país, restringindo demasiadamente o poder de discricionariedade do administrador público (FIGUEIREDO, 2009:720).

Não se trata apenas de conferir legitimidade ao Judiciário, mas sim de trazer ao polo ativo os destinatários das normas constitucionais, para que na qualidade de cidadãos, disponham de alternativas para usufruírem de determinados bens e serviços essenciais (FIGUEIREDO, 2009:720). Por óbvio, a principal barreira enfrentada diante da implementação das políticas públicas está ligada aos aspectos econômicos. Além disso, existem limites pré-determinados que restringem a sua aplicabilidade no texto constitucional, classificando as prioridades orçamentárias e políticas e distribuindo os recursos de acordo com os ditames legais.

Quando se trata de eficiência pública, refere-se à otimização dos meios disponíveis que atendam as demandas de interesse público, pois a economicidade está inclusa nos parâmetros de efetividade. Logo, a intervenção do Judiciário revela-se plausível para resolução do princípio da ampla tutela jurisdicional, em prol da eficácia dos direitos fundamentais, com o objetivo de verificar se as políticas públicas vêm sendo ineficientes ou se ocorreu alguma omissão para sua satisfação, resguardados eventuais direitos que venham a ser lesados ou ameaçados (FIGUEIREDO, 2009:733).

A doutrina assinala que o maior problema da efetivação das políticas públicas é a escassez de recursos, pois os direitos exigem do Estado prestações positivas. Muitas vezes, devido ao extenso rol de direitos e garantias taxados na Constituição e a desproporcionalidade orçamentária para efetivá-los, o Poder Público acaba por fazer um atendimento deficiente ao cidadão, ou muitas vezes, omite-se em suas execuções (HEUKO, 2012: 368).

Outrossim, sabe-se que no Brasil os pleitos envolvendo direitos fundamentais não são completamente atendidos pelo Estado, cabendo à jurisdição constitucional a implementação dos direitos prestacionais, à exemplo das decisões voltadas à proteção do consumidor no âmbito da regulação, do pós-venda de produtos e serviços. Tais exemplos são claros modelos de como o juízo atua frente à promoção dos direitos fundamentais em prol da defesa do consumidor.

Assim, conclui-se que o Poder Judiciário busca amparo no texto constitucional e utiliza-se da ponderação de valores e princípios que eventualmente se colidem para conceder a efetividade aos direitos fundamentais do consumidor.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante das ponderações a respeito da ascensão dos direitos fundamentais, dentre os quais se destaca a defesa do consumidor, constatou-se que o neoconstitucionalismo é uma corrente que visa efetivar os direitos humanos elencados no texto constitucional por meio de preceitos morais e valorativos. Com a observância dos princípios, fora preciso explicar sua diferença com as regras, uma vez que estas correspondem a mandamentos que se esgotam em si, ou seja, não são capazes de proferir outro significado além daquilo que está expressamente escrito.

Quando se fala em princípios, está-se diante de preceitos que adquirem autonomia frente aos casos concretos, ou seja, podem ser flexibilizados de diversas formas, dependendo do contexto que serão aplicados, não atingindo nunca sua completude, pois não se trata de uma regulação de condutas, mas sim de ponderação de bens jurídicos tutelados, atribuindo-se a cada circunstância um peso, dirimindo conflitos que venham a existir. Por isso, os cidadãos não estão mais submissos ao poder estatal, pois os valores constitucionais abrangem toda e qualquer relação, inclusive a consumerista. A polêmica que norteia os novos métodos de interpretação concentra-se no poder criativo do juiz frente as demandas judiciais. Assim, verificou-se que quando se está diante de direitos fundamentais e sua efetivação, as práticas ativistas não rompem com o regime democrático e nem com a usurpação de funções, uma vez que o que se defende é a supremacia da Constituição. A Corte constitucional se preocupa em tornar o Estado onipresente, a fim de executar as garantias dispostas no texto constitucional, considerando que as características morais e políticas requerem uma construção ideológica e correspondente ao momento histórico em que serão aplicadas.

Por derradeiro, averiguou-se que as demandas no Poder Judiciário, atinentes a políticas públicas voltadas ao consumidor, cresceram demasiadamente. Sendo assim, o órgão judicante não pode afastar de sua apreciação questões políticas, fundando-se na autolimitação dos Poderes, nem mesmo alegando se tratar de um poder discricionário da Administração Pública. Cabe ao referido órgão fiscalizar o legislador e o administrador público, independentemente de se tratar de atos legislativos, administrativos ou executivos.

Não obstante, o objetivo não é a monopolização da defesa dos direitos fundamentais do consumidor na esfera judicial, pelo contrário, tem como escopo propiciar maior conformidade nos ditames que os envolvem, não deixando o cidadão consumidor à mercê da inércia legislativa e executiva, atentando-se as exigências suscitadas para que as decisões possam ser satisfeitas.

REFERÊNCIAS

- ANDRADE, Luiz Gustavo de. *Tutela Processual de Direitos Metaindividuais Trabalhistas - Fundamentos Constitucionais e Reflexos na Atividade Empresarial*. Curitiba: Juruá, 2009.
- BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, Direitos Fundamentais e Controle das Políticas Públicas. In: QUARESMA, Regina; OLIVEIRA, Maria Lúcia de Paula; OLIVEIRA, Farlei Martins Riccio de. (Coords.). *Neoconstitucionalismo*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- 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. Disponível em: <<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/3180>>. Acesso em: 20.dez.2019
- BARROSO, Luís Roberto. Contramajoritário, representativo e iluminista: os papéis dos Tribunais Constitucionais nas democracias brasileiras. *Revista Direito e Práxis*, Rio de Janeiro, v. 9, n. 4, 2018, p. 2171-2228. Disponível em: <<https://www.epublicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/30806/21752>>. Acesso em: 20.dez.2019
- BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.
- BRASIL. Constituição Federal de 1988. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm >. Acesso em: 20.ago.2019.
- _____. Constituição Federal de 1988. Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm#adct>. Acesso em: 20.jan.2020
- _____. Lei nº. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Código de Defesa do Consumidor. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm>. Acesso em: 20.jan.2020
- CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo*. Direitos Fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- CAVALCANTE, Diogo Lopes; Rocha Jr, Weimar Freire da. Estado de coisas inconstitucional: a crise do sistema carcerário brasileiro. *Ius Gentium*, Curitiba, v. 8, n. 2, jul./dez. 2017, p. 4-32. Disponível em:

<<https://www.uninter.com/iusgentium/index.php/iusgentium/article/view/378/302>>. Acesso em: 20.dez.2019

DANTAS, David Diniz. *Interpretação Constitucional no Pós-Positivismo*. 2. ed. São Paulo: Madras, 2005.

DIDIER, Fredie Souza; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. Dever judicial de considerar as consequências práticas da decisão: interpretando o art. 20 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. *Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, Belo Horizonte, v. 19, n. 75, jan./mar. 2019, p. 143-160. Disponível em:

<https://www.academia.edu/39537199/Dever_judicial_de_considerar_as_consequ%C3%AAncias_pr%C3%A1ticas_da_decis%C3%A3o_interpretando_o_art._20_da_Lei_de_Introdu%C3%A7%C3%A3o_%C3%A0s_Normas_do_Direito_Brasileiro>. Acesso em: 20.dez.2019

DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLO, Susanna. *Neoconstitucionalismo e Positivismo Jurídico*. As faces da Teoria do Direito em tempos de interpretação moral da Constituição. 2. ed. São Paulo: Landy, 2010.

FIGUEIREDO, Marcelo. O Controle das Políticas Públicas pelo Poder Judiciário no Brasil – Uma visão geral. In: QUARESMA, Regina; OLIVEIRA, Maria Lúcia de Paula; OLIVEIRA, Farlei Martins Riccio de. (Coord.). *Neoconstitucionalismo*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

GUEDES, Néviton. O princípio da proibição da insuficiência e o conteúdo essencial dos direitos sociais. *Liber Amicorum*: homenagem ao Prof. Doutor José Avelãs Nunes. Coimbra: Coimbra, 2009.

HEUKO, Guilherme Ramon. A efetividade e a atuação judicial na promoção dos direitos sociais prestacionais. In: SAVARIS, José Antônio; STRAPAZZON, Carlos Luiz (Coords.). *Direitos Fundamentais da Pessoa Humana*: um diálogo latino-americano. Curitiba: Alteridade Editora, 2012, p. 368.

NASCIMENTO, Valéria Ribas do; PEREIRA, Marília do Nascimento. A atividade jurisdicional como paradigma para a consolidação democrática: a (não) superação do ativismo judicial para a construção de uma jurisdição constitucional. *Revista Jurídica*, Curitiba, v. 4, n. 45, 2016, p. 565-585. Disponível em:

<<http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/1842/1214>>. Acesso em: 20.dez.2019

NETO, Francisco José Rodrigues de Oliveira. A estrita legalidade como limitador democrático da atividade jurisdicional. In: SAVARIS, José Antônio; STRAPAZZON, Carlos Luiz (Coords.). *Direitos Fundamentais da Pessoa Humana*: um diálogo latino-americano. Curitiba: Alteridade Editora, 2012.

PESSOA, Robertônio Santos. Constitucionalismo, direitos fundamentais e direito administrativo no Brasil. *Interesse Público – IP*, Belo Horizonte, v. 16, n. 85, mai./jun. 2014, p. 73-95. Disponível em:

<<http://www.interessepublico.com.br/?s=robert%F4nio&x=30&y=16>>. Acesso em: 20.dez.2019

ROSSI, Amélia Sampaio. *Neoconstitucionalismo e Direitos Fundamentais*. In: Conpedi, 2008, Salvador. XVII Encontro preparatório para o Congresso Nacional do CONPEDI, 2008.

SILVA, Diogo Bacha e; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco Moraes. Pensar a legitimidade da jurisdição constitucional em tempos de crise política. *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*, Vitória, v. 19, n. 1, jan./abr. 2018, p. 163-190. Disponível em: <<http://sisbib.emnuvens.com.br/direitosegarantias/article/view/986>>. Acesso em: 20.dez.2019

TASSINARI, Clarissa. A autoridade simbólica do Supremo Tribunal Federal: elementos para compreender a supremacia judicial no Brasil. *Revista Brasileira de Direito*, Passo Fundo, v. 14, n. 2, mai./ago. 2018, p. 95-112. Disponível em: <<https://seer.imed.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/2547>>. Acesso em: 20.dez.2019

VALLE, Vanice Regina Lírio do (org.). *Ativismo Jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal*. Laboratório de Análise Jurisprudencial do STF. Curitiba: Juruá, 2009, p. 36.

VILLALOBOS, Milton Ebert Quiroz. La desconfianza hacia la democracia en América Latina. *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, n. 40, jan./jun. 2019, p. 221-241. Disponível em: <<https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/cuestiones-constitucionales/issue/current>>. Acesso em: 20.dez.2019

Data de submissão: 19/10/2020
Data de aprovação: 06/11/2020
Data de publicação: 31/12/2020

Este trabalho está licenciado sob uma licença [Creative Commons Attribution 4.0 International License](https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/).

PARA ALÉM DOS DIREITOS HUMANOS: PODE O CONTROLE JURISDICIONAL DE CONVENCIONALIDADE SERVIR COMO UM INSTRUMENTO DE PROTEÇÃO AOS DIREITOS DA PERSONALIDADE?

BEYOND HUMAN RIGHTS: CAN THE JURISDICTIONAL CONTROL OF CONVENTIONALITY SERVE AS AN INSTRUMENT FOR THE PROTECTION OF PERSONALITY RIGHTS?

Carlos Alexandre Moraes*
Juliani Bruna Leite Silva**

*Professor Permanente do Programa de Doutorado e Mestrado em Direito da Universidade Cesumar (UniCesumar), Pós-doutor em Direito pelo Centro Universitário Cesumar (UniCesumar), Doutor em Direito pela FADISP; Doutor em Ciências da Educação pela UPAP, Mestre em Direito pelo Centro Universitário Cesumar (UniCesumar), Pesquisador Bolsista - Modalidade Produtividade em Pesquisa para Doutor PPD - do Instituto Cesumar de Ciência, Tecnologia e Inovação (ICETI), Editor chefe da Revista de Constitucionalização do Direito Brasileiro – RECONTO, Advogado.

Lattes:
<http://lattes.cnpq.br/7327808122990666>

ORCID:
<https://orcid.org/0000-0002-2230-0368>

E-mail: camoraes.adv@hotmail.com

**Mestranda em Ciências Jurídicas junto ao Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas (PPGCJ) da Universidade Cesumar (UniCesumar), na linha de pesquisa com enfoque nos Direitos da Personalidade e o seu alcance na contemporaneidade. Pós-Graduada em Direito de Família e sucessões pela EBRADI. Graduada em Direito pelo Centro Universitário de Maringá (UniCesumar).

Lattes:
<http://lattes.cnpq.br/9428994151607919>

ORCID:
<https://orcid.org/0000-0003-3723-0486/>

E-mail: julianibruna@hotmail.com

Como citar: MORAES, Carlos Alexandre; SILVA, Juliani Bruna Leite. Para além dos Direitos Humanos: pode o controle jurisdicional de convencionalidade servir como um instrumento de proteção aos direitos de personalidade? **Revista do Instituto de Direito Constitucional e Cidadania – IDCC**, Londrina, v. 5, n. 2, e011, ago/dez, 2020. ISSN: 2596-0075. DOI: 10.48159/revistadoidcc.v5n2.moraes.silva

Resumo: Diante da necessidade crescente de se olhar o Direito sob uma ótica internacionalizada, o presente artigo de natureza básica tem como objetivo analisar se é possível encarar o controle jurisdicional de convencionalidade, como um instrumento de proteção aos Direitos da Personalidade. É cónito que os Direitos Humanos são alvo da salvaguarda pelo controle que compatibiliza normas internas com os tratados internacionais que versam sobre esses direitos, mas há a necessidade de observar se a referida conjuntura também se estende aos direitos de natureza personalíssima, tendo em conta a relevância que tais direitos possuem e a necessidade, que deles emerge, de discussões científicas sobre o tema. Dessa forma, por meio do método de abordagem hipotético-dedutivo e mediante a utilização do método de procedimento bibliográfico e observacional, é possível compreender primeiramente que, a proteção destinada aos Direitos Humanos por intermédio do controle de convencionalidade, também pode alcançar alguns Direitos da Personalidade e em segundo lugar, qual o arcabouço argumentativo para tanto.

Palavras-chave: Convencionalidade; Direitos Fundamentais; Direitos Humanos; Direitos da Personalidade; Internacionalização do Direito.

Abstract: Faced with the growing need to look at law from an internationalized perspective, this basic article aims to analyze whether it is possible to face jurisdictional control of conventionality, as an instrument for the protection of personality rights. It is common place that human rights are the target of safeguarding by control that compatibilises internal norms with international treaties which deal with these rights, but there is a need to observe whether that situation also extends to rights of a very personal nature,

taking into account the relevance that such rights have and the need, which emerge from them, for scientific discussions on the subject. Thus, through the hypothetical-deductive approach method and through the use of the bibliographic and observational procedure method, through conventionality control, you can also achieve some Personality Rights and secondly, which the argumentative framework for that.

Keywords: Constitutional Law; Fundamental Right; Protection of consumer; Public policies.

Sumário: Introdução. 1 Entre a globalização e o processo de internacionalização do Direito. 2 O controle jurisdicional de convencionalidade. 3 Dos Direitos da Personalidade aos Direitos Fundamentais e Humanos. 3.1 A proteção aos Direitos da Personalidade por meio do controle jurisdicional de convencionalidade. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

Aos chamados Direitos da Personalidade veem sendo atribuídas novas dimensões com o avançar do tempo, bem como, com as transformações pelas quais a sociedade vem passando. Dentro desse panorama, na contemporaneidade tais direitos atingem diversificados níveis, em especial, aqueles que se relacionam à questão protetiva, ao ponto de estarem em uma posição valorativa que justifique a necessária tutela, inclusive em sede internacional.

O Direito, em sua condição una, já vem sendo alcançado pelo processo de internacionalização advindo da globalização, passando assim, a ter que analisar e se amoldar não só às normas internas, como também aos preceitos externos. Nesse viés, surge o controle de convencionalidade enquanto uma ferramenta de compatibilização vertical entre o Direito pátrio e os tratados internacionais que versam sobre os Direitos Humanos.

E é perante a essa perspectiva, que surge a problemática do presente artigo, qual seja: é possível compreender o controle jurisdicional de convencionalidade como um instrumento que promove proteção aos Direitos da Personalidade?

No que tange a hipótese de pesquisa, são mencionáveis às seguintes: a) O controle de convencionalidade como uma técnica que garante maior validade e segurança para o sistema jurídico, da mesma forma que promove preservação de direitos, pode ser compreendido como um instrumento de defesa dos Direitos da Personalidade e b) Os Direitos da Personalidade merecem proteção cada vez mais elevada, tomando como base o seu caráter essencial, e isso inclui o devido resguardo extranacional.

Os Direitos da Personalidade são direitos que dizem respeito a todo e a qualquer ser humano e que necessitam de intensa atenção. E o campo científico proporciona o espaço ideal para a discussão sobre tais direitos. Sendo assim, é imprescindível trabalhar as inúmeras atmosferas em que os direitos de caráter personalíssimo podem adentrar, no caso deste trabalho, concerne a guarida estrangeira, por meio do controle de convencionalidade. Nesse enfoque, concentra-se a justificativa da presente pesquisa.

Em relação aos objetivos, cabe referenciar que inicialmente busca-se averiguar o processo de internacionalização do Direito. A partir disso, o que se intenta é elucidar o controle jurisdicional de convencionalidade, seguido de suas particularidades e tendo como marco teórico as contribuições científicas de Valerio Oliveira Mazzuoli. Em um terceiro momento, foca-se em explanar os Direitos da Personalidade, fazendo uma correlação com os Direitos

Fundamentais e os Direitos Humanos. E por fim, contextualiza-se os dois pilares deste artigo, ou seja, o controle de convencionalidade e os Direitos da Personalidade.

Com o intuito de perseguir os objetivos estabelecidos, utiliza-se como método de abordagem o método hipotético-dedutivo, mediante o qual é proposto um problema acompanhado de duas hipóteses. Assim passando pela dedução e pela tentativa de falseamento, chega-se à conclusão. E como método de procedimento, utiliza-se o método bibliográfico, por meio do qual é configurado um subsídio teórico encontrado em plataformas científicas e periódicos, obras, bem como, em legislação nacional e internacional. E utiliza-se também como método de procedimento, o observacional, sendo possível analisar os materiais colhidos e formar um arcabouço argumentativo.

1. ENTRE A GLOBALIZAÇÃO E O PROCESSO DE INTERNACIONALIZAÇÃO DO DIREITO

Com as interligações em larga escala que o mundo vem experimentando, isto é, o processo de globalização, diversas foram e são as consequências trazidas para inúmeras esferas da sociedade em geral. Além disso, é destacável um outro processo, o de internacionalização do Direito. Acerca desses dois processos, passa-se a tratar a partir de agora.

Octavio Ianni (1999, p.11) ao falar sobre o globalismo, expõe que se trata de um processo condizente à amplas proporções “[...] envolvendo nações e nacionalidades, regimes políticos e projetos nacionais, grupos e classes sociais, economias e sociedades, culturas e civilizações”. Ou seja, há uma intercomunicação entre fatores diversificados, incluindo as nações.

O autor prossegue ao dizer que conforme se verifica a globalização, a própria sociedade nacional, em seus vários significados, muda de figura, levando em conta o contexto em que surgem a emergência e o desenvolvimento (IANNI, 1999, p.78).

E para além da ideia de nação, a globalização¹ também irradia efeitos no campo jurídico. Nesse contexto é que refletem Jose Luis de Moraes, Jânia Saldanha e Gustavo Vieira (2011, p.117):

Da economia ao direito, dificilmente um sistema deixa de ser afetado pelas decisões externas aos Estados, sendo estes partícipes ou não do sistema jurídico-político internacional correspondente. Nesse sentido, mesmo o direito, considerado sob o

¹ Hoje já se fala não mais em globalização, mas sim em mundialização. No entanto, destaca-se que a questão terminológica não é objeto de análise no presente trabalho, sendo adotado o termo “globalização”.

ponto de vista nacional, recebe influências determinantes, substanciais e procedimentais, sobre os diversos fluxos e influxos da mundialização em curso.

O Direito nacional não permaneceu dentro de um reduto e afastou as repercussões advindas das vivências externas ao Estado, muito pelo contrário, o sistema jurídico de cada Estado, sentiu os efeitos de um mundo globalizado. A partir dessa ordem de ideias, é que surge o processo de internacionalização do Direito.

Nas considerações de Marcelo Varella (2016, p.28) o direito contemporâneo enfrenta um processo de transição, acompanhado do processo de globalização. A respeito dessa transição, Varella fala que há uma influência por conta de uma complexidade ampliada dos direitos nacionais dos Estados, bem como, do Direito Internacional.

Ainda, Varella (2016, p.28) expõe algumas das principais características da internacionalização do Direito, que na visão do autor são: a) integração frequente entre direitos nacionais, regionais e internacionais; b) multiplicação das fontes normativas, além do Estado-nação; c) multiplicação de instâncias para a solução de conflitos fora do Estado; d) a não existência de uma hierarquia formal entre as normas jurídicas ou entre as instâncias de solução de conflitos e e) acúmulo de lógicas diferentes no direito nacional e internacional.

Para Marcelo Varella (2016, p.33) “O processo de internacionalização do direito constrói-se por diferentes vertentes, cada qual com velocidades próprias, que atingem todos os ramos do direito nacional e internacional [...]”. Dessa forma, é possível captar que o Direito vai alçando voos mais altos e, conseqüentemente, acerta todas as suas esferas, levando a elas novos climas sob ares advindos de expressões internacionais.

O contexto histórico marcado pelas duas grandes guerras mundiais, trouxe modificações para o próprio Direito Internacional. Nesse prisma, deixa de atuar somente dentro de um cenário estatal e consoante as considerações de Liliana Jubilut (2016, p.179) “[...] passa a buscar preservar valores compartilhados, resgatando preocupações éticas e visando assegurar a maior proteção possível aos seres humanos”.

No Direito brasileiro, à propósito, é possível captar o dito processo de internacionalização, na própria inclusão do §3º no artigo 5º da Constituição Federal de 1988 pela Emenda Constitucional nº 45, em 2004. No referido parágrafo, consta que os tratados e as convenções internacionais concernentes aos Direitos Humanos, aprovados no Congresso Nacional em dois turnos por três quintos dos votos dos membros, ganham equivalência às emendas constitucionais.

O que torna evidente o influxo da internacionalização do Direito no sistema pátrio. Considerando tanto o panorama em que as normas de caráter internacional ganham espaço, quanto o valor, no mesmo nível dos instrumentos modificativos da Constituição Federal.

Assim, a globalização trouxe consigo as relações interligadas para todos os setores da vida humana. Com isso o Direito passou a se relacionar com contextos externos e a levar em consideração prescrições de ordem internacional. E por consequência, surge o referido processo de internacionalização do Direito, tanto é que há hoje, uma dupla harmonização vertical entre leis, referente às normativas internas e os tratados internacionais. Sobre a temática passa-se a discorrer a seguir.

2. O CONTROLE JURISDICIONAL DE CONVENCIONALIDADE

O Direito, como ora já visto, sentiu os impactos dos processos de globalização e internacionalização. Desde então vem necessitando um prisma mais ampliado e reforçado para a proteção de direitos. O controle jurisdicional de convencionalidade das leis, por sua vez, é uma das ferramentas que apresenta-se apta ao seu ensejo.

O termo “controle de convencionalidade” surgiu na década de 70 na França, quando o Conselho Constitucional francês proferiu a decisão nº 74-54, em 15 de janeiro de 1975 e declarou-se incompetente para o exercício de compatibilidade entre leis e tratados internacionais. Todavia, a técnica não foi desenvolvida em solo europeu, o que somente ocorreu em campo latino-americano (MAZZUOLI, 2018, p.23).

A evolução da técnica em análise ganhou fôlego a partir de 2006. Conforme Mazzuoli (2018, p.36) destaca, a Corte Interamericana de Direitos Humanos entendeu que o controle era obrigatório, no caso *Almonacid Arellano e outros vs. Chile*. Diante disso, foi firmando formalmente a doutrina do controle de convencionalidade. E a partir daí, o controle de harmonização das leis internas com os tratados sobre Direitos Humanos, foi ganhando novos progressos.

No que corresponde o seu teor conceitual, apresenta-se as considerações de André de Carvalho Ramos (2016, p.331) ao dispor que o instrumento que controla a convencionalidade das leis, consiste em uma análise de compatibilidade de atos comissivos ou omissivos do Direito interno em relação as normas internacionais. O controle de convencionalidade, nesse contexto, diz respeito a uma técnica que harmoniza as normas nacionais com as normas internacionais

referentes aos Direitos Humanos e em vigor no Estado, sempre levando em consideração a mais benéfica.

No caso do Brasil, os Direitos Humanos contam com uma dupla garantia, isto é, o controle de constitucionalidade por um viés nacional e o controle de convencionalidade, pelo plano internacional (RAMOS, 2019, p.417-418). Desse modo, normas diversificadas, externas e internas, devem estar em consonância em prol dos Direitos Humanos.

Para Fernando Hoffmam e Fernanda Lemes (2020, p.32) “Mediante o Controle de Convencionalidade, busca-se analisar se a legislação de um país está de acordo com os Tratados e Convenções internacionais que o Estado se comprometeu a cumprir”. Em outras palavras, são averiguadas as atuações do Estado em relação aos preceitos contidos nos tratados por ele ratificados.

Enquanto o controle de constitucionalidade prima pela adequação à Constituição pelas demais leis, o controle de convencionalidade atua pelo ajustamento das normas domésticas em relação aos tratados internacionais. Não obstante a planície que os diferencia, ambos têm os seus fundamentos na proteção de direitos e garantias.

De acordo com Victor Bazán (2011, p.219):

A crescente transcendência da intersecção entre o direito doméstico e o direito internacional dos direitos humanos exige uma articulação de tal binômio de fontes, mediante sua retroalimentação e complementaridade, em face do fortalecimento real e não apenas declamado do sistema de direitos e garantias. Tais coordenadas permitem comprovar que a questão medular dos direitos humanos é a incumbência concorrente ou compartilhada entre as jurisdições estatais e internacional [...].

É notável, ao observar a essência do controle de convencionalidade sob a ótica de Bazán, a significação que os Direitos Humanos possuem. Isso porque tais direitos exigem um exercício complementar entre as jurisdições nacionais e internacionais.

Soa interessante ressaltar que por meio do referido controle, é possível que haja o proferimento de uma sentença que ordene a modificação, a reforma ou a revogação daquelas normas de Direito interno. E com isso, a eficácia da Convenção Americana prevalece (GUERRA, 2017, p.8).

Discorrer sobre a convencionalidade das leis, é tratar sobre diversos aspectos que dela emergem. Todavia, o escopo do presente artigo exige o esclarecimento acerca de dois importantes pontos. O primeiro gravita em torno da legitimidade para o seu exercício e o segundo diz respeito ao seu delineamento ressonante.

Acerca da legitimidade para a sua execução, o controle que compatibiliza as leis internas com as normas internacionais é tido como uma obrigação convencional pelo Sistema Interamericano de Direitos Humanos, pela Convenção Americana sobre Direitos Humanos e pela jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Dentro dessa perspectiva, para a Corte, os juízes nacionais são considerados como *longa manus* do Estado e portanto, têm o dever de harmonizar as leis internas e as externas (MAZZUOLI, 2018, p.30).

Na sentença proferida pela Corte Interamericana no ano de 2010, no caso *Gomes Lund vs. Brasil* (2010, p.65) foi dada atenção a essa questão, à medida que a Corte evidenciou no parágrafo de nº 176, que:

[...] O Poder Judiciário, nesse sentido, está internacionalmente obrigado a exercer um “controle de convencionalidade” *ex officio* entre as normas internas e a Convenção Americana, evidentemente no marco de suas respectivas competências e das regulamentações processuais correspondentes. Nessa tarefa, o Poder Judiciário deve levar em conta não somente o tratado, mas também a interpretação que a ele conferiu a Corte Interamericana [...].

É perceptível, desse modo, que o Poder Judiciário conserva a obrigação de controlar a convencionalidade de leis. De acordo com o entendimento da Corte, esse controle se materializa de ofício, levando em conta o tratado paradigma, bem como a interpretação da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Essa legitimidade, contudo, não se limita ao Poder Judiciário, visto que no caso *Gelman vs. Uruguai* em 2011, a Corte ampliou, em definitivo, o dever de sujeição aos tratados sobre Direitos Humanos para todos os órgãos do Estado.

Segundo aquilo que expõe Mazzuoli (2018, p.45) a partir do referenciado caso, a Corte “[...] amplia a obrigação do controle de convencionalidade a todos os órgãos do Estado vinculados à administração da Justiça, no âmbito de suas respectivas competências e das regras processuais pertinentes”. Com efeito, é evidente que cabe a todos os órgãos estatais, a execução do controle de convencionalidade.

Já em relação ao efeito que o controle de convencionalidade propicia para as normas internas, salienta-se que, de acordo com Daniela Ribeiro e Gabriel Roque (2020, p.235-236) “A mesma lógica do controle de constitucionalidade enquanto mecanismo de anulação que confere força obrigatória à uma Constituição pode ser estendida ao controle de convencionalidade, que permite o afastamento de atos inconventionais”.

O que significa que a norma de direito interno que não obtém sucesso ao passar pelo crivo da convencionalidade, justamente por ser incompatível com um tratado que verse sobre

os Direitos Humanos, será inconvenção. Consequentemente, será invalidada e considerada inaplicável (MAZZUOLI, 2018, p.58).

O controle jurisdicional de convencionalidade, desse modo, apresenta-se como um mecanismo de proteção aos Direitos Humanos, ao passo que compatibiliza normas internas com as normas internacionais referentes aqueles direitos. Além disso, cabe ao Poder Judiciário e aos demais órgãos estatais harmonizarem tais normas. E ao passo que haja reconhecimento de inconvenção de uma lei, haverá, consequentemente a sua invalidação e em seguida a inaplicação.

3. DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E HUMANOS

A problemática do presente artigo exige a elucidação prévia da correlação entre o controle de convencionalidade e os Direitos da Personalidade. Em suma, a compatibilização vertical de normas domésticas e externas, tem como objeto de defesa os Direitos Humanos. Todavia a grande questão deste artigo é se a referida salvaguarda reservada a esses direitos, também pode alcançar os Direitos da Personalidade, tendo em mente a sua ascensão, essencialidade e relevância.

Este tópico, então, é dedicado a explanação sobre os referidos direitos de cunho personalíssimo e a sua importância, bem como, para a relação com os Direitos Fundamentais e os Direitos Humanos.

Para Eduardo Tomasevicius Filho (2019, p.142) a disciplina referente aos Direitos da Personalidade é uma das mais interessantes do Direito Civil, uma vez que é a disciplina que chega mais perto da finalidade do próprio Direito, isto é, a proteção da pessoa humana.

É preciso ter em mente que conforme ressalta Adriano De Cupis (2008, p.24) sem alguns direitos, a personalidade resultaria irrealizada e privada de valor. São direitos que acarretariam a perda de interesse a todos os demais direitos subjetivos e com isso, a pessoa não existiria como tal. Nesse cenário, De Cupis fala propriamente, dos Direitos da Personalidade.

E conforme explana Elimar Szaniawski (1993, p.11) “Situam-se como “direitos primeiros”, o direito de personalidade que consiste na proteção dos atributos da personalidade humana”. Dessa maneira, é possível entender que os Direitos da Personalidade são aqueles que protegem os elementos essenciais à formação e ao desenvolvimento da personalidade humana.

É por meio dos Direitos da Personalidade que o Direito protege a garantia, os elementos, as potencialidades e as expressões da personalidade humana e “[...] Essa garantia abrange toda

a esfera individual, acrescentando-lhe o respeito a valores como o sentimento, a inteligência, a vontade, a igualdade, a segurança e o desenvolvimento da personalidade” (FERMENTÃO, 2006, p.245).

Os Direitos da Personalidade, nesse sentido, são destinados ao resguardo dos componentes que fornecem as condições necessárias à composição da personalidade e que reconhecem e protegem a pessoa humana considerada em si mesma.

De acordo com as considerações feitas por parte de Caio Mário da Silva Pereira (2020, p.204) “[...] o indivíduo é ainda sujeito de relações jurídicas que, despidas embora de expressão econômica intrínseca, representam para o seu titular um alto valor, por se prenderem a situações específicas do indivíduo e somente dele. Aí residem os direitos da personalidade [...]”. Os direitos de natureza personalíssima estão ligados, portanto, as substâncias da pessoa vista sob o ângulo mais íntimo e elementar.

Os direitos de cunho personalíssimo enquanto atributos tidos como primordiais à condição humana, propiciam que a “[...] sua compreensão e amplitude variam no tempo e no espaço. O caráter aberto da dignidade humana não permite o congelamento das suas múltiplas expressões” (SCHREIBER, 2014, p.227). O que significa dizer que não há uma taxatividade para essa esfera de direitos.

Não havendo um rol taxativo dos Direitos da Personalidade e o seu conteúdo variando conforme critérios espaciais e temporais, é visível que se caracterizam por meio de diversos direitos, que vão emergindo conforme as circunstâncias. No Direito pátrio, o Código Civil de 2002 designa os artigos 11 ao 21 aos Direitos da Personalidade e alguns desses direitos são mencionados ao longo dos artigos. Todavia, essa descrição é meramente exemplificativa.

Menciona-se, assim, alguns deles, como por exemplo: direito à vida, ao corpo, à integridade física e psíquica, à honra, ao respeito, à imagem, à identidade, ao nome, à intimidade, à privacidade, ao segredo e até às criações intelectuais, entre outros tantos.

Indo além do que já fora dito, é indispensável dedicar ainda, um espaço para que seja referenciada a correlação entre os Direitos da Personalidade, os Direitos Fundamentais e os Direitos Humanos.

Apesar da complexidade inerente aos Direitos Fundamentais, bem como a sua conceituação, cita-se Ingo Sarlet (2015, p.29) no sentido de que “[...] o termo “direitos fundamentais” se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado [...]”.

A Constituição Federal de 1988 dispõe em seu título II e em seu artigo 5º as garantias, assim como os Direitos Fundamentais. Esses, por sua vez, são aqueles tomados como indispensáveis à pessoa humana e para que a existência digna e pautada em ideais de liberdade e igualdade, seja assegurada (PINHO, 2018, p.94).

É possível fazer menção a alguns desses direitos, como: direito à vida, à liberdade e todas as suas variáveis (de locomoção, crença, expressão, reunião, associação, profissão, etc...), à igualdade, à segurança, à propriedade, à herança, à honra, ao sigilo, à propriedade intelectual, à defesa do consumidor, ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa, além de diversos outros.

Dentro dessa perspectiva, para Carlos Alberto Bittar (2014, p.31) alguns dos Direitos da Personalidade, ao serem reconhecidos pela ordem jurídica e observados pelo prisma da relação com o Estado, são tidos como Direitos Fundamentais, uma vez que na visão de Bittar, são os próprios direitos (a mesma integridade, o mesmo respeito, a mesma honra, entre outros) no entanto, vistos em planos diferentes.

Bittar, todavia, não deixa de reconhecer que os Direitos Fundamentais, são identificados com um conteúdo particular. Além de pontuar o adcionamento dos direitos de ordem econômica, civil, cultural, social e política (BITTAR, 2014, p.31).

Já no que diz respeito aos Direitos Humanos, Fábio Konder Comparato (2003, p.15) dispõe que ‘‘A expressão não é pleonástica, pois que se trata de direitos comuns a toda a espécie humana, a todo homem enquanto homem, os quais, portanto, resultam da sua própria natureza, não sendo meras criações políticas’’.

Sobre a diferenciação entre os Direitos Fundamentais e os Direitos Humanos, José Canotilho (1999, p.34) destaca que:

[...] os direitos fundamentais, tal como estruturam o Estado de direito no plano interno, surgem também, nas vestes de direitos humanos ou de direitos do homem: como um núcleo básico do direito internacional vinculativo das ordens jurídicas internas. Estado de direito é o Estado que respeita e cumpre os direitos do homem consagrados nos grandes pactos internacionais (exemplo: Pacto Internacional de Direitos Pessoais, Civis e Políticos; Pacto Internacional dos Direitos Económicos, Sociais e Culturais), nas grandes declarações internacionais (exemplo: Declaração Universal dos Direitos do Homem) e noutras grandes convenções de direito internacional (exemplo: Convenção Europeia dos Direitos do Homem).

É possível conceber então, que os Direitos Humanos estão para o sistema internacional assim como os Direitos Fundamentais estão para o sistema constitucional. Ou seja, são direitos

semelhantes, todavia, alinhados em projeções distintas, uma classe sob o enfoque do direito externo e a outra sob a ótica do direito interno.

Zulmar Fachin e Débora Alécio (2018, p.14), acerca dos Direitos Humanos e dos Direitos Fundamentais, elucidam que “[...] estes possuem os mesmos objetivos e importância social. Posto que, se caracterizam pela busca incansável à proteção da vida, caracteres intrínsecos ao seu mantimento e à revisão digna enquanto um vivente na terra”.

O fato de o Brasil estar inserido na proteção internacional dos Direitos Humanos, dimensiona a própria ideia de cidadania, haja vista que os sujeitos tornam-se titulares de direitos internacionais, indo além dos direitos constitucionais. Desse modo, os Direitos Fundamentais são expandidos e completados em consonância com o sistema de proteção aos Direitos Humanos (PIOVESAN, 2018, p.413).

Considerando essas três dimensões de direitos, assim como a sua correlação e o seu distanciamento, é possível fazer referência a Joyceane Bezerra e Camila Figueiredo (2021, p.196) ao salientarem que:

Alguns elementos podem nortear as fronteiras dos direitos da personalidade. São eles absolutos porque correspondem aos aspectos sem os quais afetariam demasiadamente a personalidade humana. É bem certo que muitos dos direitos humanos também se constituem como direitos fundamentais e ainda podem ser apresentados como direitos da personalidade, a exemplo do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à intimidade etc. Outros direitos humanos e direitos fundamentais podem se distanciar do conteúdo dos direitos de personalidade, na medida em que se dispõem à tutela de interesses difusos, coletivos e políticos, por exemplo. Ao mesmo tempo em que outros direitos de personalidade também não se comportam como direitos fundamentais, a exemplo do direito à vida de relação, ao hobby etc.

Diante das considerações elencadas, compreende-se que os Direitos da Personalidade, os Direitos Fundamentais e os Direitos Humanos são direitos que possuem um mesmo objetivo, qual seja, a proteção da pessoa humana. No entanto, não é ignorado o fato de serem direitos que, apesar das semelhanças e da possibilidade de encontro em relação a matéria entre uma espécie e outra de direito, dispõem de alguns conteúdos e níveis diferenciados.

3.1 A PROTEÇÃO AOS DIREITOS DA PERSONALIDADE POR MEIO DO CONTROLE JURISDICIONAL DE CONVENCIONALIDADE

O controle de convencionalidade, como já visto, é um instrumento de compatibilização vertical entre normas domésticas e internacionais, que conjuga dois planos de direitos em

benefício da proteção da pessoa humana, que é contemplada com três classes de direitos, os Direitos da Personalidade, Fundamentais e Humanos.

Em que pesem as diversificações existentes entre as três naturezas de direitos, entende-se que ao passo que todos os órgãos do Estado têm o dever de controlar a convencionalidade das leis e atribuir invalidade e inaplicação às normas entendidas como inconventionais, além de haver destinação de salvaguarda aos Direitos Humanos e aos Direitos Fundamentais, também há proteção estendida aos Direitos da Personalidade. Por isso, este último tópico consagra-se em realçar qual a razão para tanto.

Segundo Daniela Menengoti e Malu Romancini (2015, p.21) a globalização e a ascensão do Direito Internacional coadunadas a mudança e ao compartilhamento de experiências, propiciaram a evolução dos Direitos Humanos e também, em seu interior, dos Direitos da Personalidade. Dessa forma, os problemas que se relacionam com os direitos de viés personalíssimo, tornaram-se eivados da impossibilidade de uma proteção limitada ao plano nacional.

Os Direitos da Personalidade, nessa senda, reivindicam acolhimento para além da superfície interna dos Estados, de modo que o eco protetivo ressoa em planícies internacionais. Assim, são englobados os instrumentos para a devida defesa, o que abrange o controle de convencionalidade das leis.

Consoante destaca Flávia Piovesan (2018, p.88) os tratados internacionais dirigidos aos Direitos Humanos “[...] afirmam a personalidade internacional do indivíduo e endossam a concepção universal dos direitos humanos [...]”.

Isso posto, se a personalidade humana ganha status internacional por meio dos tratados internacionais de Direitos Humanos, ao haver a compatibilização entre normas internas com os referidos tratados, é notável que a proteção transpassa esses direitos e abrange também aqueles relacionados ao desenvolvimento da personalidade.

Nas palavras de Gilberto Jabur (2020, p.11):

A proteção integral da pessoa e tudo aquilo que sua estrutura exige para o bem-estar é, sem reboço de dúvida, o que perseguem os direitos fundamentais e os direitos personalíssimos. Essa compreensível preocupação, renovada a cada dia com as manifestações interiores do sujeito exclusivo de direitos, desdobra-se em plúrimas terminologias, ora realçando a conotação pública da tutela, ora enfatizando seu caráter privado. É salutar que seja larga a política protecionista da pessoa vis-à-vis dos poderes constituídos pelo Estado e ao Estado, natural destinatário da abstenção de ordem genérica que ditos direitos humanos ou fundamentais prescrevem, tal qual os privados estabelecem. Os direitos da personalidade seriam, de tal sorte, parcial expressão dos direitos fundamentais ou humanos perante os particulares, não, propriamente, esfera ou ramo daqueles.

Diante das considerações vindas por parte de Jabur, é perceptível que há uma proteção integral relativa a pessoa e ao seu bem-estar, ao passo que os Direitos da Personalidade são entendidos como uma expressão dos Direitos Fundamentais e Humanos.

Em conformidade a isso, Anderson Schreiber (2014, p.13) expõe que as classes distintas de direitos visam contemplar os atributos da personalidade humana e promoverem proteção jurídica, mudando o plano de manifestação da personalidade. Por isso, para Schreiber, os Direitos da Personalidade “[...] sem embargo de encontrarem também fundamento constitucional e proteção nos planos nacional e internacional”.

Não havendo dúvidas no sentido de que os Direitos da Personalidade são alvos de proteção internacional e manifestam-se enquanto expressões tanto dos Direitos Fundamentais quanto dos Direitos Humanos, é que se torna visualizável o controle jurisdicional de convencionalidade como propiciador de guarida aos direitos de natureza personalíssima.

CONCLUSÃO

Perante o elemento chave da pesquisa científica, ou seja, o problema, que neste artigo é representado pela indagação acerca da possibilidade de se compreender o controle jurisdicional de convencionalidade enquanto uma ferramenta que ao fornecer proteção aos Direitos Humanos, também provê a defesa dos Direitos da Personalidade, é possível refletir sobre os seguintes pontos:

A globalização enquanto processo que promove intercomunicações em grande proporção, promoveu a conexão entre nações e atingiu todas as esferas da vida social, o que inclui o Direito. Assim, por meio do liame entre os Estados marcados por complexidades de direitos, o sistema jurídico de cada um deles passou a ter que observar não somente as diretrizes internas, necessitando voltar os olhos também para as normas internacionais. Com isso, instaurou-se um outro processo denominado de internacionalização do Direito.

Mediante o processo de globalização e, conseqüentemente, a internacionalização do Direito, surgiu a proteção de direitos em nível mais alteroso. Dentro dessa contextura, o controle jurisdicional de convencionalidade apresenta-se como um duplo controle por meio do qual é possível compatibilizar, verticalmente, as normas de direito interno com os tratados internacionais de Direitos Humanos, que estejam em vigor no Estado e como resultado, viabiliza maior guarida a direitos.

O controle de convencionalidade é tido como uma obrigação convencional, tendo em vista que todos os órgãos do Estado têm o dever de realizar a harmonização entre Direito doméstico e externo e serve como uma ferramenta que fiscaliza o sistema jurídico nacional, em relação as normas internacionais que o Estado assumiu cumprir. Além disso, estando em sede de convencionalidade, o efeito ressonante produzido é a invalidade procedida da inaplicação da norma que ao ser averiguada, é reconhecida como inconvencional.

Tendo em conta que, primeiro, o controle de convencionalidade é um instrumento que atua ao lado do controle de constitucionalidade, mesmo que em planícies distintas, daí considerado como um duplo controle; segundo, é entendido como uma obrigação convencional em relação a todos os órgãos do Estado e, terceiro, produz consequências contundentes para as normas que se encontrem em dissonância, é possível compreender a valia.

É manifesto que por intermédio do controle de convencionalidade, os Direitos Humanos são cingidos de proteção, tanto é que tais direitos são o objeto da conciliação entre sistemas nacionais e internacionais. No entanto, resta evidente que ao destinar guarida aos Direitos Humanos, os Direitos Fundamentais são abarcados e, em especial, alguns dos Direitos da Personalidade também são alcançados.

Os Direitos da Personalidade são os direitos que cuidam dos elementos necessários para o desenvolvimento da personalidade humana, dirigidos ao ser humano considerado em si mesmo e, em seu aspecto mais íntimo e sem os quais, a pessoa humana restaria prejudicada. São direitos que não possuem um rol taxativo, isso porque o seu surgimento é dinâmico e ocorre conforme as transformações e necessidades sociais.

Os Direitos Fundamentais são os direitos essenciais e reconhecidos constitucionalmente, que visam uma digna existência. No que tange os Direitos Humanos, são os direitos pertencentes a todo ser humano, revestindo-se com o mesmo conteúdo dos Direitos Fundamentais, cuja diferenciação entre ambos reside no campo de projeção, uma vez que esses têm aplicação interna, já aqueles são delineados em sede internacional.

De todo modo, compreende-se que as três esferas de direitos, não obstante deterem suas características próprias, possuem pontos centrais que a todos são pertencentes e, dessa forma, muitos direitos, considerados em espécie, são semelhantes. Por essa razão, considera-se que os Direitos da Personalidade são expressões dos Direitos Fundamentais e Humanos.

Por isso, falar em Direitos da Personalidade, Direitos Fundamentais e Direitos Humanos, é notar que se tratam de três afluentes com vidas e mobilidades próprias, mas

pertencentes a um mesmo rio que desagua em um único foz, qual seja: a proteção integral da pessoa humana.

Portanto, conclui-se que o controle de convencionalidade, mesmo tendo como destinatários certos de salvaguarda os Direitos Humanos, atua também na defesa dos direitos de cunho personalíssimo. Logo, para além dos Direitos Humanos, é plenamente possível que o controle de convencionalidade sirva também como uma ferramenta de proteção aos Direitos da Personalidade.

REFERÊNCIAS

- BAZÁN, Victor. O Controle de Convencionalidade e a Necessidade de Intensificar um Adequado Diálogo Jurisprudencial. **Revista de Direito Público**, Brasília-DF, v.8, n.41, set./out. 2011. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/1953>. Acesso em: 14 nov. 2020.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 10 nov. 2020.
- BRASIL. Lei n. 10.406, 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 10 jan. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em: 30 nov. 2020.
- BITTAR, Carlos Alberto. **Os Direitos da Personalidade**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Estado de direito**. Lisboa: Gradiva, 1999.
- CIDH. CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia) Vs. Brasil**. Exceções, Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 24 de novembro de 2010. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/casos_sentencias.cfm. Acesso em: 16 nov. 2020.
- CUPIS, Adriano de. **Os Direitos da Personalidade**. São Paulo: Quorum, 2008.
- COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos Direitos Humanos**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- FACHIN, Zulmar Antonio; ALÉCIO, Débora. A influência das normas de direitos humanos na Constituição Federal Brasileira de 1988. **Revista de Constitucionalização do Direito Brasileiro – RECONTO**, v.1, n.1, p.1-19, jan./jun., 2018. Disponível em: <http://revistareconto.com.br/index.php/Reconto/article/view/63>. Acesso em: 02 dez. 2020.
- FERMENTÃO, Cleide Aparecida Gomes Rodrigues. Os Direitos da Personalidade como direitos essenciais e a subjetividade do Direito. **Revista Jurídica Cesumar**, v. 6, n. 1, p. 241-

266, 2006. Disponível em:

<https://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/313>. Acesso em: 01 dez. 2020.

GUERRA, Sidney. Controle de convencionalidade. **Revista Jurídica - UNICURITIBA**, v.1, n.46, p.1-21, jul. 2017. Disponível em:

<http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/1994>. Acesso em: 17 nov. 2020.

HOFFMAM, Fernando; SIQUEIRA, Fernanda Lemes. O controle de convencionalidade sob a perspectiva do Direito Processual Constitucional. **Revista Direitos Humanos e Democracia**, v.8, n.15, p.24-40, ago. 2020. Disponível em:

<https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/direitoshumanosedemocracia/article/view/7658>. Acesso em: 16 nov. 2020.

IANNI, Octavio. **A era do globalismo**. 4. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1999.

JABUR, Gilberto Haddad. Os Direitos da Personalidade no Código Civil brasileiro. **Revista Jurídica – UNICURITIBA**, v.1, n.58, p. 434 - 488, jan./mar., 2020. Disponível em:

<http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/3844>. Acesso em: 08 dez. 2020.

JUBILUT, Liliana Lyra. A proteção internacional do ser humano e as transformações no Direito Internacional. In: VEÇOSO, Fabia Fernandes Carvalho (Coord). **Direito Internacional em contexto**. São Paulo: Saraiva, 2012.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Controle jurisdicional da convencionalidade das leis**. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

MENEZES, Joyceane Bezerra de; GOLÇALVES, Camila Figueiredo Oliveira. Das fronteiras à interlocução entre os direitos da personalidade, os direitos fundamentais e os direitos humanos: elementos para a construção da subjetividade. **Revista Jurídica Cesumar**, Maringá – Paraná, v.12, n.1, p.175-203, jan./jun. 2012. Disponível em:

<https://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/2354>. Acesso em: 03 dez. 2020.

MORAIS, Jose Luis Bolzan de; SALDANHA, Jânia Maria Lopes; VIEIRA, Gustavo Oliveira. Sobre a internacionalização do Direito a partir dos Direitos Humanos. Ou: para onde caminha a humanidade.... **Revista Direitos Culturais**, Santo Ângelo, Rio Grande do Sul, v.6, n.11, p.109-132, dez.2011. Disponível em:

<http://srvapp2s.urisan.tche.br/seer/index.php/direitosculturais/article/view/620>. Acesso em: 22 out. 2020.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**: introdução ao direito civil: teoria geral de direito civil. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

PINHO, Rodrigo Cesar Rabello. **Direito Constitucional**: teoria geral da constituição e direitos fundamentais. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

RAMOS, André de Carvalho. **Processo internacional de direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2019.

RAMOS, André de Carvalho. **Teoria dos direitos humanos na ordem internacional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

RIBEIRO, Daniela Menengoti; ROMANCINI, Malu. **Sistema interamericano de direitos humanos: a efetivação dos direitos da personalidade pela interconstitucionalidade**. 1. ed. Maringá: Vivens, 2015.

RIBEIRO, Daniela Menengoti; ROQUE, Gabriel Antonio. A efetividade do direito à liberdade de expressão pelo controle de convencionalidade: a (des)criminalização do desacato no Brasil e os impactos no direito da personalidade. **Revista de Direito Brasileira**, Florianópolis, v.25, n.10, p.221-249, abr. 2020. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/rdb/article/view/5630>. Acesso em: 14 nov. 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SCHREIBER, Anderson. **Direitos da Personalidade**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos de personalidade e sua tutela**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. Direitos da personalidade no Estatuto da Pessoa com Deficiência. In: MALUF, A. C. R. F. D. **Direitos da personalidade: a contribuição de Silmara J. A. Chinellato**. 1. ed. Barueri: Manole, 2019.

VARELLA, Marcelo Dias. **Direito Internacional Público**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

Data de submissão: 02/10/2020

Data de aprovação: 16/10/2020

Data de publicação: 31/12/2020

Este trabalho está licenciado sob uma licença [Creative Commons Attribution 4.0 International License](https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/).

DIREITO E FILOSOFIA DA CIÊNCIA: PARA PENSAR AS PESQUISAS EM DIREITO, SOCIEDADE E TECNOLOGIAS A PARTIR DE GASTON BACHELARD

LAW AND PHILOSOPHY OF SCIENCE: TO THINK ABOUT RESEARCH IN LAW, SOCIETY AND TECHNOLOGIES FROM GASTON BACHELARD

Vinícius da Silva Borba*
José Alexandre Ricciardi Sbizera**

*Mestrando em Direito, Sociedade e Tecnologia pela Escola de Direito das Faculdades Londrina; Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Londrina.

E-mail: borbatjd@gmail.com

**Doutor e Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina; Especialista em Direito e Processo Penal; Professor da Escola de Direito das Faculdades Londrina, em nível de graduação e mestrado.

E-mail: jarsbizera@gmail.com

Como citar: BORBA, Vinicius da Silva; SBIZERA, José Alexandre Ricciardi. Direito e Filosofia da ciência: para pensar as pesquisas em Direito, sociedade e tecnologias a partir de Gaston Bachelard. *Revista do Instituto de Direito Constitucional e Cidadania – IDCC*, Londrina, v. 5, n. 2, e012, ago/dez, 2020. ISSN: 2596-0075. DOI: 10.48159/revistadoidcc.v5n2.borba.sbizera

Resumo: O presente texto articula de maneira pressuposta o Direito e a Filosofia da Ciência para pensar as pesquisas em direito, sociedade e tecnologias a partir de algumas noções do filósofo Gaston Bachelard. Para tanto, o trabalho é dividido em três partes. Na primeira se problematiza a ciência jurídica nos moldes como é feita atualmente. Na segunda se apresentam alguns pontos do pensamento de Gaston Bachelard, explicando conceitos que podem ser utilizados para explicar e avançar a ciência jurídica. Por fim, pensa-se como as pesquisas em direito, sociedade e tecnologias podem se beneficiar pelo pensamento bachelardiano. O método utilizado é o hipotético-dedutivo, de abordagem bibliográfica.

Palavras-chave: Direito e Filosofia da Ciência; Direito, Sociedade e Tecnologias; Direito e Gaston Bachelard.

Resumen: Este texto presupone articular el Derecho y la Filosofía de la Ciencia para pensar la investigación en derecho, sociedad y tecnologías desde algunas nociones del filósofo Gaston Bachelard. Por tanto, el trabajo se divide en tres partes. En la primera, se problematiza la ciencia jurídica de la misma forma que se hace actualmente. En la segunda, se presentan algunos puntos del pensamiento de Gaston Bachelard, explicando conceptos que se pueden utilizar para explicar y hacer avanzar la ciencia jurídica. Finalmente, se considera cómo la investigación en derecho, sociedad y tecnologías puede beneficiarse del pensamiento bachelardiano. El método utilizado es el hipotético-deductivo, con enfoque bibliográfico.

Palabras clave: Derecho y Filosofía de la Ciencia; Derecho, Sociedad y Tecnologías; Derecho y Gaston Bachelard.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho parte da articulação, pressuposta, entre Direito e Filosofia da Ciência para apresentar algumas propostas que fazem pensar as pesquisas em direito, sociedade e tecnologias. Para tanto, se utiliza de um filósofo da ciência nem sempre lembrado nas discussões sobre a produção do conhecimento jurídico, mais tradicionais: Gaston Bachelard.

Em relação à forma, o texto será dividido em três partes. Num primeiro momento, se problematizará algumas noções sobre a ciência jurídica atual, especialmente a partir do cotejamento com algumas considerações pretéritas que influenciaram sobremaneira o modo de fazer pesquisa em direito na contemporaneidade e que, no entanto, se demonstram insuficientes. Numa segunda parte, a ideia é apresentar brevemente alguns aspectos do pensamento deste filósofo, especificamente no que se refere à epistemologia e de como descreve o modo em que a ciência deveria funcionar. Em outra parte, será discutida e problematizada as pesquisas em direito, sobretudo em sua articulação com temas da sociedade e das tecnologias, ou seja, em campos do conhecimento teórico, mas também aplicado, que não trabalham com as técnicas e metodologias estritamente jurídicas. Tudo isso com o objetivo de trazer ideias e conceitos pensados e desenvolvidos por Gaston Bachelard para o campo jurídico, sugerindo-se aberturas de possibilidades e eventuais propostas para ao mesmo tempo ampliar e aprofundar as pesquisas em direito, sociedade e tecnologias.

O método utilizado é o dedutivo e a abordagem é de pesquisa bibliográfica. No entanto, para manter a pertinência metodológica sugerida pelo pensador utilizados, o trabalho se vale também de noções da filosofia, do mesmo modo que não evita buscar em outros pensadores pontos de convergência e aproximação para melhor fundamento do argumento a ser construído.

Ao final, espera-se demonstrar, com o auxílio deste autor, que a pesquisa jurídica deve romper alguns limites tradicionais para que possa se estabelecer como uma ciência capaz de compreender e solucionar os problemas que se apresentam na imbricação entre o direito, a sociedade e as tecnologias no século XXI.

1. DIREITO E FILOSOFIA DA CIÊNCIA

A pesquisa em direito contemporânea é ainda fortemente marcada pelo pensamento da modernidade. Ainda que o projeto da modernidade seja ambicioso e tenha representado um

avanço em diversos pontos em relação ao antigo regime, apresenta, desde há algum tempo, insuficiências para dar conta dos problemas da realidade.

Aquela ciência moderna a qual se apresentava como algo universal, atrelada à ideia de ordem, medida, previsão, controle, reversão; e estabelecia um novo padrão de racionalidade a todos os domínios do conhecimento, desde a física até o mundo político, jurídico e moral, há tempos se encontra em processo de esgotamento. Trata-se daquilo que Boaventura de Sousa Santos (2005), em referência à noção de paradigma epistemológico de Thomas Kuhn (2011), chama de transição paradigmática.

Sem grande esforço, há a possibilidade de encontrar nas pesquisas em direito tradicionais, ainda que de modo não declarado e até mesmo de maneira inconsciente pelos pesquisadores e com diferentes graus de qualidade e noção de ciência, contribuições de Francis Bacon e sua filosofia empírico-analítica de teor indutivista; de Galileu Galilei e suas concepções que fazem da matemática o novo modelo da racionalidade; de René Descartes e suas fragmentações, disjunções e simplificações; de Isaac Newton e sua ideia do mundo como máquina; e sobretudo de Augusto Comte e sua filosofia positivista¹.

Tais contribuições lançaram bases para um tipo de conhecimento com três características, segundo Maria José Esteves de Vasconcellos: a simplicidade, a estabilidade e a objetividade. Quanto à simplicidade, explica a autora que é a crença científica de que há, por trás da aparência de complexidade da realidade, uma simplicidade, ou seja, de que há uma ordem subjacente ao caos e que, portanto, deve o cientista proceder pela simplificação analítica das partes do todo para então compreender o que há ali, escondido (VASCONCELLOS, 2002). Explicando a noção de estabilidade, por sua vez, dirá Vasconcellos (2002, p. 91) que é a crença científica na ideia de que “o mundo é estável, em que o mundo já é, e em que nele as coisas se repetem com regularidade”. Deste modo, concebendo o mundo ordenado cujas leis de funcionamento são simples, imutáveis e podem ser conhecidas, o cientista procura conhecer as relações funcionais entre variáveis. A partir disso, caberia ao cientista “realizar o que geralmente se considera serem os objetivos da ciência: explicar, prever e controlar a ocorrência dos fenômenos no universo” (VASCONCELLOS, 2002, p. 82). Por fim, a características de objetividade aduz que o conhecimento é sempre centrado no objeto, afirmando a capacidade racional do sujeito de anular-se para que apareça somente a coisa em si, qualquer que seja. Assim, se configura a exigência da objetividade. “O sujeito, o cientista, faz tábula rasa de seus

¹ Para maiores aprofundamentos sobre os temas, Cf. LÖWY, Michael, 2009; e VASCONCELLOS, 2002.

juízos e valores, para deixar as coisas falarem” (VASCONCELLOS, 2002, p. 64). Isso levaria ainda, como correlato da anterior, à exigência de neutralidade: “as afirmações do cientista devem ser impessoais e ele deve apresentar apenas os resultados de sua pesquisa; proposições marcadas por posições pessoais não são científicas” (VASCONCELLOS, 2002, p. 64).

Sobre o positivismo filosófico, convém discorrer mais pormenorizadamente, dada a sua importância e influência no pensamento jurídico contemporâneo de maneira geral, mas também em relação à produção e reprodução do conhecimento jurídico em particular. Para tanto, num mesmo sentido, mas de outro modo construída será a explicação dada por Boaventura de Sousa Santos (1989) em sua “Introdução a uma ciência pós-moderna”. Dirá o cientista social português que há três pressupostos metodológicos deste tipo de ciência influenciada sobretudo pelo positivismo. A primeira, é a ideia de que a realidade é dotada de exterioridade, ou seja, a realidade dos objetos existe independentemente do sujeito. A segunda considera que o conhecimento é representação do real, ou seja, não há nenhuma perda, nenhum ruído, nenhum desvio no processo do conhecimento: há identificação entre o objeto e o conhecimento sobre o objeto. A terceira característica, por fim, é a de que existe uma dualidade entre fatos e valores, sendo que estes se referem aos sujeitos enquanto aqueles se referem aos objetos e, com isso, pensa-se na necessidade de separação do conhecimento para que não seja misturado com elementos subjetivos.

Isso tudo levará a ciência jurídica a algumas características e funcionamentos que, se foram um avanço em determinado período, hoje se encontra insuficiente para dar conta dos problemas da realidade do século XXI. Neste sentido, pensa-se que as pesquisas em direito, sociedade e tecnologias, ao ampliar as áreas de estudo, necessitam também de alterações em seus referenciais epistemológicos. Enquanto estudo mais amplo, tanto no que se refere às teorias e conceitos quanto no que se refere à aplicação das pesquisas, urge ampliar também os processos de pesquisa. É assim que se pode utilizar de lições da epistemologia de Gaston Bachelard para a comparar com o uso dos métodos jurídicos tradicionais. Estes, longe de terem assegurados a sua qualidade e desenvolvimento², necessitam de atualização e aprofundamento. É o que se passa a delinear agora.

² Para noções mais aprofundadas e provocativas sobre os problemas pelos quais passam as pesquisas em direito no Brasil, Cf. NOBRE, Marcos *et alii* (2005); CARVALHO (2013); RODRIGUES, GRUBBA (2012).

2. GASTON BACHELARD, PENSAMENTOS E CONCEITOS

Gaston Louis Pierre Bachelard nasceu em junho de 1884 em um vilarejo da região de Champagne, na França. Filho de um sapateiro e de uma comerciante, viveu modestamente. Na escola, destaca-se pela excelência e recebe inúmeros prêmios. Trabalhou como monitor no colégio de Sézanne, como telegrafista no serviço militar, depois na administração dos Correios e na central telefônica; convocado, fica 38 meses no front durante a primeira guerra mundial. Estudou matemática, física, astronomia. Entre 1919 e 1920, obteve posto de professor de filosofia. Em 1927, sua carreira filosófica está apenas começando: defende suas duas teses, sendo que a primeira, “Ensaio sobre o conhecimento aproximado” (2004), principal, examina como os detalhes se acumulam ao longo de uma descrição, como as qualidades se ordenam para chegar a uma classificação objetiva; depois, mostra o papel fundamental do conhecimento aproximado, tanto nas ciências experimentais como nas matemáticas; e, por fim, prepara uma discussão sobre o estatuto da verdade, afirmando que uma filosofia do inexato pode propor um novo sentido aos conceitos de realidade e de verdade (BACHELARD, 2004). Em 1930 instala-se em Dijon e ocupa a cadeira de filosofia da faculdade de letras, dando aulas de filosofia, psicologia e literatura. Produz e publica outros textos, como “O novo espírito científico”, de 1933, e “A formação do espírito científico”, de 1938. De sua fase noturna, pode-se citar “A intuição do instante”, de 1931 e “A poética do devaneio”, de 1960. Presidiu por bastante tempo a Sociedade Francesa de Filosofia. Morreu em 1962. Foi contemporâneo de Henri Bergson, Rudolf Carnap, Ferdinand Gonseth, Sigmund Freud, André Breton, Henri Poincaré, Albert Einstein, Jean Piaget, Georges Canguilhem, Carl Gustav Jung, Heisenberg e Schrödinger. Com uma vasta obra sobre múltiplos temas, é reconhecidamente um pensador não-convencional, tendo construído uma epistemologia de um racionalismo sutil, compreendendo o progresso da ciência como uma sequência de discontinuidades e deu elevada importância ao imaginário (BONTEMS, 2017). Segue-se com algumas considerações a respeito do pensamento de Bachelard, suas noções sobre a filosofia da ciência e seus conceitos.

2.1 VOU-ME EMBORA PRA PASÁRGADA

No caminho do paraíso do poeta, o novo espírito científico deve percorrer o maior número de estradas possíveis, perambular por vias abstratas, imaginadas matematicamente. “Nossa proposta”, dirá Bachelard (2016, p. 8), “é mostrar o grandioso destino do pensamento

científico abstrato”. E, para isso, “temos de provar que o pensamento abstrato não é sinônimo de má consciência científica, como parece sugerir a acusação habitual”.

Assim, ciente de que muitas das abstrações podem não chegar a lugar algum ou que outras podem conduzir a destinos já anteriormente alcançado, o cientista dotado do novo espírito científico, segundo Bachelard, deve ir em busca daquelas abstrações que o levem a um novo conhecimento construído contra o antes estabelecido, nunca ao destino final, nunca ao paraíso do poeta. O cientista dotado do novo espírito científico busca incessantemente a perfeição da Pasárgada – para utilizar noturnamente Bandeira –, mesmo sabendo que ela não existe.

Forneceremos essas provas ao estudar mais de perto as dificuldades de abstrações corretas, ao assinalar a insuficiência dos primeiros esboços, o peso dos primeiros esquemas, ao sublinhar também o caráter discursivo da coerência abstrata e essencial, que nunca alcança seu objetivo de um só golpe e, para mostrar que o processo de abstração não é uniforme, chegaremos até a usar um tom polêmico ao insistir sobre o caráter de obstáculo que tem toda experiência que se pretende concreta e real, natural e imediata (BACHELARD, 2016, p. 8).

No caminho percorrido até o novo conhecimento científico, Bachelard (2016, p. 9) sabe que para “descrever o trajeto que vai da percepção considerada exata até a abstração inspirada pelas objeções da razão” não é possível enquadrar todo o conhecimento, devido às suas diversas formas de transformação, mas acaba por propor, caso fosse forçado a isso, que seria possível distinguir três grandes períodos do pensamento científico: o estado pré-científico, o estado científico e o novo espírito científico. Sendo este último o que mais nos interessa, pois é o momento em que a teoria da relatividade de Einstein deforma conceitos primordiais, que eram tidos como fixados para sempre pelo pensamento de então. “A partir dessa data, a razão multiplica suas objeções, dissocia e religa as noções fundamentais, propõe as abstrações mais audaciosas, ideais, das quais uma única bastaria para tornar célebre um século” (BACHELARD, 2016, p. 9)

A partir daí, pode-se livremente questionar: por que não se dirigir a este campo florido e perfumado, por muitos não encontrado, matematizado no plano mental do cientista, mesmo que seja contrário à verdade vista? O novo espírito científico apresentado por Bachelard nos leva a buscar uma Pasárgada jamais encontrada pelo verdadeiro cientista que, ao encontrar o destino, deve estar pronto a voltar ao início de uma nova jornada.

Mostraremos, de fato, a endosse abusiva do assertórico no apodictico, da memória na razão, insistiremos no fato de que ninguém pode arrogar-se o espírito científico

enquanto não estiver seguro em qualquer momento da vida do pensamento, de reconstruir todo o próprio saber. Só os eixos racionais permitem essa reconstrução (BACHELARD, 2016, p. 10).

Nessa constante perspectiva de reconstrução do conhecimento científico, propõe Bachelard (2016, p. 11) “uma espécie de lei dos três estados para o espírito científico”, pelos quais ele passaria em sua formação: 1) o estado concreto em que o espírito apreende o conhecimento de sua relação primeira com os fenômenos da natureza; 2) o estado concreto abstrato, em que o espírito mesmo utilizando-se da abstração, ainda requer uma representação concreta para lhe dar segurança à abstração formulada; 3) o estado abstrato, em que o espírito deve apartar-se da realidade percebida de modo imediato, entendida como impura e informe (BACHELARD, 2016, p. 11).

À esta lei dos três estados do espírito, a fim de que seja criado e mantido “um interesse vital pela pesquisa desinteressada” (BACHELARD, 2016, p. 12), estabelece também uma lei dos três estados da alma científica apresentadas conforme o interesse de cada uma delas: 1) a alma pueril ou mundana, animada pela “curiosidade ingênua”; 2) a alma professoral, ciosa de seu dogmatismo, imóvel na sua primeira abstração, fixada para sempre nos êxitos escolares da juventude; e, por fim, 3) “a alma com dificuldade de abstrair e de chegar a quintessência, consciência científica dolorosa, entregue aos interesses indutivos sempre imperfeito, no arriscado jogo do pensamento sem suporte experimental estável, perturbada a todo momento pelas objeções da razão, pondo sempre em dúvida o direito particular à abstração, mas absolutamente segura de que a abstração é um dever, o dever científico, a posse enfim purificada do pensamento do mundo”. (BACHELARD, 2016, p. 12-13)

A terceira delas é a alma do cientista tocada pelo novo espírito científico, uma alma jovem e incansável, buscadora da verdade nunca alcançada enquanto realidade perene e imodificável, da verdade pronta para deixar de ser absoluta, da nova verdade a ser refutada, do conhecimento realizado e racionalizado e, ainda assim, pronto para ser posto em dúvida, abstratizado pelo próprio cientista, matematizado além dos olhos da carne e da razão, matematizado pela alma inquieta do construtor de imagens passíveis de serem moldadas e realizadas. Alma disposta a negar o caminho percorrido, pronta para trilhar o novo percurso encontrado.

Diante disso, o novo espírito científico rumo consciente a uma Pasárgada inalcançável, deve “tornar claramente consciente e ativo o prazer da estimulação espiritual na descoberta da verdade” (BACHELARD, 2016, p. 13), movido pela compreensão de que “o amor pela ciência

deve ser um dinamismo psíquico autógeno. No estado de pureza alcançado por uma psicanálise do conhecimento objetivo, a ciência é a estética da inteligência” (BACHELARD, 2016, p. 13).

Assim, o novo espírito científico reconhece que o conhecimento somente avança sob a perspectiva de erros retificados (BACHELARD 2016, p. 14), que é sob essa natural contradição ao que está estabelecido é que pode se falar em avanço do conhecimento, uma vez que “uma hipótese científica que não esbarra em nenhuma contradição, tem tudo para ser uma hipótese inútil” (BACHELARD, 2016, p. 14).

2.1 NO MEIO DO CAMINHO TINHA UMA PEDRA

Num tempo de fatos obscuros, pensamentos não esclarecidos e falseamento das verdades, a formação do espírito científico, tal como proposto por Bachelard (2016, p. 17), propõe que “é em termos de obstáculos que o problema do conhecimento científico deve ser colocado”. Assim, se apresentam ao cientista os obstáculos epistemológicos, como a pedra no meio do caminho do poeta de Itabira.

Se para Drummond uma pedra foi capaz de causar imenso incomodo e aparente frustração, a ponto de não esquecer-la já com as retinas fatigadas por uma longa vida, para Bachelard (2016, p. 17) os obstáculos vão se amontoando e “é no âmago do próprio ato de conhecer que aparecem, por uma espécie de imperativo funcional, lentidões e conflitos”.

Bachelard apresenta os obstáculos epistemológicos como causas de estagnação, causa de regressão, causas de inércia do conhecimento científico, sempre sob a perspectiva de superação inerente ao novo espírito científico. Se de um lado o real não se mostra *prima facie*, se “nunca é o que se poderia achar”, de outro “é sempre o que deveria ser pensado”. (BACHELARD, 2016, p. 17)

Para superar as pedras no caminho, deve o cientista reconhecer que as verdades aceitas são frutos da superação do que se estabelecia como verdade anteriormente, o novo espírito científico deve estar sempre disposto a tanto, a libertar-se da mera imagem do real apreendido empiricamente. “Diante do real, aquilo que cremos saber com clareza ofusca o que deveríamos saber”, dirá Bachelard (2016, p. 18). Deve-se compreender que “aceder à ciência é rejuvenescer espiritualmente, é aceitar uma brusca mutação que contradiz o passado” (BACHELARD, 2016, p. 18).

O primeiro obstáculo epistemológico, talvez o mais emblemático e interligado ao Direito, é a opinião. A opinião sequer deveria ser considerada um obstáculo epistemológico,

não há ciência na opinião, por ser a opinião não científica. Assim, para o filósofo, a ciência, tanto por sua necessidade de coroamento como por princípio, opõe-se absolutamente à opinião. Nas palavras de Bachelard (2016, p. 18) “se em determinada questão, ela legitimar a opinião, é por motivos diversos daqueles que dão origem à opinião; de modo que a opinião está, de direito, sempre errada”.

Para afastar-se da opinião, o espírito científico deve atentar-se para a formulação de problemas a serem respondidos, a fim de que não se responde a uma pergunta não formulada, a um questionamento o qual o próprio espírito científico não seja capaz de formular. “Se não há pergunta, não pode haver conhecimento científico”, pontua Bachelard (2016, p. 18); e a formulação de problemas, então, se apresenta como o requisito para que o conhecimento possa se caracterizar como científico. Em outras palavras: se não há dúvida formulada, nenhum problema a ser respondido, não há conhecimento científico envolvido.

No entanto, o problema resolvido não deixa de ser um novo obstáculo, que por sua vez tende a impedir por meio do conhecimento adquirido pelo esforço científico o instinto formativo do novo espírito científico. Quando o “espírito prefere o que confirma seu saber àquilo que o contradiz, em que gosta mais de respostas que de perguntas”, impera o instinto conservativo, momento em que o espírito científico ávido pela novidade deixa de existir e cessa seu crescimento. Como um epistemólogo irreverente dizia, há vinte anos, “os grandes homens são úteis à ciência na primeira metade de sua vida e nocivos na outra metade”. (BACHELARD, 2016, p. 19).

Instalada no cientista a lei da alma professoral, adquirida por todo um conhecimento racionalmente provado e estabelecido, materializada pelo instinto conservativo, é onde a cabeça bem feita, repleta do saber acumulado e reproduzido, não mais criado por problemas racionalmente formulados, “é infelizmente uma cabeça fechada. É um produto de escola”. (BACHELARD, 2016, p. 20)

Assim, o novo espírito do conhecimento só pode ser reconhecido por meio de problemas sempre formulados e reformulados, em que “a cabeça bem feita precisa então ser refeita” (BACHELARD, 2016, p. 20), oportunidade em que o cientista sempre encontre uma pedra no meio do caminho da Pasárgada; onde o “homem torna-se de uma espécie mutante, ou melhor dizendo, uma espécie que tem a necessidade de mudar, que sofre se não mudar” (BACHELARD, 2016, p. 20), onde o conhecimento é construído contra a conhecimento anterior. Em resumo: “o homem movido pelo espírito científico deseja saber, mas para, imediatamente, melhor questionar” (BACHELARD, 2016, p. 21).

3. PORQUE SER INFERIOR É DIFERENTE DE SER SUPERIOR E ISSO É UMA SUPERIORIDADE A CERTOS MOMENTOS DE VISÃO

Compreender o objeto científico do direito, ou, no caso das pesquisas que articulam o direito, a sociedade e as tecnologias, os seus objetos, no plural, na perspectiva proposta por Bachelard através de problemas formulados, a partir dos espaços cabíveis na teoria do conhecimento, pode significar nobre tentativa a fim de que a ciência jurídica possa, enfim, num dado momento, “delinear os fenômenos e ordenar em série os acontecimentos decisivos de uma experiência” (BACHELARD, 2016, p 7).

De certo, é onde o direito poderia se encontrar, como que “a meio caminho entre o concreto e o abstrato” (BACHELARD, 2016, p. 7), entre fatos e as normas, sociedade e tecnologias, como solução de problemas formulados no direito para a realidade do século XXI.

Poderia, assim, as pesquisas em direito, sociedade e tecnologias, no mesmo sentido do novo espírito científico de formação do conhecimento, realizar-se das concepções jurídicas formuladas do pensamento racional abstrato para aplicarem-se aos fatos do mundo, acontecidos e ainda por acontecer, do pensamento abstrato para o mundo concreto, nos moldes delineados pelo filósofo da poesia e do devaneio?

Conceber o direito como experiência racional a ser aplicada a fatos da realidade formada por fenômenos complexos, que não podem ser apartados do tempo e espaço em que ocorrem, dos sujeitos envolvidos e da solução dada a estes fenômenos complexos, poderia ser esse um caminho para construir uma abstração racional formulada como problema para o Direito?

No sentido da formulação dos problemas por meio da abstração, a alma do cientista em que habita o espírito do novo conhecimento é onde “o pensamento científico é então levado para “construções” mais metafóricas que reais, para espaços de configuração, dos quais o espaço sensível não passa, no fundo, de um pobre exemplo” (BACHELARD, 2016, p.7).

A experiência sensível do Direito, pensado e concebido para se realizar no mundo real, não se afasta da percepção de novos e intensos obstáculos ao real conhecimento do Direito, pleno de novas necessidades de superação do conhecimento estabelecido e tomado como realidade estável, pronta e acabada, como no pensamento matemático einsteiniano, necessário para fundar os novos paradigmas para a física postos na Teoria da Relatividade com o mundo real, o Direito necessita estar disposto a romper com o antes aceito, por meio da novidade a ser construída.

Esse novo espírito científico descrito por Bachelard possibilitaria a reinvenção, a reformulação, a revisão, a transfiguração e, até, a (r)evolução da compreensão do direito, que, muito mais que a natureza e sua física natural, deve estar aberta à aceitação das “não” certezas, da “não” jurisprudência, da “não” moral dominante?

Seria esse um caminho possível para produção do conhecimento na ciência do direito? Ainda mais quando o filósofo do “não”, para trazer novamente algo já acima considerado, mas em nova oportunidade, reconhece que “a ciência, tanto por sua necessidade de coroamento como por princípio, opõe-se absolutamente à opinião. Se, em determinada questão, ela legitimar a opinião, é por motivos diversos daqueles que dão origem à opinião; de modo que, de direito, a opinião está sempre errada” (BACHELARD, 2016, p. 18).

O novo espírito científico deve, por mais que mera opinião, reconhecer a possibilidade que o ato de conhecer determine o rompimento com o conhecimento prévio sobre seu objeto (BACHELARD, 2016, p. 18), como de fato, o direito deve estar sempre propício, enquanto realidade social. Assim, olhar para o direito sob a perspectiva dos problemas que lhe são formulados, a fim de que possa responder as questões apresentadas, no caminho da construção do conhecimento jurídico imbricado nas demandas latentes da sociedade do conhecimento em contexto tecnológico do século XXI.

Sem que essa ideia possível signifique o rompimento com toda a construção do direito existente, pois, segundo Bachelard (2016, p. 18),

a ideia de partir do zero para fundamentar e aumentar o próprio acervo só pode vingar em culturas de simples justaposição, em que um fato conhecido é imediatamente uma riqueza. Mas, diante do mistério do real, a alma não pode, por decreto, tornar-se ingênua. É impossível anular, de um só golpe, todos os conhecimentos habituais. Diante do real, aquilo que cremos saber com clareza, ofusca o que deveríamos saber. Quando o espírito se apresenta à cultura científica, nunca é jovem. Aliás, é bem velho, porque tem a ideia de seus preconceitos. Aceder à ciência é rejuvenescer espiritualmente, é aceitar uma brusca mutação que contradiz o passado.

A sociedade em rede já não se adequa ao direito posto e restrito aos velhos conhecimentos, mas também não pode abdicar de toda a construção desenvolvida e anteriormente realizada, que trouxe essa mesma sociedade a um momento em que podemos realizar e pensar sobre o exercício do novo no direito. É necessário pensar na necessária interação entre este e os novos desafios decorrentes das relações tecnológicas que surgem a uma espantosa velocidade.

Da necessidade da solução de problemas, não cessam as construções de novos problemas e novos e novos problemas para que não se responda com o obstáculo da opinião.

Em primeiro lugar é preciso saber formular problemas. E, digam o que disserem, na vida científica os problemas não se formulam de modo espontâneo. É justamente esse sentido do problema que caracteriza o verdadeiro espírito científico. Para o espírito científico, todo o conhecimento é resposta a uma pergunta. Se não há pergunta, não pode haver conhecimento científico. Nada é evidente. Nada é gratuito. Tudo é construído (BACHELARD, 2016, p. 18).

É por assim dizer que o direito, tal qual o novo espírito científico bachelardiano, enfrenta os obstáculos a seu desenvolvimento, entre o instinto conservativo compreendido no Direito, como conjunto de regras aplicáveis a uma realidade existente e inserida em determinado tempo e espaço, e o instinto formativo, necessário a compreensão da realidade permanentemente nova que se apresenta ao direito, com novos problemas a ele formulados, sedento por soluções adequadas e, reformadoras das respostas anteriores, por vezes, insatisfatórias.

O que não é o direito, se não a frustração de uma perspectiva enquanto considerada antijurídica? Como não admitir que o direito posto na realidade como regulador de conflitos, não vai por certo frustrar a realização do que entende como antijurídico, e quando este eventualmente realizado, não objetiva uma reparação dessa antijuridicidade e a cessação de seus efeitos antijurídicos e indesejáveis, ou a aceitação como jurídico do antes considerado antijurídico, ou vice-versa?

Parece claro que este exercício é constante e demonstrável, como quando se criminaliza uma conduta até então considerada lícita, ou se reconhece a abolitio criminis de uma ação que não se amolda mais a um conceito de delito, por exemplo.

Assim, o Direito pode, como toda cultura científica começar a se colocar “em estado de mobilização permanente, substituir o saber fechado e estático por um conhecimento aberto e dinâmico, dialetizar todas as variáveis experimentais, oferecer enfim à razão razões para evoluir”, conforme ensina Bachelard (2016, p. 24).

Nessa perspectiva de construção do Direito como superação de obstáculos epistemológicos, como proposto por Bachelard, é possível construir um pensamento jurídico sob a perspectiva da melhor solução dos conflitos que são apresentados para a regulação de uma sociedade democrática de direito.

Uma ciência do direito que não esbarre na convicção equivocada da realidade da observação primeira (BACHELARD, 2016, p. 25) e não despreze a compreensão dessa mesma observação, reconhecendo a dialética dos obstáculos epistemológicos

a tal ponto, que se pode falar de uma lei psicológica da bipolaridade dos erros. Assim que uma dificuldade se revela importante, pode-se ter a certeza de que, ao superá-la, vai-se deparar com um obstáculo oposto. Tal regularidade na dialética dos erros não

pode provir naturalmente do mundo objetivo. A nosso ver, ela procede da atitude polêmica do pensamento científico diante da cidadela dos sábios. Como na atividade científica, temos de inventar, temos de considerar o fenômeno, criticando o fenômeno dos outros. Pouco a pouco, somos levados a converter nossas objeções em objetos, a transformar nossas críticas em leis. Insistimos em variar o fenômeno no sentido de nossa oposição ao saber do outro. É sobretudo numa ciência jovem que se encontra essa indesejável originalidade que só contribui para reforçar os obstáculos contrários (BACHELARD, 2016, p. 26).

Então, no conhecimento formado sob o novo espírito da ciência, já não há espaço para a verdade não realizada e não racionalizada, mas para um mundo de novas verdades que possam se realizar e se racionalizar a partir da abstração.

Mesmo a percorrer o caminho mais provável e adequado, o cientista seguidor do novo espírito científico, sabe que não encontrará o paraíso do poeta. Sabe que o novo espírito científico, onde reside a alma com dificuldade de abstrair e de chegar à quintessência (BACHELARD, 2016, p. 13), nunca chegará a Pasárgada, porque esta não existe. Tão certo disso, se um dia encontrar um mundo ideal e acabado, em termos de conhecimento científico, deve-se reconhecer como mero repetidor do conhecimento adquirido, habitado pela alma professoral que está pronto para alcançar como ponto final o provado e reconhecido como último conhecido, então será velho e conformado.

Assim, o novo espírito científico descrito por Bachelard, na perspectiva de problemas a serem resolvidos, disposto a superar os obstáculos que se apresentam ao conhecimento, e nessa perspectiva suficiente ao direito, que deve estar pronto a duvidar de todo conhecimento previamente conhecido por meio de problemas construídos racionalmente, sem deixar de aceitá-lo como realização imperfeita e já existente.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em sede de considerações finais, pode-se pensar que na perspectiva de produção do conhecimento tal qual proposta e apresentada por Bachelard, em que o conhecimento científico é construído a partir da solução de problemas, pode influir no modo pelo qual do Direito, numa sociedade da informação, do conhecimento, da inovação e da tecnologia já não pode se estabelecer como conjunto de regras prontas e acabadas, em especial quando o conhecimento jurídico onde estas regras foram pensadas, já não é o mesmo que ora se apresenta, cheio de relações novas advindas destas novas configurações.

É possível e necessário que se olhe para o direito na sociedade da informação, do conhecimento, da inovação e da tecnologia como uma ciência repleta de problemas formulados

e ainda não respondidos, que não pode meramente romper como todo o conhecimento já estabelecido, mas necessariamente disposto a reconhecer as revoluções diárias a que está exposta este novo tipo de sociedade.

Há, assim, uma imensidão de obstáculos epistemológicos a serem superados no campo do conhecimento do direito, os quais devem ser compreendidos como existentes e ávidos de respostas condizentes com o fim que a que se propõe. Diante disso, apesar do instinto conservativo do conhecimento imperar no direito, a transfiguração do direito na sociedade da informação e do conhecimento não pode recusar a jovialidade do espírito científico motivado pelo instinto formativo (BACHELARD, 2016, 19), afim de que melhor se aproxime de um modelo de perfeição, o qual, por certo, não será alcançado.

REFERÊNCIAS

- BACHELARD, Gaston. **A formação do espírito científico**: contribuição para uma psicanálise do conhecimento. Rio de Janeiro: Contraponto, 1996.
- BACHELARD, Gaston. **Ensaio sobre o conhecimento aproximado**. Tradução de Estela dos Santos Abreu. Rio de Janeiro: Contraponto, 2004.
- BONTEMS, Vincent. **Bachelard**. Tradução de Nícia Adan Bonatti. São Paulo: Estação Liberdade, 2017.
- CARVALHO, Salo de. **Como não se faz um trabalho de conclusão**: provocações úteis para orientadores e estudantes de direito. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2013
- KUHN, Thomas. **A estrutura das revoluções científicas**. Tradução de Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. 10 ed. São Paulo: Perspectiva, 2011.
- LÖWY, Michael. **As aventuras de Karl Marx contra o Barão de Münchhausen**: marxismo e positivismo na sociologia do conhecimento.
- NOBRE, Marcos *et alii*. **O que é pesquisa em direito?** São Paulo: Quartier Latin, 2005.
- RODRIGUES, Horácio Wanderlei; GRUBBA, Leilane Serratine. **Conhecer direito I**: a teoria do conhecimento no século XX e a ciência do direito. Florianópolis: Fundação Boiteaux, 2012.
- SOUSA SANTOS, Boaventura de. **Introdução a uma ciência pós-moderna**. Rio de Janeiro: Graal, 1989.

SOUSA SANTOS, Boaventura de. **Para um novo senso comum**: a ciência, o direito e a política na transição paradigmática: A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência. 5 ed. São Paulo: Cortez, 2005.

VASCONCELLOS, Maria José Esteves de. **Pensamento sistêmico**: o novo paradigma da ciência. Campinas: Papirus, 2002.

Data de submissão: 02/10/2020

Data de aprovação: 16/10/2020

Data de publicação: 31/12/2020

Este trabalho está licenciado sob uma licença Creative Commons Attribution 4.0 International License.

SISTEMAS DE *IMPEACHMENT* NO BRASIL EM NÍVEL NACIONAL E SUBNACIONAL: BREVE PANORAMA COMPARATIVO

IMPEACHMENT SYSTEMS IN BRAZIL AT NATIONAL AND SUBNATIONAL LEVEL: BRIEF COMPARATIVE OVERVIEW

Luís Fernando Sgarbossa*
Geziela Iensue**

* Doutor e Mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná – UFPR. Professor Adjunto da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul – UFMS. Líder do Núcleo de Pesquisa em Estado e Política – NUPEPOL e Coordenador do Projeto de Pesquisa Observatório Constitucional: Direito Constitucional Comparado interno e externo.

E-mail:
luis.sgarbossa@ufms.br

** Doutora em Direito pela Universidade Federal do Paraná – UFPR. Professora Adjunta da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul – UFMS. Coordenadora do Projeto de Pesquisa Observatório Constitucional: Direito Constitucional Comparado interno e externo.

E-mail:
igeziela@gmail.com

Como citar: SGARBOSSA, Luís Fernando; IENSUE, Geziela. Sistema de *impeachment* no Brasil em nível nacional e subnacional: breve panorama comparativo. **Revista do Instituto de Direito Constitucional e Cidadania – IDCC**, Londrina, v. 5, n. 2, e013, ago/dez, 2020. ISSN: 2596-0075. DOI: 10.48159/revistadoidcc.v5n2.sgarbossa.iensue

Resumo: O *impeachment* é um importante instituto de origem anglo-americana presente no sistema constitucional brasileiro, mas pouco estudado em nível estadual. Recentemente diversos pedidos de impedimento de governadores acabaram por trazer à baila questões relativas às diferenças entre os modelos adotados em nível federal e em nível estadual e distrital. O presente estudo, após a contextualização histórica do tema, identifica os modelos existentes e, valendo-se de uma perspectiva comparativa, examina as semelhanças e diferenças entre o mecanismo de responsabilidade político-jurídica em nível nacional e subnacional no Brasil. Examinando questões como a assimetria entre o legislativo federal bicameral e os legislativos subnacionais unicamerais, o artigo evidencia que a despeito do modelo cameral de *impeachment* ser adotado pela Constituição de 1988, o Direito Constitucional Estadual acaba por encampar o modelo de tribunal especial, bem como as peculiares razões de tal situação, notadamente a aplicação da Lei n. 1.079/50 como lei nacional pelo Supremo Tribunal Federal e consequente imposição do modelo por ela estabelecido como modelo subsidiário como paradigma de observância obrigatória pelos constituintes estaduais.

Palavras-chave: *Impeachment*; modelo cameral; modelo de tribunal especial; Direito Constitucional Estadual brasileiro.

Abstract: Impeachment is an important Anglo-American institute present in the Brazilian constitutional system, but little studied at the state level. Recently, several requests for impeachment of governors have raised issues related to the differences between the models adopted at the federal level and at the state and federal district levels. This study, after provide the historical context of the issue, identifies the existing models and, using a comparative perspective, examines the similarities and differences between the models of impeachment adopted at national and subnational

levels in Brazil. Examining issues such as the asymmetry between the bicameral federal legislature and the unicameral subnational legislatures, the article shows that despite the cameral model of impeachment being adopted by the 1988 Constitution, the State Constitutional Law embraces the special court model, as well as the peculiar reasons for this situation, mainly the application of Federal Law no. 1079/50 as national law by the Federal Supreme Court and the consequent imposition of the model established by it as a subsidiary model as a paradigm of mandatory observance by state constitutions.

Keywords: Impeachment; cameral model; special court model; Brazilian State Constitutional Law.

1. INTRODUÇÃO

O impeachment ou impedimento é um mecanismo político-jurídico de destituição de autoridades públicas ou deslegitimação democrática que, apesar das várias críticas de que é objeto, encontra-se em evidência no Brasil e no mundo, o que fica evidente em recentes episódios, a saber, não só o impedimento da Presidente Dilma Roussef, como também das propostas contra os presidentes Donald Trump e Jair Bolsonaro. Apesar de algo negligenciado, o instituto em nível subnacional tem adquirido maior visibilidade mais recentemente, especialmente o impedimento de governadores, diante dos procedimentos instaurados contra os governadores do Rio de Janeiro, Wilson Witzel (PSC), do Estado de São Paulo, João Dória (PSDB) e do Estado de Santa Catarina, Carlos Moisés (PSL).

O mecanismo evidencia que, vez por outra, retorna a discussão sobre os mecanismos de deslegitimação democrática, típicos da ideia de contrademocracia na terminologia de ROSANVALLON (2007), que não se confunde com antidemocracia (BRENNAN, 2017) e nem com as críticas à democracia eletiva (VAN REYBOUCK, 2016), constituindo antes concepção centrada em mecanismos de controle e, inclusive, destituição de mandatários eleitos, tais como o impedimento e a revogação (*recall*), enfatizando a proteção contra o mau governo.

O presente estudo, após a contextualização histórica e modelização do instituto, pretende proporcionar um panorama do impedimento no Brasil, abordando-o tanto em nível federal quanto em nível estadual, de forma histórico-comparativa, evidenciando os modelos de impeachment adotados pelo sistema político-jurídico brasileiro em nível federal e subnacional e, ao final, realizando algumas apreciações críticas.

2. HISTÓRICO DO INSTITUTO DO *IMPEACHMENT*

Do ponto de vista histórico o instituto do impedimento parece ter suas origens na Inglaterra, de acordo com a literatura dedicada ao tema, encontrando-se registros de sua existência naquele país a partir do século XIV (FIGUEIREDO, 1965). Parece constituir claramente uma institucionalização de ideias filosófico-políticas medievais e, posteriormente, modernas, que contrapunham o governante e os governados (*rex e regnum*) e propugnavam, de diferentes maneiras, a limitação dos poderes dos primeiros e seu controle pelos últimos. Essa tradição de pensamento cujo representante máximo na Inglaterra parece ser John Locke, irá desembocar, mais adiante, no parlamentarismo e em seus institutos, passando, anteriormente, pelo instituto em exame. Entre os séculos XIV e XVIII, principalmente, estabeleceu-se que as

mais diversas autoridades públicas britânicas estariam sujeitas ao processo e à sanção do impedimento, sendo que o instituto pareceu entrar em declínio naquele país em meados do século XIX, ao que parece exatamente pela emergência dos mecanismos parlamentaristas de responsabilização política, nomeadamente pelo voto de censura/moção de desconfiança (FIGUEIREDO, 1965).

Da tradição político-constitucional britânica o instituto parece ter sido transposto para a América do Norte, primeiramente no Direito Constitucional de algumas das treze ex-colônias¹ e, posteriormente, nos Estados Unidos da América, com a Constituição de 1787, que o contemplou no art. 1º, seção 2, item 5 e seção 3, itens 6 e 7, bem como no art. 2º, seções 2 e 4, com feições bastante semelhantes às da matriz britânica, pois, sabidamente, ambos os sistemas adotam a configuração cameral do instituto, como se verá no item seguinte.

A partir de suas origens anglo-americanas (FACHIN, 2013), o impedimento conheceu difusão pelos mais variados sistemas constitucionais do mundo, e, no que se refere à América Latina, foi recepcionado juntamente com o presidencialismo calcado no modelo estadunidense, por força do relevo assumido por este na região após as independências das ex-colônias espanholas e portuguesas. É o caso do Brasil, que com a proclamação da república adota o princípio da responsabilidade dos governantes e, inclusive, do chefe do Poder Executivo, adotando a instituição do impedimento em sua primeira constituição republicana, como se verá adiante.

De modo geral o instituto do *impeachment* é atualmente associado ao sistema de governo presidencialista, e é objeto de celeumas doutrinárias bastante antigas e conhecidas, sendo alvo de críticas doutrinárias especialmente por força de sua típica inoperância e parca efetividade. De todo modo, como dito, vez por outra ressurgem situações por vezes dramáticas a partir do manejo do mesmo, de modo que sua compreensão e discussão não é, de modo algum, irrelevante. Feita tal contextualização histórica geral, convém examinarem-se as diferentes configurações ou contornos assumidos pelo impedimento no mundo, o que se passa a fazer o tópico sucessivo.

¹ Assim encontram-se registros do instituto, por exemplo, nas constituições de Delaware, Pensilvânia e Carolina do Norte, todas do ano de 1776, entre outras.

3. SISTEMAS OU MODELOS DE IMPEDIMENTO NO MUNDO

Um panorama comparativo evidencia existirem três sistemas principais de impedimento no mundo, a saber, o sistema cameral, o sistema judicial e o sistema misto (FIGUEIREDO, 1965). O sistema cameral, que se poderia também chamar de anglo-americano, é o mais célebre e encontra suas origens imediatas no Direito Constitucional norte-americano e mediatas no constitucionalismo britânico (SGARBOSSA, 2016), como já examinado. Nele o processo de julgamento da autoridade acusada pela prática de crime de responsabilidade é feito perante as câmaras ou casas do órgão legislativo bicameral – parlamento, assembleia, congresso ou equivalente – sendo normalmente a acusação ou pronúncia feita pela câmara baixa (*House of Commons, House of Representatives, Câmara dos Deputados* ou equivalente) e o julgamento pela câmara alta (*House of Lords, Senado, Conselho Federal* ou equivalente).

O sistema judicial, por sua vez, é aquele no qual o processo por crime de responsabilidade é da competência de algum tribunal ou corte integrante do Poder Judiciário do Estado, normalmente a mais alta corte (Suprema Corte) ou a corte constitucional, se existente. Nele, por conseguinte, o impeachment de certas autoridades públicas compete a órgãos judiciais permanentes e preexistentes (FIGUEIREDO, 1965), sejam eles responsáveis pela jurisdição em geral, sejam os detentores da jurisdição constitucional em sentido estrito.

Além dos dois sistemas referidos, constata-se ainda a existência de um terceiro sistema, dito misto, de tribunal *ad hoc*, que se poderia também chamar de sistema de tribunal especial (BARBOSA FILHO, 2018) ou ainda de jurisdição mista. Nele o processo e julgamento pelo *impeachment* não compete às casas do órgão legislativo bicameral nem a algum tribunal ou corte permanente preestabelecido, mas a um tribunal ou corte *ad hoc*, especialmente constituído para fins do processo e julgamento do *impeachment*. Nesse modelo, em geral o órgão é constituído em parte por magistrados (em geral da suprema corte ou corte constitucional) e em parte por parlamentares, donde decorre a denominação de misto (FIGUEIREDO, 1965). Tal órgão político-judicial especialmente constituído para processar e/ou julgar o processo de impedimento é temporário e dotado de competência restrita e específica, pelo que, findo o julgamento, dissolve-se.²

² Interessante observar que, considerando-se a natureza mista do *impeachment*, reputado mecanismo simultaneamente político e jurídico de responsabilização, o modelo de jurisdição mista ou tribunal especial parece particularmente adequado, ao menos em princípio, embora enfrente alguns problemas concretos e seja objeto de certas críticas importantes, como se verá.

Essa modelização parece ser capaz de descrever a maioria dos sistemas encontrados na engenharia constitucional comparada, embora seja oportuno ressaltar um aspecto relevante, qual seja, o fato de que é possível combinar esses diversos modelos em um mesmo sistema político-jurídico. Isso significa que é possível submeter diferentes agentes públicos a diferentes modelos de responsabilização político-jurídica, de modo que em um único sistema jurídico poderá haver casos de impedimento subsumíveis ao modelo cameral e outros subsumíveis ao modelo judicial, por exemplo, sendo possível um ecletismo na configuração do instituto, como se verá logo a seguir, ao se examinar o desenvolvimento do instituto no Brasil.

O que por vezes pode dificultar a percepção clara desse fenômeno é, presumivelmente, a proeminência de que goza o impedimento do chefe do poder executivo, que acaba por eclipsar as demais hipóteses, podendo por vezes traduzir a falsa impressão de que os modelos mencionados são excludentes quando, em realidade, são passíveis de combinação.

Feita esta breve modelização e registrados tais aspectos que redundam em certa complexidade ao examinar sistemas concretos ou históricos, resta identificar como se configura o *impeachment* no Brasil, primeiramente em perspectiva histórica e em nível federal, para, depois, ser possível traçar um quadro comparativo do instituto em nível subnacional na contemporaneidade.

4. *IMPEACHMENT* NO BRASIL

4.1. DESENVOLVIMENTO DO INSTITUTO NO SISTEMA JURÍDICO NACIONAL

O instituto jurídico-político do impedimento inexistia sob a primeira constituição brasileira, a Constituição do Império de 1824, cujo artigo 99 consagrava a inviolabilidade da pessoa do imperador, sendo sabido que o Direito Constitucional brasileiro até então ostentava feições inspiradas no direito europeu continental. Desse modo, o processo político-jurídico do impedimento é recepcionado materialmente pelo direito brasileiro com a proclamação da República, sendo consagrado na Constituição de 1891 na modalidade cameral (arts. 53 e 54)³, no que diz respeito à responsabilidade do Presidente da República, no bojo de um amplo processo de recepção de instituições constitucionais de origem norte-americana.

³ O art. 53 da Constituição de 1891 estabelecia que o Presidente estaria sujeito a julgamento, por crime de responsabilidade, perante o Senado, após deliberação de procedência da acusação perante a Câmara. Os crimes de responsabilidade do Presidente vinham elencados nos oito itens do art. 54.

A Constituição de 1934, inovadora em diversos aspectos, manteve o instituto, mas modificou o modelo adotado, consagrando um sistema misto ou de tribunal *ad hoc* em seu art. 58, para a mesma hipótese (TRIGUEIRO, 1980, p. 190).⁴ Logo em seguida, a Constituição de 1937 restabeleceu o sistema cameral em seu art. 86.⁵ Tal modelo é mantido desde então pelas constituições de 1946 (arts. 88 e 89)⁶, 1967 (art. 84 e 85)⁷, 1969 (art. 82 e 83)⁸ e, por fim, 1988 (arts. 85 e 86)⁹, com algumas alterações de uma carta para outra. As referências aqui feitas são, sempre, relativamente ao impedimento do Chefe do Executivo federal, ressaltando-se que, como se verá no item a seguir, o sistema jurídico brasileiro contempla, na atualidade, diferentes modelos para diferentes hipóteses, ou seja, diferentes agentes públicos estão sujeitos a diferentes sistemas de impedimento.¹⁰

Conclusivamente, observe-se que a casuística no país, examinando-se casos envolvendo o chefe do executivo federal, evidencia que diversos presidentes enfrentaram pedidos de *impeachment* – entre eles Floriano Peixoto, Campos Salles, Hermes da Fonseca, José Sarney, Fernando Collor de Mello, Itamar Franco, Fernando Henrique Cardoso, José Inácio Lula da Silva, Dilma Roussef, Michel Temer e Jair Bolsonaro. De todo modo, os casos mais

⁴ O art. 57 da Constituição de 1934 tipificava os crimes de responsabilidade do chefe do executivo federal (alíneas “a” a “i”). O art. 58 previa que o mesmo seria processado e julgado por crimes de responsabilidade por um Tribunal Especial, presidido pelo Presidente da Suprema Corte e composto por nove juízes, sendo três da mesma corte, três deputados e três senadores, possuindo o presidente apenas voto de qualidade. Os membros do referido órgão seriam escolhidos por sorteio (art. 58 § 1º). Os parágrafos 2º a 6º do dispositivo constitucional estabeleciam uma série de pormenores sobre o procedimento e o parágrafo 7º previa limitar-se a competência do órgão a perda do cargo e inabilitação para o exercício de qualquer função pública por até cinco anos. Note-se que em tal modelo preponderavam, numericamente, os parlamentares, e que a metodologia de sorteio, aplicável a membros magistrados e parlamentares, reduzia a nuance de tribunal de exceção, ao reduzir a possibilidade de direcionamento da composição do órgão, seja em favor, seja em desfavor do acusado.

⁵ O art. 85 da Carta de 1937 tipificava os crimes de responsabilidade (alíneas “a” a “e”). O art. 86 previa admissibilidade da acusação do presidente por crime de responsabilidade por maioria de dois terços dos votos da Câmara, e julgamento perante o Conselho Federal, câmara alta ou segunda casa legislativa que naquela constituição substituíra o Senado, sendo integrado por representantes dos Estados (um por Estado, eleito pela Assembleia Legislativa para mandato de seis anos) mais dez membros nomeados pelo presidente, nos termos do art. 38 §§ 1º e 2º e do art. 50, parágrafo único. A pena continuava a ser a perda do cargo e inabilitação para o exercício de qualquer função pública por até cinco anos, nos termos do parágrafo 1º do art. 86.

⁶ O artigo 89 da Carta de 1946 previa os crimes de responsabilidade do presidente (incisos I a VIII). O art. 88 previa julgamento do mesmo pelo Senado, por acusação de tais infrações político-administrativas, após deliberação da maioria absoluta dos membros da Câmara dos Deputados.

⁷ O art. 84 daquela carta estabelecia os crimes de responsabilidade do chefe do executivo em sete incisos. O art. 85 previa julgamento perante o Senado, após acusação pela Câmara aprovada por dois terços dos votos.

⁸ O art. 82 tipificava os crimes de responsabilidade do presidente. O art. 83 Mantinha a mesma sistemática estabelecida pelo art. 85 da Constituição precedente.

⁹ Nesta última, como é sabido, o art. 85 prevê os crimes de responsabilidade do chefe de Estado e governo e o art. 86 regula o modelo cameral para a espécie, estabelecendo julgamento perante o Senado se julgada procedente a acusação por maioria qualificada de dois terços dos votos perante a Câmara.

¹⁰ Diversas normas constitucionais em sucessivas constituições previam a regulação dos crimes de responsabilidade e de seu processo e julgamento pela legislação infraconstitucional, sendo que em 10 de abril de 1950 foi promulgada a Lei n. 1.079, que até hoje regula a matéria, da qual algumas disposições serão examinadas logo adiante.

emblemáticos, até hoje, são os de Fernando Collor (1992) e Dilma Roussef (2016), por constituírem os primeiros casos de impeachment bem-sucedidos na história do país.¹¹

4.2. SISTEMA BRASILEIRO ATUAL

O sistema de *impeachment* atualmente adotado no Brasil, de uma perspectiva abrangente ou compreensiva, pode ser considerado eclético, na medida em que, para diferentes hipóteses e diferentes agentes públicos adota tanto o modelo cameral quanto os modelos judicial e misto, embora o último apenas em nível estadual, como se verá.

No que diz respeito à responsabilidade por infração político-administrativa do Presidente da República, o sistema brasileiro atual é, como na maioria das constituições precedentes, cameral. A denúncia contra o chefe do executivo federal pode ser feita por qualquer cidadão, podendo ser admitida pela Câmara dos Deputados, por maioria qualificada de 2/3 dos votos, e sendo julgada pelo Senado Federal, presidido pelo Presidente do Supremo Tribunal Federal¹², também por 2/3 dos Senadores (CF/88, arts. 51, I; 52, I e II; 85 e 86) (FACHIN, 2013).

O mesmo sistema é adotado também quanto ao vice-presidente, bem como quanto aos Ministros de Estado e Comandantes das Forças Armadas, em caso de conexão do crime de responsabilidade praticado pelo Presidente (art. 52, I). Sujeitam-se ainda a processo e julgamento por infração político-administrativa pelo sistema cameral os Ministros do Supremo Tribunal Federal, os membros do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público, o Procurador-Geral da República e o Advogado-Geral da União (art. 52, II).

Apesar disso, o modelo judicial também é consagrado pela atual ordem constitucional, que contempla hipóteses de competência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, entre outras.¹³ Assim, é da competência originária do STF o processo e julgamento

¹¹ Quanto ao *impeachment* de governadores, parece haver o registro de apenas um caso bem-sucedido, a saber, o do governador de Alagoas, Muniz Falcão, em 1957, embora posteriormente anulado pelo Supremo Tribunal Federal. Verifica-se, por conseguinte, que o instituto possui parca eficácia também em nível subnacional. Registre-se, ainda, que particularmente importantes foram as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal na matéria, especialmente nos casos do *impeachment* de Fernando Collor (MS 21.564, de 1992) e de Dilma Roussef, sendo que a decisão fundamental no último caso é a proferida pelo Supremo na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 378, julgada em 2015, que será objeto de referência mais detida adiante.

¹² Tal presidência não é suficiente, por si só, para descaracterizar o caráter cameral e torná-lo misto, pois ao Presidente do STF incumbe apenas a presidência e condução dos trabalhos, não assim a decisão, que, como é sabido, compete aos Senadores.

¹³ É também judicial o impedimento contra membros da magistratura federal, do trabalho e militar, de competência dos Tribunais Regionais Federais (art. 108, I, “a” da CF/88). A competência dos Tribunais de

do *impeachment* contra ministros de Estado e Comandantes da Marinha, Exército e Aeronáutica que não tenham conexão com crime de responsabilidade do Presidente da República (art. 102, I, “c”). De outro lado compete originariamente ao STJ o processo e julgamento, por crime de responsabilidade, dos desembargadores dos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, dos membros dos Tribunais de Contrariedades estaduais e distrital, dos membros dos Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais Regionais Eleitorais e dos Tribunais Regionais do Trabalho, bem como dos membros dos conselhos ou tribunais de contas municipais e, ainda, membros do Ministério Público da União atuantes perante tribunais (art. 105, I, “a”). Em todas essas hipóteses, por conseguinte, configura-se claramente o modelo judicial.

Por conseguinte, em nível federal, no Brasil, encontra-se a aplicação de dois dos três modelos examinados, como visto, cameral e judicial. Embora o texto constitucional federal atual não preveja hipóteses subsumíveis ao modelo de jurisdição mista, diversamente do que ocorria sob a carta de 1934, como visto, ao se examinar do Direito Constitucional Estadual brasileiro constata-se ampla adoção do modelo, como se passa a examinar no tópico seguinte.

4.2.1. PANORAMA DO *IMPEACHMENT* EM NÍVEL SUBNACIONAL

Diversamente do que ocorre no plano federal, no nível subnacional – ou seja, estadual e distrital – constata-se a consagração dos três modelos existentes de impedimento, ou seja, tanto cameral quanto judicial e misto, seja o último decorrente de opção constituinte estadual ou mesmo de aplicação compulsória de norma infraconstitucional federal, como se verá (BARBOSA FILHO, 2018).

No que diz respeito ao julgamento do governador do Estado, caso mais emblemático e relevante na esfera estadual, prepondera largamente, *no texto* das constituições estaduais, o modelo cameral, embora haja alguns Estados dele tenham se apartado em princípio, acabando por adotar em suas cartas, originalmente, o sistema misto de julgamento por tribunal *ad hoc* ou especial, como se verá em maior detalhe – e embora recentes decisões proferidas pelo STF tenham exercido forte impacto na matéria. No que diz respeito ao impedimento de outras autoridades estaduais ou municipais, as diversas constituições tenderão a adotar hipóteses que se amoldam ao modelo cameral e hipóteses que se amoldam ao modelo judicial.

Justiça é definida pelas constituições estaduais e pela legislação estadual de organização judiciária, de acordo com a Constituição Federal (art. 125 § 1º).

Assim, exemplificativamente, a Constituição mineira de 1989 prevê a competência da Assembleia Legislativa para o juízo de admissibilidade bem como para o processo de julgamento do chefe do executivo estadual por crime de responsabilidade (art. 91 § 3º; art. 62, XIII e XIV), filiando-se assim ao sistema cameral.¹⁴ A mesma carta consagra o modelo judicial para outras hipóteses, ao atribuir ao Tribunal de Justiça competência para processar e julgar o impedimento de Secretários de Estado, juízes do Tribunal de Justiça Militar, juízes de Direito e membros do Ministério Público, bem como dos comandantes-gerais da Polícia Militar e do Corpo de Bombeiros e, ainda, o Chefe da Polícia Civil e os Prefeitos Municipais (art. 106, I, “b”).

Como se vê, tal qual ocorre em nível federal, no plano subnacional repete-se a coexistência de ambos os modelos principais – cameral e judicial – para diferentes hipóteses, embora haja importantes alterações no primeiro, especialmente em função do unicameralismo do legislativo estadual estabelecido pela Constituição de 1988, e embora um pequeno número de Estados aparte-se do modelo cameral em alguns casos, adotando o modelo de tribunal *ad hoc*.

O quadro abaixo, adaptado de BARBOSA FILHO (2018, pp. 160-161)¹⁵ especifica o sistema adotado por cada uma das unidades subnacionais consideradas, no que diz respeito ao processo e julgamento do impedimento dos governadores.

UF	Admissibilidade		Julgamento/condenação	
	Competência	Quórum	Competência	Quórum
AC	AL	2/3	AL	Omisso
AL	AL	2/3	AL	Omisso
AM	AL	2/3	AL	Omisso
AP	AL	2/3	AL	Omisso
BA	AL	2/3	AL	Omisso
CE	AL	2/3	AL	Omisso
DF	CL	2/3	CL	Omisso
ES	AL	2/3	AL	2/3

¹⁴ A Constituição estadual mineira prevê a possibilidade de oferta de denúncia contra o governador do Estado por crime de responsabilidade ser feita por qualquer cidadão (art. 91 § 2º); competência privativa do legislativo estadual para autorizar o processo de *impeachment* contra o governador, o vice-governador e contra secretário de Estado, por maioria de dois terços dos votos (art. 62, XIII), bem como para processo e julgamento dos dois primeiros bem como dos últimos, em caso de crime de responsabilidade conexos com aqueles (art. 62, XIV). Além disso, a constituição mineira estabelece o modelo cameral para o impedimento do Procurador Geral de Justiça e do Advogado Geral do Estado (art. 62, XV).

¹⁵ Na tabela original não constava o Estado do Acre. Os dados foram conferidos e atualizados e a forma de apresentação dos mesmos adaptada.

UF	Admissibilidade		Julgamento/condenação	
	Competência	Quórum	Competência	Quórum
GO	AL	2/3	AL	2/3
MA	AL	2/3	AL	2/3
MG	AL	2/3	AL	2/3
MS	AL	2/3	AL	Omisso
MT	AL	2/3	AL	2/3
PA	AL	2/3	AL	2/3
PB	AL	Majoria absoluta	AL	2/3
PE	AL	2/3	TE	Omisso
PI	AL	2/3	AL	Omisso
PR	AL	2/3	AL	2/3
RJ	AL	2/3	AL	2/3
RN	AL	2/3	TE	Omisso
RO	AL	2/3	AL	2/3
RR	AL	2/3	AL	Majoria de votos
RS	AL	2/3	AL	2/3
SC	AL	2/3	AL	2/3
SE	AL	2/3	AL	2/3
SP	AL	2/3	TE	Omisso
TO	AL	2/3	AL	Omisso

Legenda: AL = Assembleia Legislativa/ CL = Câmara Legislativa / TE = Tribunal Especial.

Examinando-se o quadro percebe-se que nos textos constitucionais estaduais predomina o modelo federal, em uma difusão vertical *top-down* típica do federalismo brasileiro (COUTO; ABSHER-BELLON, 2018), na medida em que a maioria esmagadora dos textos constitucionais subnacionais (24 no total) endossa um modelo cameral adaptado, reservando a competência para admissibilidade e para processo e julgamento dos pedidos de *impeachment* dos governadores ao legislativo estadual, e adotando parte significativa delas inclusive a maioria qualificada de dois terços, seja para admissibilidade (26 substituições), seja para o julgamento de procedência (13 substituições), em clara adesão ao paradigma federal.

Poucas cartas subnacionais revelam-se inovadoras no que diz respeito ao instituto em exame, seja ao adotarem um modelo de jurisdição mista – um total de três cartas subnacionais apenas, a saber, as dos Estados de Pernambuco, Rio Grande do Norte e São Paulo (BARBOSA FILHO, 2018) –, seja ao adotarem outras majorias distintas do paradigma para admissibilidade

e/ou julgamento (duas no total, a saber, as substituições dos Estados da Paraíba e de Roraima).

Por uma questão de concisão, a análise a seguir irá se limitar ao exame de dois aspectos principais, a saber: 1) problema da assimetria dos legislativos estaduais e distrital no Brasil relativamente ao modelo federal bicameral, elemento este impeditivo de uma reprodução fiel do último na esfera subnacional; 2) a análise da adoção do sistema misto, de tribunal especial ou *ad hoc* para processo e julgamento do impedimento do governador ou, eventualmente, de outras autoridades, pelos sistemas constitucionais subnacionais, o que se fará nos subtópicos a seguir.

4.2.2. OS PROBLEMAS DECORRENTES DA ASSIMETRIA ENTRE OS LEGISLATIVOS FEDERAL E SUBNACIONAIS NA RECEPÇÃO DO SISTEMA CAMERAL EM NÍVEL ESTADUAL/DISTRITAL

Uma das peculiaridades do federalismo brasileiro é o fato de ser acentuadamente centralizador, seja por força da extensão das competências federais em detrimento das estaduais (vide notadamente o art. 22 da Constituição Federal de 1988), seja por força da limitação da amplitude da autonomia subnacional, apartando-se assim de um federalismo de tipo mais clássico e descentralizado. Um dos mecanismos que conferem tal configuração ao mesmo são as numerosas normas de preordenação institucional presentes na Constituição Federal (LEONCY, 2010), normas estas que preestabelecem a configuração básica dos entes federativos subnacionais, reduzindo a margem de conformação do constituinte estadual.¹⁶

Entre outras coisas, a Constituição Federal preestabelece diversos aspectos da organização constitucional dos Estados e do Distrito Federal, como, por exemplo, a forma presidencialista de governo, a forma de eleição e a duração do mandato do governador e dos deputados estaduais, bem como o unicameralismo do legislativo estadual (CF/88, arts. 27 e 28)¹⁷, além de normas relativas ao poder judiciário dos entes subnacionais (CF/88, art. 125).

¹⁶ Assim, o próprio conceito de Direito Constitucional Estadual é complexo, na medida em que compreende normas constitucionais federais, estaduais e distritais que conformam o regime constitucional dos entes subnacionais ou, dizendo-se de outro modo, as normas superiores (federais) incorporam-se às ordens constitucionais parciais (estaduais e distritais) como observa PIRES (2020).

¹⁷ Nesse sentido, a observação crítica de TRIGUEIRO, discorrendo sobre a constituição de 1967-1969 mas com reflexão plenamente aplicável à de 1988 (1980, p. 136): “A Constituição federal implicitamente veda o bicameralismo, porque designa a Assembleia Legislativa como órgão do Poder Legislativo estadual. Além disso, limita a duração da legislatura, fixa teto para o subsídio dos deputados e estende a estes o mesmo regime jurídico dos membros do Congresso Nacional. Diante disso, os textos constitucionais dos Estados tornaram-se em larga parte ociosos, pois já não passam de meras cópias ou adaptações dos preceitos federais que lhes são impostos.”

No que diz respeito à adoção do *impeachment* em nível subnacional, focando a atenção no caso dos governadores, o estabelecimento de um legislativo estadual unicameral (art. 27 da Constituição Federal) impacta necessariamente a mimetização do modelo federal, na medida em que se torna impossível reproduzir com fidelidade aquele, pois não há duas casas para que uma atue como tribunal de pronúncia ou acusação e outra como tribunal de julgamento (Lei n. 1.079/50, art. 80) tal qual ocorre no paradigma federal.

Isso repercute de maneira importante na operação do instituto, uma vez que a lógica inerente ao *impeachment* cameral parece pressupor um legislativo bicameral com casas compostas por membros em número distinto, eleitos por processos distintos, com mandato de duração distinta e com renovação diferenciada, tal como ocorre em nível federal. O unicameralismo estadual federalmente predeterminado acaba por causar uma distorção no *impeachment* estadual, se adotado o modelo cameral – como feito esmagadoramente pelos constituintes estaduais, como visto –, uma vez que um mesmo e único órgão legislativo – Assembleia ou Câmara Legislativa – atuará como tribunal de pronúncia e de julgamento. Assim, nota-se que a norma de preordenação institucional consubstanciada no art. 27 da Constituição de 1988 faz com que necessariamente se tenha que adaptar o modelo cameral à peculiaridade do unicameralismo.

Um aspecto digno de nota é o de que, caso se considere – como tradicionalmente se faz – que a câmara baixa teria o papel de órgão acusador, apesar do expediente referido, o *impeachment* cameral estadual pareceria aproximar-se muito mais de um processo inquisitório do que o paradigma federal acusatório. Independentemente disso, parece claro que sob o unicameralismo o mesmo órgão que atua como tribunal de pronúncia atuará também como tribunal de julgamento, o que traduz importante alteração do modelo original. Outro aspecto relevante e que não parece ser desconexo deste é que a adoção do modelo misto ou de tribunal especial, em nível subnacional, pode ter sido concebida exatamente para corrigir esse inconveniente.¹⁸

¹⁸ Corroborando a hipótese, novamente o magistério de TRIGUEIRO (1980, p. 143): “Na Primeira República, a regra era idêntica nos sete Estados que tinham Câmara e Senado. Nos Estados unicameralistas, a acusação era da competência da Assembleia, cabendo o julgamento a um Tribunal misto, composto de deputados e desembargadores. Em alguns Estados o julgamento cabia à própria Assembleia.”

4.2.3. SISTEMA MISTO OU DE TRIBUNAL ESPECIAL EM NÍVEL SUBNACIONAL NO BRASIL

Como visto, examinadas as constituições estaduais e distrital das vinte e sete unidades federativas, constata-se que apenas três adotaram o modelo de tribunal especial, afastando-se do modelo cameral. No entanto, há alterações recentes na matéria que fazem com que tal modelo, originalmente recessivo, possa ser atualmente considerado como hegemônico, de adoção compulsória, como se verá.

Registre-se desde logo que a própria Lei Federal reguladora do instituto em nível federal não apenas estatuiu sobre os procedimentos relativos a diversas autoridades federais, mas também dispôs sobre o processo nos casos de *impeachment* de governadores e secretários estaduais. No particular, a Lei n. 1.079/50 preconiza a adoção do modelo misto ou de tribunal especial para os Estados, ainda que de forma subsidiária, como se verá (BARBOSA FILHO, 2018).

A quarta parte da referida norma federal é dedicada ao impedimento de governadores e secretários estaduais, estabelecendo seu art. 74 constituírem crimes de responsabilidade de tais autoridades os mesmos já definidos na própria norma em comento. O Capítulo II do referido título prevê a possibilidade de a denúncia ser feita por qualquer cidadão (art. 75); bem como a suspensão do governador do exercício de suas funções em caso de recebimento e deliberação por maioria absoluta dos membros da Assembleia Legislativa (que funciona, assim, como tribunal de pronúncia) (art. 77).

O art. 78 da Lei n. 1.079/50, por sua vez, estabelece que a pena, em caso de procedência da denúncia, limitar-se-á à perda do mandato e inabilitação para o exercício de qualquer função pública por até cinco anos. O mesmo dispositivo estabelece, como regra, caber à constituição estadual definir a forma do julgamento do governador, pelo que parece claro que o constituinte estadual contaria com liberdade de conformação para adotar o modelo cameral ou outro – como, aliás, fizeram a maior parte das unidades federativas, como visto em tópico precedente.

De todo modo, o mesmo artigo prevê em seus parágrafos normas supletivas, para o caso de omissão do constituinte estadual, além de estabelecer importantes parâmetros para o processo e julgamento no impedimento subnacional. Nesse sentido, a norma mais relevante para fins do presente estudo é a encartada no § 3º do art. 78, que estabelece que naqueles Estados cujas Constituições omitirem-se sobre o processo em estudo, aplicar-se-á o disposto na própria Lei n. 1.079/50, cabendo o julgamento a um tribunal especial ou *ad hoc*, composto por cinco

membros do legislativo estadual e de cinco desembargadores, presididos pelo Presidente do Tribunal de Justiça. Ou seja, como se percebe, referida norma federal supletiva estabelece como modelo, *para Estados cujo constituinte omite-se*, exatamente o modelo que denomina de jurisdição-mista.

O art. 78 § 3º da norma federal estabelece, ainda, que o presidente somente terá direito de voto no caso de empate, bem como que a o tribunal especial será feito em parte por eleição – no que se refere aos membros parlamentares – e em parte mediante sorteio – no que se refere aos membros oriundos do judiciário estadual. Importante ressaltar, ainda, que o § 1º do artigo 78 estatui uma regra de paridade entre membros magistrados e parlamentares, nos Estados que adotarem o modelo de tribunal especial, sem o cômputo do presidente, bem como que a condenação depende do voto de dois terços dos membros – ou seja, sete membros – art. 78 § 2º.¹⁹

Convém frisar, por conseguinte, alguns aspectos relevantes. Primeiramente a disciplina estatuída pela lei infraconstitucional em comento claramente abre margem para que o constituinte estadual opte pelos modelos cameral, judicial ou de jurisdição mista. Em segundo lugar, a lei reguladora do impedimento prevê expressamente a possibilidade de adoção do sistema de tribunal especial e, ainda, o preconiza como modelo a ser adotado em caso de omissão do constituinte estadual, como visto.

Não deixa de causar certa perplexidade e engendrar questões constitucionais de significativa relevância²⁰ a intenção de o legislador ordinário federal conformar as opções dos constituintes estaduais, o que poderia inclusive levantar questionamentos sobre a recepção de tais normas pela Constituição de 1988 – além do eventual caráter de tribunal de exceção. De todo modo, a jurisprudência do STF e parece estar caminhando, nessa matéria, em sentido contrário, ao preconizar um modelo uniforme para todos os entes federativos, como se verá.

Em princípio, a partir do texto de lei federal de regência do *impeachment*, parecia restar clara a possibilidade de adoção do modelo misto em nível subnacional, seja por decisão expressa do constituinte estadual, seja por sua omissão.

¹⁹ Cláudio Barbosa Filho (2018, p. 158) chama a norma supletiva da Lei n. 1.079/50 de cláusula de exceção ou subsidiariedade reversa. O autor chama a atenção para a nuance de tribunal de exceção conferida pela escolha dos parlamentares por eleição, dado ser posterior à pronúncia pela Assembleia Legislativa, bem como frisa os problemas de proporcionalidade acerca do estabelecimento de tal regra de paridade, dada a diversidade numérica de membros dos órgãos legislativos estaduais e dos tribunais de justiça.

²⁰ Nesse sentido, BARBOSA FILHO (2018) aponta quanto à questão, em contexto ligeiramente diverso, que em alguns casos parece-se pretender submeter normas constitucionais estaduais a normas infraconstitucionais federais, sob o pretexto de conceber a Lei n. 1.079/50 como lei nacional.

Como já examinado, as ordens constitucionais subnacionais vigentes no Brasil adotaram majoritariamente, quanto ao caso mais importante – impedimento do governador –, o modelo cameral, sendo que apenas três Estados excepcionaram a regra, filiando-se ao modelo misto, a saber: Pernambuco, Rio Grande do Norte e São Paulo (BARBOSA FILHO, 2018).

Assim, pela conjugação da análise das Constituições estaduais com a lei federal em questão ter-se-ia no Brasil, em nível subnacional, tanto o modelo cameral quanto os modelos judicial e de tribunal especial, embora o último de forma recessiva. Ocorre que o Supremo Tribunal Federal, com uma jurisprudência já amplamente conhecida como centralizadora, fortemente calcada em um princípio de simetria entre as instituições federais e estaduais e numa leitura restritiva das competências estaduais – exemplificada, na matéria, pela própria Súmula Vinculante n. 46, antiga Súmula 722²¹ – vem proferindo diversas decisões em uma série de ADIs que tem efeito modificador nesta matéria.

Assim, não só tem o STF entendido que a própria definição dos crimes de responsabilidade é de competência exclusiva da União, mesmo no que se refere a autoridades subnacionais, e de que os Estados seriam incompetentes para regular o processo e julgamento dos processos de *impeachment*, como tem adotado um entendimento de que os mesmos devem incorporar obrigatoriamente o modelo misto, embora expressamente previsto como supletivo pela Lei n. 1.079/50, e que as normas constitucionais estaduais que preconizam o modelo cameral padeceriam de inconstitucionalidade formal por usurpar competência da União (CF/88, art. 22, I).²²

Foram nesse sentido as decisões proferidas pelo STF nas ADIs ns. 4791, 4792 e 4800²³, julgadas em 2015 por maioria, entendendo os ministros pela constitucionalidade do juízo de admissibilidade pelas assembleias (por simetria com o modelo federal) e pela inconstitucionalidade das normas relativas ao processo e julgamento do *impeachment* pelas assembleias, ou seja, da adoção subnacional do modelo cameral. Observe-se existirem mais de duas dezenas de outras ações diretas sobre o tema e temas conexos (tais como as normas

²¹ Segundo o Enunciado da Súmula Vinculante n. 46 “A definição dos crimes de responsabilidade e o estabelecimento das respectivas normas de processo e julgamento são de competência legislativa privativa da União”, fruto de procedimento de conversão da antiga Súmula 722. São precedentes as ADIs 2592, 1901, 1879 MC, 2220 MC, 2050 MC e 1628 MC.

²² Convém chamar-se a atenção para a peculiaridade da situação: primeiramente parece quase tratar-se de um controle de constitucionalidade das normas constitucionais estaduais a partir de um paradigma federal infraconstitucional – Lei n. 1.079/50 – por meio de argumentos oblíquos. Para agravar o quadro, a própria lei em questão prevê a possibilidade de adoção de outros modelos em nível estadual, como visto, mas as recentes decisões do STF na matéria preconizam a adoção do modelo de tribunal especial como mandatária.

²³ As normas constitucionais que foram objeto das referidas ações diretas foram, respectivamente, dos Estados do Paraná, Espírito Santo e Rondônia.

constitucionais estaduais estabelecidas de imunidade formal para o governador em crimes comuns), e seguindo o Supremo o entendimento adotado nessas primeiras ações, tenderá a estabelecer como obrigatório, para todos os Estados e Distrito Federal, o modelo de tribunal especial ou jurisdição mista.²⁴

Tem-se, por conseguinte, em função do caráter centralizador desempenhado pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, na prática, a substituição da liberdade de conformação do constituinte subnacional e da adoção predominante do modelo cameral pelo modelo supletivo de jurisdição mista, que passa a ser considerado de observância obrigatória pelos Estados e pelo Distrito Federal, o que dificilmente se coaduna com a ideia de autonomia inerente à federação e nem mesmo com a literalidade da lei federal que rege o instituto em exame.²⁵

CONCLUSÃO

Como se percebe, o Estado brasileiro adota um sistema eclético no que diz respeito ao *impeachment* em suas diversas esferas ou níveis. No plano federal, as normas constitucionais consagram hipóteses que se amoldam ao modelo cameral e hipóteses que se amoldam ao modelo judicial, conforme o caso. Ainda em nível federal, a lei de regência do instituto contempla ainda, subsidiariamente, hipóteses que se caracterizam como de tribunal especial.

Viu-se que quanto ao nível subnacional uma maioria significativa dos entes subnacionais adotou o modelo cameral em suas constituições – um total de vinte e quatro das vinte e sete subconstituições²⁶ – e que apenas três – a saber, Rio Grande do Norte, Pernambuco

²⁴ ADIs ns. 4675/MA, 4763/AC, 4765/AP, 4766/AL, 4771/AM, 4772/RJ, 4773/GO, 4775/CE, 4777/BA, 4778/PB, 4781/MS, 4790/PA, 4791/PR, 4792/ES, 4793/PE, 4797/MT, 4798/PI, 4799/RN, 4804/TO, 4805/RR, 4811/MG (BARBOSA FILHO, 2018). Todas versam sobre questões de adoção do modelo cameral para o impedimento em nível estadual ou sobre normas que estabelecem a necessidade de autorização do legislativo estadual para a instauração de processo criminal contra o governador do Estado.

²⁵ Nesse exato sentido é a reflexão de PIRES (2020, p. 118): “Apesar de tudo isso – e de sua preocupação com o ‘princípio da simetria’ –, o STF não seguiu nessa linha: declarou inconstitucional o reconhecimento, por carta estadual, da competência da Assembleia para julgar os crimes de responsabilidade do Governador. Na avaliação do Tribunal, a matéria se subordinaria à competência legislativa da União. De forma curiosa, porém, nem esta compartilhava a orientação da Corte: a Lei nº 1.079/50 afirma caber ao constituinte estadual tratar do tema (art. 78, *caput*), definindo só normas subsidiárias, *i.e.*, para o caso de não haver disciplina no Estado pertinente (art. 78, § 3º). No entanto, por obra do STF, o que era subsidiário se tornou principal e exclusivo: as Assembleias não podem julgar os crimes de responsabilidade do Governador; isso compete a um tribunal especial, formado *ad hoc* (cuja compatibilidade com o art. 5º, XXXVII, da Carta Federal é, no mínimo, duvidosa), por cinco Deputados Estaduais e cinco Desembargadores.”

²⁶ Sobre o conceito de subconstituição conferir o estudo de Tom Ginsburg e Eric Posner indicado nas referências bibliográficas.

e São Paulo – destoaram da maioria, ao acolher o modelo de tribunal especial, com ou sem adaptações.

Viu-se, no entanto, que a jurisprudência do STF tem preconizado, nesta matéria como em outras, uma leitura restritiva da autonomia dos entes federativos subnacionais para legislar em matéria de *impeachment*, seu processo e julgamento, além de filiar-se a uma visão calcada em uma estrita simetria das instituições constitucionais subnacionais para com as instituições constitucionais federais – a despeito de assimetrias relevantes, como o unicameralismo subnacional –, e tem reduzido a competência constitucional dos Estados e do Distrito Federal no mesmo passo.

Não apenas a jurisprudência daquela corte têm sido no sentido da inconstitucionalidade da definição dos crimes de responsabilidade de autoridades subnacionais e de normas de seu processo e julgamento pelas constituições estaduais e distrital, como também têm sido no sentido da obrigatoriedade de adoção do modelo de jurisdição mista quanto ao impedimento do governador do Estado, impondo coercitivamente um modelo originalmente estabelecido como opcional e subsidiário por norma infraconstitucional pré-constitucional aos poderes constituintes dos entes federativos.

Tal visão é passível de diversas críticas, não apenas por ser extremamente restritiva da já débil autonomia dos entes da federação brasileira, como também pela interpretação extremamente extensiva da competência da união para legislar sobre processo (art. 22, I), não distinguindo processo político-jurídico (*impeachment*), entre outras possíveis acepções, de processo judicial.

De todo modo, independentemente da imposição jurisdicional do modelo pelo STF e das críticas de que é suscetível, resta claro que o sistema brasileiro de impedimento ostenta a marca da ecleticidade, como visto, contemplando não apenas os modelos mais óbvios – cameral e judicial – mas, inclusive, o sistema de tribunal especial em nível subnacional, o que é de extrema relevância em um contexto de processo de *impeachment* de autoridades estaduais, especialmente de governadores.

REFERÊNCIAS

BARBOSA FILHO, Claudio Roberto. Quando a emenda é pior que o soneto: o processo de *impeachment* dos governadores e o Supremo Tribunal Federal. **Revista do Legislativo Paranaense**, Curitiba, n. 2, pp. 155-171, ago. 2018.

BRENNAN, Jason. *Contra la democracia*. Trad. Ramón González Ferriz. Zalla: Ediciones Deusto, 2017.

COUTO, Cláudio Gonçalves; ABSHER-BELLON, Gabriel Luan. Imitação ou coerção? Constituições estaduais e centralização federativa no Brasil. **Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, n. 52, v. 2, pp. 321-344, mar.-abr. 2018.

FACHIN, Zulmar. **Curso de Direito Constitucional**. 6 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

FERNANDES, Flávio Sátiro; BONAVIDES, Paulo. **História Constitucional dos Estados Brasileiros**. São Paulo: Malheiros, 2014.

FIGUEIREDO, Paulo de. Impeachment: sua necessidade no regime presidencial. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, v. 2, n. 6, pp. 31-46, jun. 1965.

GINSBURG, Tom; POSNER, Eric. *Subconstitutionalism*. **Stanford Law Review**, v. 62, n. 6, pp. 1583-1628, jun. 2010.

IENSUE, Geziela; SGARBOSSA; Luís Fernando. Revisibilidade judicial de decisões destituintes resultantes de responsabilidade política: uma análise a partir de diferentes contextos institucional. **Revista de Direito Brasileira – RDB**, São Paulo, v. 14, n. 6, pp. 264-285, maio/ago. 2016.

IENSUE, Geziela; SGARBOSSA; Luís Fernando. Democracia e responsabilidade: breve análise dos instrumentos de responsabilização política nas democracias contemporâneas. **A & C Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, Belo Horizonte, a. 17, n. 70, pp. 145-173, out./dez. 2017.

LEONCY, Léo Ferreira. **Controle de Constitucionalidade Estadual**: as normas de observância obrigatória e a defesa abstrata da Constituição do Estado-membro. São Paulo: Saraiva, 2007.

PIRES, Thiago Magalhães. **Curso de Direito Constitucional Estadual e Distrital**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

ROSANVALLON, Pierre. *La Contrademocracia: la política en la era de la desconfianza*. Buenos Aires: Manantial, 2007.

TRIGUEIRO, Oswaldo. **Direito Constitucional Estadual**. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

VAN REYBROUCK, David. *Against Elections: The Case for Democracy*. Trad. Liz Waters. Londres: The Bodley Head, 2016.

Data de submissão: 12/11/2020

Data de aprovação: 04/12/2020

Data de publicação: 31/12/2020

Este trabalho está licenciado sob uma licença Creative Commons Attribution 4.0 International License.

ASPECTOS TECNOLÓGICOS DA “TINY HOUSE” E SUA REGULAMENTAÇÃO NO BRASIL FRENTE À SUSTENTABILIDADE SOCIOAMBIENTAL

TECHNOLOGICAL ASPECTS OF THE “TINY HOUSE” AND ITS REGULATION IN BRAZIL IN FRONT OF SOCIO-ENVIRONMENTAL SUSTAINABILITY

Patricia Etsuko Issonaga*
Deise Marcelino da Silva**

* Mestranda em Direito, Sociedade e Tecnologias pela Faculdade Londrina (2020). Pós-graduada em Direito Constitucional Contemporâneo pelo Instituto de Direito Constitucional e Cidadania – IDCC/Londrina (2016). Graduada em Direito pela UNIFIL (2014). Vice-Presidente da Comissão do Núcleo da Justiça Estadual da OAB de Londrina/PR. Advogada.

E-mail:
patriciaissonaga@gmail.com

** Doutora em Direito Ambiental Internacional pela UNISANTOS (2017). Mestre em Direitos da Personalidade pelo Centro Universitário de Maringá/PR (2010). Especialização em Docência no Ensino Superior. Pós-graduada em Direito Ambiental e Sustentabilidade pelo Instituto de Direito Constitucional e Cidadania – IDCC/Londrina (2012). Membro da Comissão de Meio Ambiente da OAB de Maringá/PR. Professora. Advogada.

E-mail:
deise.marcelino@hotmail.com

Como citar ISSONAGA, Patrícia Etsuko; SILVA, Deise Marcelino da. O novo Direito Constitucional de proteção ao consumidor: políticas públicas e judiciário. **Revista do Instituto de Direito Constitucional e Cidadania – IDCC**, Londrina, v. 5, n. 2, e014, ago/dez, 2020. ISSN: 2596-0075. DOI: 10.48159/revistadoidcc.v5n2.issonaga.silva

Resumo: O artigo analisa os aspectos conceituais, tecnológicos e sociais da implementação da *tiny house* no Brasil. Parte-se da ideia segundo a qual a casa minúscula é uma inovação que pode ser colocada à disposição como opção sustentável de habitação nos municípios brasileiros. Pretende-se ressaltar as complexidades e interdependências da habitação em *tiny house* a partir da análise da legislação vigente. Trata-se de pesquisa bibliográfica relevante frente à efetividade dos direitos fundamentais consubstanciados no direito à moradia e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Ademais, o estudo leva em consideração o princípio da solidariedade e do desenvolvimento sustentável como paradigma para os processos de inovação e tecnologia. O resultado obtido aponta que a *tiny house* compreendida como habitação sustentável é um importante instrumento para valorização do direito à propriedade, mediante o desafio da necessidade de adequação das normas do ordenamento jurídico brasileiro.

Palavras-chave: *Tiny house*; Sustentabilidade; Legislação; Tecnologias.

Abstract: The article analyzes the conceptual, technological and social aspects of the implementation of the “tiny house” in Brazil. It starts with the idea that the tiny house is an innovation that can be made available as a sustainable housing option in Brazilian municipalities. It is intended to highlight the complexities and interdependencies of “tiny house” housing from the analysis of current legislation. This is a relevant bibliographic research in view of the effectiveness of fundamental rights embodied in the right to housing and the ecologically balanced environment. In addition, the study takes into account the principle of solidarity and sustainable development as a paradigm for innovation and technology processes. The result obtained points out that sustainable housing is an important instrument for valuing property law, through the challenge of the need to adapt the rules of the Brazilian legal system.

Keywords: Tiny house; Sustainability; Legislation; Technologies.

INTRODUÇÃO

Tiny house significa casa minúscula. Sua montagem pode ser sobre rodas ou em base fixa. O presente trabalho pretende discutir a dificuldade de implementação da *tiny house* no Brasil diante da escassez de legislação específica para esse modelo de habitação. A implementação da *tiny house* sugere análise sob três aspectos: o modo minimalista de ser que se coaduna com o desenvolvimento sustentável e a proteção ambiental, a opção de moradia frente ao déficit habitacional no Brasil e a implementação de tecnologias ambientais na sua construção. Tais abordagens foram levantadas no decorrer dos capítulos dessa pesquisa, estabelecendo a interface com o Direito.

O tema permeia várias áreas do conhecimento, como a engenharia civil, a inovação tecnológica e a sociologia. Entretanto, importante constar que se trata de um estudo jurídico com enfoque, principalmente, nas leis ambientais e urbanísticas que disciplinam a implementação da *tiny house* no Brasil. Ademais, o texto leva em consideração os direitos fundamentais à moradia e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Para tanto, o artigo apresenta os aspectos conceituais de *tiny house* e as peculiaridades do estilo de vida em casa com estrutura minúscula. Optou-se pela metodologia objetiva em pesquisa exploratória para a abordagem do tema, em busca da efetividade do direito à moradia e da necessidade de respeito ao equilíbrio ambiental; apontando usos nocivos ao meio ambiente, e oferecendo opções sustentáveis que, a um só tempo, respeitem o direito de propriedade e a legislação ambiental, o que viabilizaria a prática sustentável de moradia popular no modelo *tiny house*.

O procedimento da pesquisa bibliográfica foi elaborado com referência a livros e artigos de autores brasileiros e estrangeiros, legislações, informações em *sites* oficiais, percorrendo sobre o tema e a relação do direito à propriedade e do desenvolvimento sustentável como paradigma para os processos de inovação e tecnologia ambiental pelo direito à moradia, priorizando maior qualidade de vida.

O principal objetivo do presente artigo é salientar a importância da opção de moradia em *tiny house* no Brasil, apontando seus tipos e suas principais características e viabilidades de inovação, com desígnio no contexto social brasileiro. Utilizou-se a metodologia de natureza aplicada, a fim de sugerir soluções e atitudes práticas para que o imóvel atenda a sua função

social, propondo que a *tiny house* seja uma opção sustentável de moradia, amoldável às normas jurídicas brasileiras.

O texto está estruturado em quatro partes. A primeira apresenta o conceito de *tiny house* e as ideias envoltas à expressão. A segunda parte expõe as tecnologias sustentáveis inerentes à implementação da *tiny house*, com vistas à proteção ambiental. Os aspectos sociais que envolvem a moradia em “tiny house” foram abordados na terceira parte. Na última parte, apresentou-se um caso concreto de construção de condomínio de *tiny house* no Município de Curitiba, Estado do Paraná.

Optou-se pela metodologia objetiva em pesquisa exploratória para a abordagem do tema, em busca da efetividade do direito à moradia e da necessidade de respeito ao equilíbrio ambiental, transformando os comportamentos nocivos ao meio ambiente em hábitos e consumismos sustentáveis e eficácia do exercício do direito de propriedade.

1. *TINY HOUSE*: APROXIMAÇÃO AO TEMA

A palavra “tiny”¹ é um adjetivo de origem inglesa que significa minúsculo, pequeno, ínfimo. Não há uma conceituação estrita e consolidada da habitação para a casa minúscula com a denominação “tiny house”², todavia é evidente que a sua associação advém do estilo de vida minimalista³ (FERREIRA, 2010) que é a simplificação com base de expressão simples, eliminando os excessos, em busca de soluções na preservação ambiental, priorizando apenas o que é essencial.

Construídas em bases fixas ou sobre rodas, a *tiny house* recebe diferentes tratamentos na legislação de cada país. No Brasil, a *tiny house* sobre rodas, segundo a regulamentação do Conselho Nacional de Trânsito pode ser construída para fins de alojamento, escritório, comércio ou finalidades análogas, assim como os requisitos e normas para circulação e fiscalização dos veículos modificados ou transformados. A montagem também pode ser construída sobre fundação fixa utilizando as regras e os mesmos parâmetros das construções de imóveis convencionais.

¹ CAMBRIDGE DICTIONARY. **Tiny**. Disponível em: <<https://dictionary.cambridge.org/pt/dicionario/ingles-portugues/tiny>>. Acesso em: 01 Nov. 2020.

² CAMBRIDGE DICTIONARY. **House**. Disponível em: <<https://dictionary.cambridge.org/pt/dicionario/ingles-portugues/house>>. Acesso em: 01 Nov. 2020.

³ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa**. Minimalista. 5ª Edição. Curitiba: Positivo, 2010.

A previsão legal para a *tiny house* em construção sobre rodas é restrita aos parâmetros determinados pela Lei n° 9.503/1997⁴ (BRASIL, 1997) do Código de Trânsito Brasileiro e em obediência às diretrizes da Política Nacional de Trânsito, Decreto n° 4.711/2003⁵ (BRASIL, 2003) sobre a coordenação do Sistema Nacional de Trânsito e Resolução n° 743/2018⁶ (BRASIL, 2018) do Conselho Nacional de Trânsito que determinam os requisitos técnicos para modificação ou transformação de veículos.

Pela ausência de legislação específica sobre o tema, a *tiny house* em fundação fixa deve adaptar-se à vigência das normas municipais locais, segundo estabelecido na Lei n° 4.591/1964⁷ (BRASIL, 1964) que dispõe sobre os condomínios e as edificações imobiliárias, na conformidade da Lei n° 6.015/1973⁸ (BRASIL, 1973), a qual trata dos registros públicos, ainda na Lei n° 6.766/1979⁹ (BRASIL, 1979) sobre o parcelamento do solo urbano; bem como na Lei n° 7.433/1985¹⁰ (BRASIL, 1985) e no Decreto n° 93.240/1986¹¹ (BRASIL, 1986), os quais dispõem sobre os procedimentos das lavraturas de escrituras públicas.

Ainda que por definição, a *tiny house* seja casa minúscula, seu conceito não se resume à ideia de habitação popular. A moradia em *tiny house* pode se enquadrar em diversos conceitos, segundo a conceituação de ABIKO¹² (1995), no mesmo entendimento, a *tiny house* construída sobre fundação fixa:

Habitação popular é um termo genérico que define uma determinada solução de moradia voltada para a população de baixa renda. Além desta denominação genérica pode-se encontrar outras como: habitação sub-normal, habitação de interesse social ou habitação social, habitação de baixo custo e habitação para população de baixa renda.

⁴ BRASIL. **Código de Trânsito Brasileiro** (1997). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9503Compilado.htm>. Acesso em: 01 Nov. 2020.

⁵ BRASIL. **Sistema Nacional de Trânsito** (2003). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2003/D4711.htm>. Acesso em: 01 Nov. 2020.

⁶ BRASIL. **Resolução n° 743/2018** do Conselho Nacional de Trânsito (2018). Disponível em: <https://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/51523850/do1-2018-11-23-resolucao-n-743-de-12-de-novembro-de-2018-51523534>. Acesso em: 01 Nov. 2020.

⁷ BRASIL. **Condomínio em edificações e as incorporações imobiliárias** (1964). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/14591.htm>. Acesso em: 01 Nov. 2020.

⁸ BRASIL. **Registros Públicos** (1973). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/L6015consolidado.htm>. Acesso em: 01 Nov. 2020.

⁹ BRASIL. **Parcelamento do Solo Urbano** (1979). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6766.htm>. Acesso em: 01 Nov. 2020.

¹⁰ BRASIL. **Lavratura de Escrituras Públicas** (1985). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17433.htm>. Acesso em: 01 Nov. 2020.

¹¹ BRASIL. **Requisitos para Lavraturas de Escrituras Públicas** (1986). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/Antigos/D93240.htm>. Acesso em: 01 Nov. 2020.

¹² ABIKO, Alex Kenya. **Introdução à gestão habitacional**. São Paulo, EPUSP. Texto técnico da Escola Politécnica da USP, Departamento de Engenharia de Construção Civil, TT/PCC/12. 1995.

Habitação sub-normal é definida pela Prefeitura Municipal de São Paulo como aquela que não oferece as condições mínimas de segurança, durabilidade, tamanho, salubridade e não permite a seus moradores o atendimento de atividades como membro de grupos primários; estas condições referem-se tanto aos aspectos da construção (dimensionamento, número e disposição dos cômodos, material, estrutura, etc.) quanto à carência e localização de sanitários, ausência de água encanada, de ligação às redes de esgoto e de energia elétrica.

Habitação de interesse social ou habitação social é um termo usado pelo extinto BNH envolvendo os seus programas para faixas de menor renda. Este termo continua a ser utilizado por várias instituições e agências na área habitacional.

Habitação de baixo custo (low-cost housing) é um termo utilizado para designar habitação barata sem que isto signifique necessariamente habitação para população de baixa renda.

Habitação para população de baixa renda (housing for lowincome people) é um termo mais adequado que o anterior, tendo a mesma conotação que habitação social; estes termos trazem, no entanto a necessidade de se definir a renda máxima das famílias e indivíduos situados nesta faixa de atendimento social.

A habitação popular não deve ser entendida meramente como um produto e sim como um processo, com uma dimensão física, mas também como resultado de um processo complexo de produção com determinantes políticos, sociais, econômicos, jurídicos, ecológicos, tecnológicos. Este entendimento é fundamental se quisermos perseguir a solução do problema habitacional com todas as suas dificuldades e condições de contorno (ABIKO, 1995).

O direito de propriedade¹³ encoraja os indivíduos a introduzir melhorias em seus bens imóveis, pois permitem que os proprietários colham os benefícios dessas melhorias. Trata-se de um arranjo social criado para fins sociais: tem um efeito positivo perceptível sobre o estoque de bens imóveis e de capital do país¹⁴ (HOLMES e SUSTEIN, 2019).

Tal arranjo social, contudo, se depara com a ausência de moradia decente, que não consiste no fato de determinada classe social viver em casas mal construídas, apinhadas e/ou insalubres, mas caracterizada pelas más condições de habitação, consequência da repentina afluência da população às grandes cidades. Com a expansão das grandes cidades modernas, o solo é valorizado nas áreas urbanas de modo que a habitação e a indústria imobiliária apenas excepcionalmente priorizam o atendimento da classe de menor condição financeira, colaborando para o desequilíbrio social¹⁵ (ENGELS, 2013).

Assim, o desequilíbrio social se reflete na dificuldade de regularização dos imóveis no Brasil. É um longo, caro e burocrático processo administrativo no Município que o imóvel

¹³ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil** (1988). Artigo 5º, Inciso XXII. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 01 Nov. 2020.

¹⁴ HOLMES, Stephen. SUNSTEIN, Cass R. **O Custo dos Direitos**: Porque a liberdade depende dos impostos. Tradução: Marcelo Brandão Cipolla. 1ª Edição. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2019, p.93-94.

¹⁵ ENGELS, Friedrich. **A Questão da Habitação**. São João del Rei: Estudos Vermelhos, 2013.

estiver estabelecido, conforme as disposições legais e normas vigentes, conforme já citado e dos quais se podem destacar alguns elementos:

- 01) apresentação do contrato de compra e venda do terreno ou do imóvel já construído, comprovando-se a aquisição do bem;
- 02) emissão da escritura pública para validar a negociação do imóvel, lavrado no Cartório de Notas local;
- 03) emissão da matrícula para individualizar o imóvel, no Cartório de Registro de Imóveis local;
- 04) projeto arquitetônico aprovado pela Prefeitura do Município;
- 05) obtenção do alvará de construção, junto a Prefeitura do Município;
- 06) obtenção do alvará de regularização, junto a Prefeitura do Município;
- 07) obtenção do auto de conclusão de obra, popularmente conhecido por “habite-se”, garantindo a segurança, aprovado pelas normas da Prefeitura do Município mediante vistoria técnica;
- 08) atualização da averbação do imóvel sempre que houver qualquer tipo de alteração, seja na construção ou por alteração do estado civil.

A habitação em *tiny house* não se encaixa nesse contexto jurídico vigente. O desenvolvimento das subjetividades de consumo em torno da escolha em habitação na *tiny house* é inerente ao estilo do morador. Este desenvolvimento das subjetividades ocorre na visão analítica do próprio morador que decide ser governado pela necessidade de restringir e sacrificar ou em determina-se como governador de sua decisão, que escolhe como e quando consumir, dentro de parâmetros restritos¹⁶ (CARRAS, 2018).

Regra geral, quem diz que não quer uma “casa tecnológica” não tem noção do que está falando. Esquece-se de que toda casa é tecnológica. Ou está apenas dizendo que, às tecnologias domésticas contemporâneas, prefere tecnologias domésticas de tempos transatos. O problema, portanto, não é a tecnologia em si. Uma chaleira é tão tecnológica quanto um computador, ou quanto os neomuxarabis de Jean Nouvel no Instituto do Mundo Árabe, em Paris – persianas que abrem e fecham automaticamente, a depender da intensidade da luz externa. A história tecnológica da humanidade tem, entre suas referências mais remotas, uma forquilha ou espeto para extrair tubérculos do chão, em pequenas expedições de coleta alimentar. Quem hoje estreia, em sua casa, *devices* domésticos recentíssimos, pretendendo maravilhar visitas, nem sempre consegue imaginar a surpresa e a transformação causadas pelo aparecimento do garfo de mesa, séculos atrás (...) (RISÉRIO, 2019)¹⁷.

¹⁶ CARRAS, Megan Elizabeth. “**Tiny House, Big Impact?**”: An investigation into the ‘rise’ of the Tiny Home Lifestyle (THL) in the United States. Reino Unido (Escócia): University of St Andrews, 2018.

¹⁷ RISÉRIO, Antonio. **A Casa no Brasil**. 1ª Edição. Rio de Janeiro: Topbooks, 2019, p.328-329.

Morar em *tiny house* significa vivenciar as opções tecnológicas e sociais, não apenas pelo viés jurídico do direito de propriedade¹⁸, mas perante o potencial de transformação dos comportamentos nocivos ao meio ambiente em bons hábitos, com práticas de consumo sustentáveis, dentre as quais se destacam: Gerador de fonte de energia elétrica e fonte da geração de calor por radiação solar¹⁹; Gerador por biodigestor e uso de biogás²⁰; Uso de banheiro seco de compostagem²¹; Armazenamento e aproveitamento de água da chuva²²; Melhor aproveitamento do espaço e móveis multifuncionais; Aquisição de eletrodomésticos e eletroeletrônicos, no consumo responsável e essencial²³.

2. TECNOLOGIAS SUSTENTÁVEIS NA IMPLEMENTAÇÃO DA *TINY HOUSE*

Tecnologia é uma palavra que indica algo tangível, bem como intangível. A tecnologia intangível pode ser compreendida como o conjunto de saberes, técnicas, experiências e expertises aplicadas na criação ou melhoramento de produtos, processos ou serviços. O resultado dessa aplicação, ou seja, o produto tecnológico é o objeto tangível da tecnologia. Assim, a expressão

"tecnologia" pode se referir a um corpo de conhecimento necessário para gerar novas regras para o projeto, construção e aplicação de possibilidades técnicas para diferentes tipos de problemas (como, por exemplo, o controle da poluição ambiental)²⁴.

Considera-se, no âmbito desse trabalho, a *tiny house* como um produto tecnológico que poderá ser usada diretamente na solução de problemas ambientais, pois a construção desse modelo de casa implica menos recursos naturais e mais tecnologias sustentáveis.

¹⁸ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil** (1988). Artigo 5º, Inciso XXII. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 01 Nov. 2020.

¹⁹ BNDES. **Banco Nacional do Desenvolvimento** (2018). Disponível em: <<https://www.bndes.gov.br/wps/portal/site/home/conhecimento/noticias/noticia/energia-solar>>. Acesso em: 01 Nov. 2020.

²⁰ Informação divulgada pelo Ministério de Minas e Energia: <http://www.mme.gov.br/todas-as-noticias/-/asset_publisher/pdAS9IcdBICN/content/governo-federal-inaugura-uma-das-maiores-plantas-de-biogas-no-mundo-para-geracao-de-energia-eletrica-sustentavel>. Acesso em: 01 Nov. 2020.

²¹ JENKINS, Joseph C. **The Humanure Handbook**. A Guide to Composting Human Manure. Third Edition.. USA: Chelsea Green, 2005.

²² ABNT. **ABNT NBR 15527** (2007). Aproveitamento de água da chuva. Disponível em: <<https://www.abntcatalogo.com.br/curs.aspx?ID=34>>. Acesso em: 01 Nov. 2020.

²³ IBGE. **Habitação**. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (2020). Disponível em: <<https://brasilemsintese.ibge.gov.br/habitacao.html>>. Acesso em: 01 Nov. 2020.

²⁴ ONU. O impacto da tecnologia nos direitos humanos: estudos de caso globais, United Nations University Press. 1993, p. 32)

Entende-se por tecnologia sustentável aquela capaz de manter a ordem dos elementos - social, econômico e ambiental - em harmonia. A tecnologia voltada para a perenidade e resiliência dos recursos ambientais pode ser chamada de tecnologia sustentável. As tecnologias sustentáveis, também conhecidas como tecnologias verdes ou ambientais, tem potencial para reduzir as externalidades negativas provocadas pela interferência antrópica no ambiente. Ademais

As tecnologias ambientais fornecem soluções para diminuir os influxos de substâncias, reduzir o consumo de energia e as emissões, reaproveitar os subprodutos e minimizar os problemas da eliminação de resíduos. Melhoram a ecoeficiência, ou seja, permitem "fazer mais com menos", apoiam a aplicação de sistemas de gestão ambiental e tornam os processos produtivos mais ecológicos²⁵.

A construção civil é uma atividade que gera resíduos e subprodutos em grande monta. Trata-se de um problema ambiental a ser enfrentado pela sociedade com vistas à higidez ambiental. Como medida de mitigação aos problemas ambientais causados pela construção de casas e edifícios, imperioso lançar mão das tecnologias sustentáveis disponíveis. Entre as tecnologias sustentáveis aplicadas nesse contexto, elegeu-se aquelas implementadas na construção de *tiny house*.

As tecnologias sustentáveis aplicadas à implementação da *tiny house* são aquelas vinculadas, principalmente, à geração de energia.

Segundo publicação do Banco Nacional do Desenvolvimento²⁶ (BNDES, 2018) como fonte primária de energia, a radiação solar tem papel de destaque na transformação de economias baseadas em combustíveis fósseis e em economias de baixo carbono, imprescindível para amenizar os efeitos adversos das mudanças climáticas, além de atender aos compromissos das nações e do Brasil estabelecidos no Acordo de Paris²⁷ (BRASIL, 2016).

O gerador de gás por biodigestor é um compartimento fechado e o biogás é resultado da degradação da matéria orgânica deste compartimento, fonte de energia renovável e bem mais

²⁵ AGENCIA EUROPEIA DO AMBIENTE. Sobre tecnologia ambiental. Disponível em: <<https://www.eea.europa.eu/pt/themes/technology/about>>. Acesso em: 01 Dez. 2020.

²⁶ BNDES. Banco Nacional do Desenvolvimento (2018). Disponível em: <<https://www.bndes.gov.br/wps/portal/site/home/conhecimento/noticias/noticia/energia-solar>>.

²⁷ BRASIL. **Acordo de Paris** (2016). Ministério do Meio Ambiente. Disponível em: <<https://www.mma.gov.br/clima/convencao-das-nacoes-unidas/acordo-de-paris.html>>. Acesso em: 01.Nov. 2020

limpa que o gás natural. O Ministério de Minas e Energia²⁸ enaltece o uso de biogás no Brasil por tratar-se de energia elétrica sustentável.

O uso do produto da biomassa, a matéria orgânica que gera o biogás composta por lixos orgânicos (resíduos de fezes, urina, lixo doméstico, resíduos industriais e restos de produção de origem vegetal e animal) proporciona a economia de água, redução na emissão de gases e resíduos poluentes, como também a minimização dos impactos ambientais.

O biometano é obtido a partir do refinamento e processamento do biogás, sendo necessária a sua conversão e purificação, resultando em combustível com elevado teor do gás metano, comprimido por meio de gasodutos de forma similar ao gás natural, regulamentado pela Resolução n° 08/2015²⁹ (BRASIL, 2015) e da Resolução n° 685/2017³⁰ (BRASIL, 2017).

O banheiro seco de compostagem é um sistema de saneamento básico e ecológico, mais sustentável da atualidade. Neste sistema, os excrementos (fezes e urina) são depositados e cobertos por materiais de cobertura seca (serragem de madeira) formando a mistura que promove o fenômeno denominado compostagem. Os microrganismos naturalmente presentes se proliferam, digerindo a matéria orgânica transformando em húmus, que é um rico fertilizante orgânico agrícola utilizado para nutrir o solo, sem riscos à saúde humana³¹ (JENKINS, 2005).

O banheiro seco de compostagem traz grandes vantagens para o morador da *tiny house* porque não necessita do uso de água, não gera esgotos ou qualquer poluição que agride o meio ambiente, além de resultar em fertilizante que permite a devolução dos nutrientes ao solo para a produção agrícola e completa reciclagem do material orgânico. Há uma infinidade de modelos de banheiro seco de compostagem, que varia entre o mais simples ao mais elaborado. Basicamente, pode-se considerar que há dois tipos principais de banheiro seco de compostagem: o vertical e o horizontal (JENKINS, 2005).

O uso de água da chuva entrou em vigor no Brasil em 2007, possibilitando segurança na aplicação da solução ao mercado de arquitetura e construção civil com a vigência da ABNT

²⁸ Informação divulgada pelo Ministério de Minas e Energia: <http://www.mme.gov.br/todas-as-noticias/-/asset_publisher/pdAS9IcdBICN/content/governo-federal-inaugura-uma-das-maiores-plantas-de-biogas-no-mundo-para-geracao-de-energia-eletrica-sustentavel>. Acesso em: 01 Nov. 2020.

²⁹ BRASIL. **Resolução n° 08/2015** (2015). Ministério de Minas e Energia. Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis. Disponível em: <<http://legislacao.anp.gov.br/?path=legislacao-anp/resol-anp/2015/janeiro&item=ranp-8--2015>>. Acesso em: 01 Nov. 2020.

³⁰ BRASIL. **Resolução n° 685/2017** (2017). Ministério de Minas e Energia. Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis. Disponível em: <<http://legislacao.anp.gov.br/?path=legislacao-anp/resol-anp/2017/junho&item=ranp-685--2017>>. Acesso em: 01 Nov. 2020.

³¹ JENKINS, Joseph C. **The Humanure Handbook**. A Guide to Composting Human Manure. Third Edition.. USA: Chelsea Green, 2005.

NBR 15527³², norma que rege o sistema de tratamento e aproveitamento de água pluvial no país. A aplicação de tecnologia do armazenamento e aproveitamento de água da chuva em “tiny house” combinada com a reutilização responsável (irrigação, lavagens em geral, entre outras finalidades não potáveis) permite que os benefícios ambientais ultrapassem o intuito de economia da água potável tratada no modo convencional.

A normalização da Associação Brasileira de Normas Técnicas³³ do catálogo da ABNT NBR 15527 foi elaborado pela Comissão de Estudo Especial temporária de Aproveitamento de Água de Chuva (ABNT/CEET-00.001.77) em dois projetos. O primeiro projeto circulou em consulta nacional conforme Edital n° 01, de 31.01.2007, com o número de Projeto 00:001.77-001. E o segundo projeto circulou em consulta nacional conforme Edital n° 05, de 23.04.2007 a 21.05.2007, com o número de segundo projeto 00:001.77-001 (ABNT, 2007).

O estilo de vida minimalista³⁴ em *tiny house* implica na necessidade de adaptação em novo modo de viver, obviamente, inclui a otimização dos espaços do lar, exploração de estratégias que integrem os ambientes e os móveis multifuncionais à vida diária do morador. Móveis, sofás-camas e mesas que aparecem e desaparecem em bancadas, painéis embutidos, escadas que se transformam em gaveteiros, paredes que escondem livreiros e armários diversos, são algumas alternativas utilizadas para o aproveitamento dos espaços reduzidos.

Considerando os eletrodomésticos e eletroeletrônicos básicos das residências brasileiras³⁵ (IBGE, 2020) que melhor se adequam aos espaços pequenos como a *tiny house*, a restrição ao consumismo desnecessário no estilo minimalista (FERREIRA, 2010), induz o critério de aquisição, optando-se por equipamentos tecnológicos sustentáveis que permitam suprir a necessidade, mas também proporcionem conforto e a qualidade de vida do morador.

3. RELEVÂNCIA SOCIAL DA TINY HOUSE

Um número cada vez maior de famílias, que vivem com renda abaixo de três salários mínimos³⁶, submetem-se às formas adaptadas de habitação e/ou exercem construções

³² ABNT. **ABNT NBR 15527** (2007). Aproveitamento de água da chuva. Disponível em: <<https://www.abntcatalogo.com.br/curs.aspx?ID=34>>. Acesso em: 01 Nov. 2020.

³³ ABNT. Associação Brasileira de Normas Técnicas **Normalização**. Catálogos. Disponível em: <<http://www.abnt.org.br/normalizacao/abnt-catalogo>>. Acesso em: 01 Nov. 2020.

³⁴ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa**. Minimalista. 5ª Edição. Curitiba: Positivo, 2010.

³⁵ IBGE. **Habitação**. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (2020). Disponível em: <<https://brasilemsintese.ibge.gov.br/habitacao.html>>. Acesso em: 01 Nov. 2020.

³⁶ GONZALES, Suely Franco Netto. **A Produção da Moradia como Política Pública**: Construindo um novo paradigma. Série Memória Acadêmica. Volume 2. Brasília: Simplíssimo Livros, 2020, p.6.

irregulares em dissonância com a legislação vigente que regulamenta o tema. Quando o domínio da renda se direciona para fins de moradia, a população se obriga a migrar para áreas periféricas, proporcionais às suas finanças, normalmente bem distantes dos centros urbanos (GONZALEZ, 2020).

A *tiny house* representa uma moradia sustentável³⁷ que atende o seu papel social em um método de contenção do consumismo exacerbado (CARRAS, 2018), além da possibilidade de adoção da inovação e do aprimoramento da tecnologia ambiental, voltado ao conceito minimalista de habitação, visando o desenvolvimento sustentável e a preservação do meio ambiente para a atual geração e em prol das futuras gerações³⁸ (GORE, 2006).

A relação fundamental entre a civilização e o sistema ecológico do planeta foi transformada, total e radicalmente, por causa da poderosa convergência de três fatores: a explosão populacional, a revolução da inovação científica e tecnológica e a crise climática, resultado do aquecimento global, tornado a humanidade uma força da natureza³⁹ (GORE, 2006).

Segundo os dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, a população brasileira já atinge aproximadamente de 212.500.000 pessoas⁴⁰. As projeções da população do Brasil e das Unidades da Federação investigadas pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE, 2020), demonstram que os índices de mortalidade e natalidade têm diminuído rapidamente, gerando o rápido crescimento populacional o que, por consequência, resulta em maior demanda dos escassos recursos naturais.

Os avanços científicos e as novas tecnologias são essencialmente importantes para a sobrevivência da civilização; todavia mostram-se insuficientes para a preservação do meio ambiente. Mantendo-se a degradação desenfreada; aliada aos maus hábitos já instalados no estilo de vida convencional; o sistema ecológico é ferido e as consequências são inevitáveis, porém previsíveis.

O instinto humano de buscar a melhoria na sua posição material está profundamente enraizado ao passado evolutivo: o domínio sobre os recursos, especialmente alimentos e abrigo,

³⁷ CARRAS, Megan Elizabeth. “**Tiny House, Big Impact?**”: An investigation into the ‘rise’ of the Tiny Home Lifestyle (THL) in the United States. Reino Unido (Escócia): University of St Andrews, 2018.

³⁸ GORE, Albert. **Uma Verdade Inconveniente**: O que devemos saber (e fazer) sobre o aquecimento global. Tradução: Isa Mara Lando. Barueri: Manole, 2006.

³⁹ GORE, Albert. **Uma Verdade Inconveniente**: O que devemos saber (e fazer) sobre o aquecimento global. Tradução: Isa Mara Lando. Barueri: Manole, 2006.

⁴⁰ IBGE. **População**. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (2020). Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/apps/populacao/projecao/index.html?utm_source=portal&utm_medium=popcloc k>. Acesso em: 01 Nov. 2020.

tornavam os humanos primitivos mais aptos a se reproduzirem. O desejo de adquirir renda e riqueza, adquirindo bens materiais é o que motiva os indivíduos a trabalharem, economizarem, inventarem e investirem⁴¹ (PORTES, 2017).

A verdade sobre o aquecimento global é especialmente inconveniente e desagradável para algumas pessoas e empresas muito poderosas, que ganham enormes quantias de dinheiro com atividades que, elas sabem muito bem, terão de mudar radicalmente para que seja possível continuar a se viver neste planeta. (...)

Não podemos mais nos dar ao luxo da inação; e, francamente, não há desculpa para não fazer nada. Todos nós desejamos a mesma coisa: que nossos filhos e as gerações posteriores possam herdar um planeta limpo e belo, capaz de sustentar uma civilização humana saudável. Esse objetivo deveria transcender a política. (GORE, 2006)

Sim, a ciência continua sempre evoluindo; mas já existem dados suficientes e já foram causados prejuízos suficientes, para sabermos, sem sombra de dúvida, que estamos em perigo. Não se trata de um debate ideológico com dois lados, a favor e contra. Existe apenas um planeta Terra, e todos nós que vivemos nele compartilhamos um futuro em comum. No momento estamos diante de uma emergência planetária, e é hora de agir, não dar ouvidos a falsas controvérsias que só visam causar a paralisia política⁴². (GORE, 2006).

Neste sentido, é fundamental a implementação de políticas públicas no Brasil, validando a norma constitucional brasileira que garante o direito à propriedade⁴³, o direito à moradia⁴⁴ e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado⁴⁵, de modo que a *tiny house* torne-se uma opção de moradia sustentável, com uso responsável dos recursos naturais (água, gás e energia), esgoto sanitário, coleta de lixo e consumo sustentável, objetivando a conscientização e o cumprimento da sua função social⁴⁶, essencial à sadia qualidade de vida para toda humanidade.

4. ESTUDO DE CASO: CONDOMÍNIO EM TINY HOUSE (CURITIBA/PR)

Em 2018, um empresário iniciou a construção de empreendimento do condomínio em área nobre do Município de Curitiba, Estado do Paraná, com o objetivo de instalar de forma inédita, em mais de 700 m² até vinte e cinco unidades de *tiny house* fixa e/ou móvel, disponíveis

⁴¹ PORTES, Jonathan. **50 Ideias de Capitalismo que Você Precisa Conhecer**. Tradução: Helena Londres. 1ª Edição. São Paulo: Planeta, 2017.

⁴² GORE, Albert. **Uma Verdade Inconveniente**: O que devemos saber (e fazer) sobre o aquecimento global. Tradução: Isa Mara Lando. Barueri: Manole, 2006.

⁴³ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil** (1988). Artigo 5º, Inciso XXII. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 01 Nov. 2020.

⁴⁴ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil** (1988). Artigo 6º. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 01 Nov. 2020.

⁴⁵ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil** (1988). Artigo 225. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 01 Nov. 2020.

⁴⁶ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil** (1988). Artigo 5º, Inciso XXIII. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 01 Nov. 2020.

no modelo plus (25 m² por R\$ 40 mil), small (12 m² por R\$ 25 mil) ou travel (9 m² por R\$ 20 mil)⁴⁷.

O preço da taxa de condomínio pela hospedagem da *tiny house* no respectivo local foi calculado em R\$ 190,00 (cento e noventa reais), incluindo o direito de uso da churrasqueira, piscina, deque, lavanderia compartilhada e bicicletário, excluindo apenas as contas de água e luz, que seriam cobradas individualmente.

O empresário, idealizador da obra, inconformado com os altos valores dos condomínios convencionais no Brasil, vislumbrou na *tiny house* uma opção de moradia viável e confortável para os brasileiros, assim como, um nicho de mercado lucrativo, ainda não explorado no Brasil.

Eu morava em um apartamento em que a taxa de condomínio era de R\$ 600. Um valor inviável para um condomínio que não tinha nada. Percebi que tinha que ter algo financeiramente mais viável e confortável”, relembra. A partir disso, descobriu as *tiny houses* e fez adaptações para o modelo de vida brasileiro. “Aqui não dá para ser como nos Estados Unidos, em que a pessoa compra uma *tiny house*, para em parques públicos e mora. Aqui tem que ser em condomínios”, relata. As *tiny houses* são levantadas com pinus autoclavado e vêm com todos os itens de acabamento, sendo bem fáceis de montar e desmontar. “A ideia é que no futuro, quando você mudar de emprego, por exemplo, em vez de gastar muito tempo no deslocamento casa-trabalho, você possa sair do seu condomínio e ir para outro mais próximo do seu novo emprego. Dessa forma você ganha em qualidade de vida”, sentencia o empresário, que já aderiu ao fenômeno das *tiny houses*.⁴⁸

Importante salientar que no mesmo bairro do local escolhido para construção do condomínio de *tiny house*, com vista ao Parque Barigui, no Município de Curitiba/PR, iniciaram outros empreendimentos convencionais de alto padrão, com arquitetura e design moderno e metragens de apartamentos que variam entre 85 m², 95 m² e 130 m², além das coberturas, com 167 m² e 185 m², construções de alto investimento econômico.

O Instituto de Pesquisa e Planejamento Urbano de Curitiba (IPPUC) restringe a mobilidade das moradias em *tiny house* sobre rodas, por considerar a falta de tipificação especial para permissão em determinados zoneamentos do Município de Curitiba, em dissonância com os parâmetros da Lei n° 9.503/1997⁴⁹ (BRASIL, 1997) do Código de Trânsito Brasileiro e em obediência às diretrizes da Política Nacional de Trânsito, Decreto n°

⁴⁷ Reprodução da informação divulgada por Luan Galani, em 11.04.2018. Disponível em: <<https://www.gazetadopovo.com.br/haus/imoveis/curitiba-ganha-primeiro-condominio-de-tiny-houses-ao-lado-do-parque-barigui/>>. Acesso em: 01 Nov. 2020.

⁴⁸ Reprodução da informação divulgada por Luan Galani, em 11.04.2018. Disponível em: <<https://www.gazetadopovo.com.br/haus/imoveis/curitiba-ganha-primeiro-condominio-de-tiny-houses-ao-lado-do-parque-barigui/>>. Acesso em: 01 Nov. 2020.

⁴⁹ BRASIL. **Código de Trânsito Brasileiro** (1997). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9503Compilado.htm>. Acesso em: 01 Nov. 2020.

4.711/2003⁵⁰ (BRASIL, 2003) sobre a coordenação do Sistema Nacional de Trânsito e Resolução n° 743/2018⁵¹ (BRASIL, 2018) do Conselho Nacional de Trânsito, que estabelecem os limites e requisitos permissivos.

A Prefeitura do Município de Curitiba, assim como todos os Municípios das Unidades Federativas do Brasil, delimitam as dimensões mínimas que uma residência deve ter para abrigar uma família. As medidas estabelecidas para o Município de Curitiba, Estado do Paraná, estão listadas no anexo III da Portaria n° 80/2013⁵² (CURITIBA, 2013), em consonância com os parâmetros da norma municipal da Lei de Zoneamento e Uso do Solo⁵³ (IPPUC, 2019 e IPPUC, 2020).

Após a divulgação do condomínio de *tiny hous*”, o empresário foi multado⁵⁴ e as obras imediatamente paralisadas, a pedido da Procuradoria Geral do Município de Curitiba, diante da ausência do alvará de construção que deveria ter sido emitida pela Secretaria Municipal de Urbanismo de Curitiba.

Ainda que o projeto arquitetônico tivesse sido protocolado na Prefeitura do Município local, o alvará de construção não teria sido expedido pelo secretário de Urbanismo de Curitiba, pois a Lei de Zoneamento e Uso do Solo (IPPUC, 2019 e IPPUC, 2020) autoriza a construção de apenas uma habitação a cada fração de 600 m² de terreno, e no caso concreto, o projeto arquitetônico do condomínio de *tiny house* previa a proporção de vinte e cinco habitações em um terreno com metragem total aproximada de 700 m².

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O estilo de vida minimalista é uma opção sustentável de moradia no Brasil que propõe a mudança dos maus hábitos no uso dos recursos naturais (água, gás, energia, esgoto sanitário, coleta de lixo, entre outros), eliminando o consumismo excessivo, propondo soluções para a preservação do meio ambiente ecologicamente equilibrado com uso de inovação e tecnologia,

⁵⁰ BRASIL. **Sistema Nacional de Trânsito** (2003). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2003/D4711.htm>. Acesso em: 01 Nov. 2020.

⁵¹ BRASIL. **Resolução n° 743/2018** do Conselho Nacional de Trânsito (2018). Disponível em: <https://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/51523850/do1-2018-11-23-resolucao-n-743-de-12-de-novembro-de-2018-51523534>. Acesso em: 01 Nov. 2020.

⁵² CURITIBA. **Portaria n° 80/2013** (2013). Secretaria Municipal de Urbanismo. Disponível em: <<https://www.curitiba.pr.gov.br/conteudo/legislacao-smu/211>>. Acesso em: 01 Nov. 2020.

⁵³ IPPUC. **Lei n° 15.511/2019** (2019) e Lei n° 15.661/2020 (2020). Instituto de Pesquisa e Planejamento Urbano de Curitiba. Disponível em: <<https://ippuc.org.br/leizoneamento.php>>. Acesso em: 01 Nov. 2020.

⁵⁴ Reprodução da informação divulgada por Vivian Faria, em 25.07.2018. Disponível em: <<https://www.gazetadopovo.com.br/haus/urbanismo/legislacao-atrasada-inercia-municipios-curitiba-emperram-desenvolvimento-das-tiny-houses-no-brasil/>>. Acesso em: 01 Nov. 2020.

priorizando a aquisição e uso apenas do que é minimamente essencial para a qualidade de vida do brasileiro.

A legislação brasileira vigente prevê a *tiny house* sobre rodas, limitando-se a aquisição e transformação do veículo, nos termos da Lei n° 9.503/1997 (BRASIL, 1997) do Código de Trânsito Brasileiro e em obediência às diretrizes da Política Nacional de Trânsito, Decreto n° 4.711/2003 (BRASIL, 2003) sobre a coordenação do Sistema Nacional de Trânsito e Resolução n° 743/2018 (BRASIL, 2018) do Conselho Nacional de Trânsito.

Em todo o Brasil, o imóvel deve respeitar os mesmos parâmetros da Lei de Zoneamento e Uso do Solo (afastamento de divisas, calçadas, acesso a pedestres e veículos, tamanho de estacionamento, entre outros) de uma moradia com tamanho convencional, ainda que possua características de *tiny house* com fundação fixa, determinação da Lei n° 4.591/1964 (BRASIL, 1964), Lei n° 6.015/1973 (BRASIL, 1973), Lei n° 6.766/1979 (BRASIL, 1979), Lei n° 7.433/1985 (BRASIL, 1985) e Decreto n° 93.240/1986 (BRASIL, 1986).

A *tiny house* com fundação fixa é de difícil concretização, especialmente nos grandes centros urbanos, quando aplicados os mesmos padrões legislativos de exigências das habitações convencionais. O investimento da *tiny house* torna-se elevado, além de afastar a proposta principal do minimalismo se cumpridas às metragens mínimas preestabelecidas em Lei. Neste sentido, encontra-se a necessidade de adaptação frente às normas, a fim de permitir que o brasileiro possa exercer o seu direito de propriedade, direito à moradia e direito de viver em ambiente ecologicamente equilibrado, previsão da Constituição Federal (BRASIL, 1988).

Configura-se em um novo paradigma de moradia no Brasil, diante da inexistência de legislação específica que regulamente a moradia em *tiny house*. Nos termos da atual legislação em vigor, a aquisição e a construção desta nova modalidade de habitação se depara na dificuldade de exercício do direito de escolha pelo estilo de vida minimalista, adstrito à prévia verificação e ausência de impedimento da Lei de Zoneamento e Uso do Solo local.

As políticas públicas devem regulamentar e incentivar a aquisição de modo de vida minimalista, com uso de tecnologias sustentáveis com implementação de *tiny house*, para que o imóvel cumpra a sua função social e preservação do meio ambiente, delineando novos hábitos de consumo responsável, em conjunto com as práticas de tecnologia sustentável.

Transformar o combate dos comportamentos nocivos como um catalizador de mudanças positivas, seja através de políticas públicas que possibilitem uma regulamentação da opção de moradia em *tiny house* ou por incentivo da implementação de bons hábitos, consumo responsável e sustentável, como grande desafio para adequação às normas do ordenamento

jurídico brasileiro, além de fator preeminente ao combater da crise climática e do aquecimento global.

REFERÊNCIAS

ABIKO, Alex Kenya. **Introdução à gestão habitacional**. São Paulo, EPUSP. Texto técnico da Escola Politécnica da USP, Departamento de Engenharia de Construção Civil, TT/PCC/12. 1995.

ABNT, Associação Brasileira de Normas Técnicas. **Normalização**. Catálogos. Disponível em: < <http://www.abnt.org.br/normalizacao/abnt-catalogo>>. Acesso em: 01 Nov. 2020.

ABNT. **ABNT NBR 15527** (2007). Aproveitamento de água da chuva. Disponível em: <<https://www.abntcatalogo.com.br/curs.aspx?ID=34>>. Acesso em: 01 Nov. 2020.

AGENCIA EUROPEIA DO AMBIENTE. **Sobre tecnologia ambiental**. Disponível em: <<https://www.eea.europa.eu/pt/themes/technology/about>>. Acesso em: 01 Dez. 2020.

BNDES. **Banco Nacional do Desenvolvimento** (2018). Disponível em: <<https://www.bndes.gov.br/wps/portal/site/home/conhecimento/noticias/noticia/energia-solar>>. Acesso em: 01 Nov. 2020.

BRASIL. **Resolução nº 743/2018** do Conselho Nacional de Trânsito (2018). Disponível em: < https://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/51523850/do1-2018-11-23-resolucao-n-743-de-12-de-novembro-de-2018-51523534>. Acesso em: 01 Nov. 2020.

BRASIL. **Acordo de Paris** (2016). Ministério do Meio Ambiente. Disponível em: <<https://www.mma.gov.br/clima/convencao-das-nacoes-unidas/acordo-de-paris.html>>. Acesso em: 01 Nov. 2020.

BRASIL. **Código de Trânsito Brasileiro** (1997). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9503Compilado.htm>. Acesso em: 01 Nov. 2020.

BRASIL. **Condomínio em edificações e as incorporações imobiliárias** (1964). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/14591.htm>. Acesso em: 01 Nov. 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil** (1988). Artigo 5º, Inciso XXII. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 01 Nov. 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil** (1988). Artigo 6º. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 01 Nov. 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil** (1988). Artigo 225. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 01 Nov. 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil** (1988). Artigo 5º, Inciso XXIII. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 01 Nov. 2020.

BRASIL. **Lavratura de Escrituras Públicas** (1985). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7433.htm>. Acesso em 01 Nov. 2020.

BRASIL. **Parcelamento do Solo Urbano** (1979). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6766.htm>. Acesso em: 01 Nov. 2020.

BRASIL. **Registros Públicos** (1973). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/L6015consolidado.htm>. Acesso em: 01 Nov. 2020.

BRASIL. **Requisitos para Lavraturas de Escrituras Públicas** (1986). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/Antigos/D93240.htm>. Acesso em: 01 Nov. 2020.

BRASIL. **Resolução nº 08/2015** (2015). Ministério de Minas e Energia. Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis. Disponível em: <<http://legislacao.anp.gov.br/?path=legislacao-anp/resol-anp/2015/janeiro&item=ranp-8--2015>>. Acesso em: 01 Nov. 2020.

BRASIL. **Resolução nº 685/2017** (2017). Ministério de Minas e Energia. Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis. Disponível em: <<http://legislacao.anp.gov.br/?path=legislacao-anp/resol-anp/2017/junho&item=ranp-685--2017>>. Acesso em: 01 Nov. 2020.

BRASIL. **Sistema Nacional de Trânsito** (2003). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2003/D4711.htm>. Acesso em: 01 Nov. 2020.

CAMBRIDGE DICTIONARY. **House**. Disponível em: <<https://dictionary.cambridge.org/pt/dicionario/ingles-portugues/house>>. Acesso em: 01 Nov. 2020.

CAMBRIDGE DICTIONARY. **Tiny**. Disponível em: <<https://dictionary.cambridge.org/pt/dicionario/ingles-portugues/tiny>>. Acesso em: 01 Nov. 2020.

CARRAS, Megan Elizabeth. **“Tiny House, Big Impact?”**: An investigation into the ‘rise’ of the Tiny Home Lifestyle (THL) in the United States. Reino Unido (Escócia): University of St Andrews, 2018.

CURITIBA. **Portaria nº 80/2013** (2013). Secretaria Municipal de Urbanismo. Disponível em: <<https://www.curitiba.pr.gov.br/conteudo/legislacao-smu/211>>. Acesso em: 01 Nov. 2020.

ENGELS, Friedrich. **A Questão da Habitação**. São João del Rei: Estudos Vermelhos, 2013.

ERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa**. Minimalista. 5ª Edição. Curitiba: Positivo, 2010.

GONZALES, Suely Franco Netto. **A Produção da Moradia como Política Pública: Construindo um novo paradigma.** Série Memória Acadêmica. Volume 2. Brasília: Simplíssimo Livros, 2020.

GORE, Albert. **Uma Verdade Inconveniente: O que devemos saber (e fazer) sobre o aquecimento global.** Tradução: Isa Mara Lando. Barueri: Manole, 2006.

HOLMES, Stephen. SUNSTEIN, Cass R. **O Custo dos Direitos: Porque a liberdade depende dos impostos.** Tradução: Marcelo Brandão Cipolla. 1ª Edição. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2019, p.93-94.

IBGE. **Habituação.** Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (2020). Disponível em: <<https://brasilemsintese.ibge.gov.br/habitacao.html>>. Acesso em: 01 Nov. 2020.

IBGE. **População.** Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (2020). Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/apps/populacao/projecao/index.html?utm_source=portal&utm_medium=popclock>. Acesso em: 01 Nov. 2020.

IPUCC. **Lei n° 15.511/2019** (2019) e **Lei n° 15.661/2020** (2020). Instituto de Pesquisa e Planejamento Urbano de Curitiba. Disponível em: < <https://ippuc.org.br/leizoneamento.php>>. Acesso em: 01 Nov. 2020.

JENKINS, Joseph C. **The Humanure Handbook.** A Guide to Composting Human Manure. Third Edition.. USA: Chelsea Green, 2005.

ONU. **O impacto da tecnologia nos direitos humanos: estudos de caso globais,** United Nations University Press, 1993.

PORTES, Jonathan. **50 Ideias de Capitalismo que Você Precisa Conhecer.** Tradução: Helena Londres. 1ª Edição. São Paulo: Planeta, 2017.

RISÉRIO, Antonio. **A Casa no Brasil.** 1ª Edição. Rio de Janeiro: Topbooks, 2019, p.328-329.

Data de submissão: 02/10/2020
Data de aprovação: 16/10/2020
Data de publicação: 31/12/2020

Este trabalho está licenciado sob uma licença [Creative Commons Attribution 4.0 International License](https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/).